

La extensión de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de resolución de conflictos en tratados bilaterales de inversión

Laura Ghitti*

Recibido/Received: 15/12/2015
Aceptado/Accepted: 19/08/2016

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las condiciones de aplicación del trato de la nación más favorecida. 2.1 La relatividad del trato. 2.1.1 El criterio de comparación. 2.1.2 El objeto de la comparación. 2.2 La igualdad de circunstancias. 2.2.1 La conformidad al principio *ejusdem generis*. 2.2.2 La violación del principio *ejusdem generis*. 3. El consentimiento del Estado. 3.1 Una interpretación positiva. 3.1.1. La regla. 3.1.2 Las excepciones. 3.2 Una interpretación negativa. 4. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: arbitraje; inversiones directas extranjeras; cláusula de la nación más favorecida.

KEYWORDS: arbitration; foreign direct investment; most-favoured-nation clause.

RESUMEN: El objeto de este artículo es verificar la posibilidad de un inversor, bajo la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, importar un mecanismo de resolución

* Socia de la firma Lilla, Huck, Otrato, Camargo Advogados, en São Paulo, Brasil. Master en Derecho Internacional Económico por la Université Panthéon-Assas, en París, Francia. La autora agradece a Fiorella Luna Quispe por la revisión de este artículo.

de conflictos más favorable de aquél previsto en el tratado bilateral de inversiones aplicable. Para tanto, se propone un análisis en dos etapas de los laudos arbitrales sobre la materia, consistente en la verificación, en primer lugar, de las condiciones clásicas de aplicación del trato de la nación más favorecida, seguida del análisis del consentimiento de los Estados a la extensión de la competencia de los tribunales arbitrales. Por fin, este artículo sugiere una respuesta a la heterogeneidad de decisiones sobre la materia.

ABSTRACT: The aim of this article is to investigate whether an investor, under a most-favoured-nation clause, is able to import a dispute resolution mechanism more favourable than that provided by the applicable bilateral investment treaty. To this intent, a twofold analysis of arbitral awards is proposed. Firstly, the classical conditions to the application of the most-favoured-nation treatment will be analysed, followed by a study of States consent to extend the jurisdiction of arbitral tribunals. Lastly, the autor suggests an alternative answer to the conflicting decisions on the matter.

1. INTRODUCCIÓN

Se puede comparar la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF) a una llave maestra: quien la detiene, puede abrir puertas que, en un primer momento, se encontrarían cerradas. La pregunta central de este artículo es la siguiente: ¿la cláusula NMF de la cuál es beneficiario un inversor extranjero, a través de un tratado bilateral de inversiones que se le aplique (TBI de base), le permite importar una cláusula de resolución de conflictos que le parezca más favorable, contenida en un TBI firmado por el Estado receptor de la inversión y un Estado tercero (TBI tercero)? En otras palabras, ¿tiene el inversor una llave maestra que le permita empezar un arbitraje distinto de aquel previsto por el TBI de base?

Se ha afirmado innumerables veces que la aplicación de la cláusula NMF para importar cláusulas de resolución de conflictos es una de las cuestiones más controvertidas del arbitraje de inversiones. Esta afirmación es correcta, ya que el análisis de los laudos arbitrales sobre la materia es revelador. Dentro de los 25 laudos arbitrales dictados sobre el tema, en 13 de ellos los árbitros fueron favorables a la extensión de la cláusula NMF¹ y en los 12 casos restantes los árbitros adoptaron una posición contraria². La heterogeneidad de respuestas dadas a la cuestión es aún más grande si se analiza el razonamiento de cada tribunal arbitral. Los árbitros que dictaron laudos favorables a la extensión de la cláusula NMF no llegaron a dicha conclusión por las mismas razones y han subordinado su aplicación a límites variados. La misma constatación se aplica tratándose de los tribunales arbitrales que dieron una respuesta negativa a la pregunta clave de este artículo.

1. CIADI, *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España (Maffezini)*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, Caso No. ARB/97/7, 25/01/2000; CIADI, *Siemens A.G. c. República Argentina (Siemens)*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, Caso No. ARB/02/8, 03/08/2004; CIADI, *Camuzzi International S.A. c. República Argentina (Camuzzi)*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, Caso No. ARB/03/7, 10/06/2005; UNCITRAL, *National Grid P.L.C. c. República Argentina (Grid)*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, 20/06/2006; CIADI, *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina (Gas Natural)*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, Caso No. ARB/03/10, 17/06/2005; CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. República Argentina (Suez)*, Decisión sobre jurisdicción, Caso No. ARB/03/17, 16/05/2005; CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina (Suez)*, Caso No. ARB/03/19, 03/08/2006; SCC, *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa (RosInvestCo)*, Laudo sobre jurisdicción, Caso No. Arb. V 079/2005, 05/10/2007; CIADI, *Impregilo S.p.A. c. República Argentina (Impregilo)*, Caso No. ARB/07/17, 21/06/2011; CIADI, *HOCHTIEF Aktiengesellschaft c. República Argentina (Hochtief)*, Decisión sobre excepciones a la jurisdicción, Caso No. ARB/07/31, 24/20/2011; CIADI, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina (Teinver)*, Decisión sobre jurisdicción, Caso No. ARB/09/1, 21/12/2012; CIADI, *Garanti Koza LLP c. Turkmenistán (Garanti Koza)*, Decisión sobre jurisdicción, Caso No. ARB/11/20, 03/07/2014.
2. CIADI, *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania (Salini)*, Caso No. ARB/02/13, 29/11/2004; CIADI, *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria (Plama)*, Decisión sobre jurisdicción, Caso No. ARB/03/24, 08/02/2005; CIADI, *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría (Telenor)*, Laudo, Caso No. ARB/04/15, 13/09/2006; *Vladimir Berschader and Moïse Berschader c. Federación Rusa (Berschader)*, Laudo, Caso No. 080/2004, 21/04/2006; CIADI, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República (Wintershall)*, Laudo, Caso No. ARB/04/14, 08/12/2008; SCC, *Renta 4 SVSA et al c. Federación Rusa (Renta)*, Laudo, Caso No. V 024/2007, 20/03/2009; UNCITRAL, *Austrian Airlines c. República Eslovaca (Austrian Airlines)*, Laudo, 09/10/2009; CPA, *ICS Inspection y Control Services Limited c. República Argentina (ICS Inspection)*, Laudo sobre jurisdicción, Caso No. 2010-9, 10/02/2012; CIADI, *Kiliç Insaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi c. Turkmenistán (Kiliç)*, Laudo, Caso No. ARB/10/1, 02/07/2013; UNCITRAL, *Les Laboratoires Servier, S.A.S., Biofarma, S.A.S., Arts y Techniques du Progres S.A.S. c. República de Polonia (Servier)*, Laudo, 14/02/2012; CIADI, *Daimler Financial Services AG c. República Argentina (Daimler)*, Laudo, Caso No. ARB/05/1, 22/08/2012; CPA, *Sanum Investments Limited c. République Démocratique Populaire Lao (Sanum)*, Laudo sobre jurisdicción, Caso No. 2013-13, 13/12/2013.

Ante dicha variación, pueden darse dos explicaciones. Por un lado, el análisis cambia de un caso al otro en razón de las distintas redacciones de las cláusulas NMF. Por otro lado, dichas variaciones son también el resultado de los distintos puntos de vista interpretativos adoptados por los tribunales arbitrales.

Según la definición de los *Draft Articles on most-favored-nation clauses* de la *International Law Commission* (Draft Articles on MFN), la cláusula NMF es “*a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favored-nation treatment in an agreed sphere of relations*”³. Como lo ha definido la OCDE, la cláusula NMF “*is the “multilateralisation” instrument par excellence of the benefits accorded to foreign investors and their investments*”⁴.

La noción y las condiciones de aplicación del trato más favorable (trato NMF) serán abordadas en detalles *infra*, pero conviene trazar sus grandes líneas. Dicho trato impone a un Estado (el Estado concedente) otorgar al beneficiario de la cláusula NMF (el beneficiario) el mismo trato que él otorgaría a una persona (o a un Estado) de una tercera nacionalidad, en las mismas circunstancias⁵. En otras palabras, el trato NMF presupone la existencia de dos relaciones distintas entre tres Estados: la relación entre los Estados A y B, en la cual se previó una cláusula NMF, y una segunda relación entre los Estados B y C, en la cual A (o un nacional de A) encontrará un trato que, conforme a su percepción, es más favorable que el trato previsto en la relación entre A y B.

3. Draft Articles on MFN with commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, Artículo 4, vol. II, Part II, 1978.

4. OECD (2004), *Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law*, 2004/02, OECD Publishing, p. 2.

5. A. COHEN SMUTNY and L. A. STEVEN, “The MFN Clause: What are its Limits?”, en K. YANNACA-SMALL (Ed.), *Arbitration under International Investment Agreements – A Guide to Key Issues*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 351, 354.

6. UNCTAD, *Most-Favored-Nation Treatment*, Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York/Geneva, 2010, pp. 13-14.

De este modo, el objetivo del trato NMF es de garantizar las mismas condiciones de competencia entre extranjeros de diferentes nacionalidades⁶. Sin embargo, al extender los beneficios de un trato más favorable a otro Estado o a sus nacionales, el Estado concedente puede imponer ciertas condiciones, restricciones o excepciones⁷.

Es generalmente aceptado que el trato acordado por la cláusula NMF tiene un origen convencional y no consuetudinario aún si una parte de la doctrina considera que el trato NMF se impone mediante la aplicación del principio de la igualdad soberana de los Estados⁸.

El origen histórico de las cláusulas NMF es incierto, pero un ejemplo de ese tipo de cláusula puede ser observado en un tratado concluido entre Inglaterra y Burgundy en 1417 para la utilización de los puertos de las dos partes, bajo las mismas condiciones⁹. Entre los siglos XIV y XVI, las cláusulas NMF fueron previstas en los acuerdos comerciales concluidos entre Estados con el objetivo de reducir ciertas tarifas para el comercio de mercancías¹⁰. Tiempo después, las cláusulas NMF se convirtieron en un pilar importante y frecuente del trato establecido por los acuerdos de amistad, de comercio y de navegación firmados entre los años 1700 y 1900¹¹.

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió una tendencia favorable a la adopción de cláusulas NMF recíprocas e incondicionales como resultado de los esfuerzos por la multilateralización de las relaciones comerciales. Tal tendencia es ejemplificada por las cláusulas NMF previstas en tres acuerdos

7. A. COHEN SMUTNY y L. A. STEVEN, N. 5, p. 355.

8. A. COHEN SMUTNY y L. A. STEVEN, N. 5, p. 352; A. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investments Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009, pp. 192-193.

9. A. NEWCOMBE y L. PARADELL, *Law and Practice of Investments Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, pp. 197-198.

10. A. COHEN SMUTNY y L. A. STEVEN, N. 5, p. 352.

11. OECD (2004), *Most-Favored-Nation Treatment in International Investment Law*, 2004/02, OECD Publishing, p. 3. Véase, por ejemplo, las cláusulas 3.d y 4 del tratado de amistad y comercio firmado por los Estados Unidos y Francia en 1778. *Most-Favored-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York/Geneva, 2010, p. 9.

de la Organización Mundial del Comercio: el *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT, artículo I), *General Agreement on Trade in Services* (GATS, artículo 2) et le *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS, artículo 4)¹².

Actualmente, la mayoría de los TBIs vigentes contiene una cláusula NMF. En principio, la aplicación de las cláusulas NMF previstas en los TBIs no está sometida a condiciones y se aplica de manera recíproca. Ellas pueden, sin embargo, prever excepciones y reservas. En particular, las cláusulas pueden excluir del trato NMF los privilegios que los Estados concedentes reservan a terceros Estados en razón de su participación o asociación a zonas de libre comercio, unión aduanera o un mercado común¹³.

Un ejemplo de cláusula incondicional y recíproca se encuentra en el TBI firmado por Ecuador y Argentina:

Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio, inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados¹⁴.

Recientemente los Estados empezaron a aclarar expresamente, en el texto mismo de los TBIs o mediante notas de interpretación, la relación entre la cláusula NMF y las cuestiones procesales¹⁵. Esta fue la respuesta de los Estados ante la situación de inseguridad jurídica creada por las decisiones en la materia, las cuales se encuentran lejos de adoptar una posición unánime sobre la cuestión de saber si las cláusulas de resolución de litigios más favorables, contenidas en TBIs firmados por el Estado receptor y otros Estados, caen dentro del campo de aplicación del trato NMF del cual se beneficia un inversor por medio de un TBI.

12. UNCTAD, N. 6, p. 11.

13. P. ACCONCI, "Most-Favored-Nation Treatment", en P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, New York, 2008, pp. 368-369. Un ejemplo de este tipo de cláusula puede ser encontrado en el TBI Francia-Ecuador, Artículo 5.

14. TBI Ecuador-Argentina, firmado en 18 de febrero de 1994, Artículo III(2).

15. UNCTAD, N. 6, p. 35.

Actualmente, la mayoría de los TBIs no contiene una respuesta clara a dicha pregunta. Para que el campo de aplicación de la cláusula NMF del tratado de base pueda ser extendido a los mecanismos de resolución de conflictos de tratados terceros, dos condiciones deben ser satisfechas. En primer lugar, las condiciones clásicas de aplicación del trato NMF deben estar presentes (2). En segundo lugar, el Estado concedente debe haber consentido que el inversor empiece el arbitraje sobre la base de mecanismos de resolución de conflictos disponibles a otros inversores (3).

2. LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

El trato NMF evita que el Estado receptor haga una discriminación entre los extranjeros de nacionalidades diferentes. Como lo ha definido la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el *Affaire Relative aux Droits des Ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*, el objetivo de la cláusula NMF es de “establecer y mantener siempre la igualdad fundamental sin discriminación entre todos los países interesados”¹⁶.

Conforme a la definición de los Draft Articles on MFN, el trato NMF es:

treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favorable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State¹⁷.

16. Corte Internacional de Justicia *Affaire Relative aux Droits des Ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc* (Francia c. Estados Unidos), 1952, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, párr. 192. Original en francés: “d’établir et de maintenir en tout temps l’égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés”.

17. Draft Articles on MFN with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, Artículo 5, vol. II, Part II, 1978.

En dicha definición, y adaptándola al contexto de los TBIs, se pueden encontrar tres criterios propios al trato NMF. En primer lugar, la nacionalidad aparece como el elemento fundamental de comparación. El trato NMF evita que el Estado concedente haga una distinción entre inversores e inversiones (personas o cosas) nacionales del Estado beneficiario y los nacionales de un Estado tercero. En segundo lugar, el trato NMF supone la existencia de una misma relación entre personas o cosas. En otras palabras, la cláusula NMF se aplica solamente si el trato más favorable es acordado a otros inversores/inversiones en el mismo campo de aplicación de la cláusula NMF. Finalmente, el tercer criterio impone una comparación: el trato que el Estado concedente otorga a los inversores/inversiones del Estado tercero debe ser considerado más favorable que aquel otorgado al beneficiario.

Volviendo a la aplicación de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de litigios, el primer criterio se verifica fácilmente: sólo es necesario que el beneficiario corrobore la existencia de un TBI (o un acto unilateral) en el que el Estado concedente otorgue un trato diferente en cuanto a la resolución de conflictos en relación a las inversiones o inversores de un Estado tercero. Sin embargo, para que el inversor pueda solicitar la aplicación de la cláusula NMF, su beneficiario debe también demostrar que el trato otorgado a los inversiones/inversores del Estado tercero es más favorable (1) y que la cláusula NMF tiene el mismo campo de aplicación que la disposición que será importada del TBI entre el Estado concedente y el Estado tercero (2).

2.1 La relatividad del trato

Para que un inversor pueda beneficiar de la importación de un mecanismo de resolución de litigios a través de la cláusula NMF, él debe probar que el hecho de recurrir al mecanismo previsto por la cláusula del TBI tercero constituye un trato más favorable que aquél existente en el TBI de base. La definición de trato “más favorable” no ha captado la atención ni de la mayoría

de los tribunales arbitrales ni de la doctrina. Sin embargo, esto constituye un elemento determinante para la aplicación de la cláusula NMF¹⁸.

Los únicos tribunales arbitrales, en el contexto de la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos, que han definido el estándar que se debe aplicar para establecer lo que constituye el trato “más favorable” son los que se pronunciaron en los casos *ICS Inspection* y *Daimler*. De acuerdo a estas dos decisiones, la comparación entre el TBI de base y el TBI tercero debe ser objetiva. Es necesario comparar los dos tratos de una manera general, sin tomar en cuenta lo que es “más favorable” al inversor en las circunstancias particulares del caso concreto¹⁹. Además, las cláusulas de resolución de litigios deben ser comparadas en su conjunto y no parte por parte²⁰. En el caso *ICS Inspection*, el tribunal ha remarcado que “[a]bsent a clear apples-to-apples comparison, differential treatment in relation to dispute resolution may not necessarily equal less favourable treatment”²¹.

Para constatar la existencia de un trato más favorable, el tribunal debe proceder a una comparación (2.1.1) y establecer el objeto de contraste entre los mecanismos de resolución de diferencias (2.1.2).

2.1.1 El criterio de comparación

El análisis de la jurisprudencia existente hasta el momento sobre la extensión de la cláusula NMF revela que los inversores establecieron la existencia de un carácter más favorable previsto en las cláusulas de los TBIs terceros cuando estas: (i) prevén el acceso directo a los tribunales arbitrales, sin exigir la sumisión previa del litigio a las cortes del Estado receptor²², (ii) no restringen

18. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014, p. 306.

19. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 319-320; *Daimler*, N. 2, párrs. 240-243.

20. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 319-320.

21. *ICS Inspection*, N. 2, párr. 320.

22. *Maffezini, Siemens, National Grid, Gas Natural, Suez ARB/03/17, Suez ARB/03/19, AWG, Impregilo, Hochtief, Teinver, Wintershall, ICS Inspection, Kiliç, Daimler*, N. 1.

la competencia de los tribunales arbitrales para decidir solamente sobre ciertas demandas²³, o (iii) prevén la utilización de un reglamento de arbitraje diferente que aquél previsto en el TBI de base²⁴.

En el primer grupo de decisiones, es decir, aquellas en las que se analizó la existencia de una obligación de sumisión previa del litigio a las cortes del Estado receptor, dos situaciones se presentan. La primera situación consiste simplemente en comparar los dos mecanismos de resolución de litigios previstos en las cláusulas, uno de ellos requiere que el inversor empiece el procedimiento ante las cortes nacionales antes de someter el litigio a un tribunal arbitral, y el otro mecanismo autoriza el sometimiento directo del litigio al arbitraje. La segunda situación se presenta cuando los TBIs terceros contienen una cláusula *fork-in-the-road*. En otras palabras, para resolver el conflicto, el inversor puede elegir entre recurrir a las cortes del Estado receptor o empezar un procedimiento arbitral. ¿La posibilidad misma de elegir es más favorable *per se*?

La respuesta dada a esta interrogación es afirmativa en los casos *Gas Natural*, *Impregilo* y *Hochtief*. Sin proceder a un análisis sobre la existencia de un trato menos favorable en razón de la exigencia de sumisión previa del litigio a los tribunales estatales, los árbitros decidieron que es más favorable un sistema que ofrece al inversor una elección²⁵.

No obstante, en el caso *ICS Inspection*, a pesar que el TBI tercero contenía una cláusula *fork-in-the-road*, el tribunal arbitral decidió comparar los dos mecanismos de resolución de conflictos previstos en los dos TBIs. El tribunal arbitral decidió que la exigencia de someter el caso previamente a los tribunales estatales no constituye un trato menos favorable, ya que “[a]s noted by the Respondent, this effectively gives an investor two bites at the apple: once

23. *Rosinvestco, Salini, Telenor, Berschader, Austrian Airlines, Laboratoires Servier, Sanum, Renta 4*.

24. *Garanti Koza, Plama*, N. 1, N. 2.

25. *Gas Natural*, párr. 31; *Impregilo*, párr. 101; *Hochtief*, párr. 100. El tribunal arbitral en el caso *Hochtief* se limitó a afirmar que la submisión de la diferencia directamente al arbitraje era más barata y más rápida, párr. 85. En el caso *Teinver*, el tribunal arbitral decidió que la cláusula *fork-in-the-road* era más favorable, sin considerar la existencia de una elección, N. 1, párr. 184.

*before the domestic courts of the host State, and again before an international arbitral tribunal”*²⁶.

El tribunal arbitral que se pronunció en el caso *Daimler* siguió la misma línea de interpretación al decidir que, ante una cláusula *fork-in-the-road*, el inversor debe hacer una elección definitiva, mientras que en ausencia de dicha cláusula, si el inversor somete previamente el litigio a las cortes argentinas y que ningún laudo se ha dictado en el transcurso de 18 meses, el inversor puede recurrir al tribunal arbitral con la prueba del trato del cual fue objeto por parte del Estado receptor²⁷. Por otro lado, el tribunal agregó que la preferencia del inversor por la cláusula *fork-in-the-road* es un factor subjetivo que no debe ser tomado en cuenta²⁸.

En este sentido, la opinión disidente de Brigitte Stern en el caso *Impregilo* criticó la posición de la mayoría y remarcó que el sólo hecho de importar un plazo de un mecanismo a otro no constituye una verdadera comparación entre ellos²⁹.

En el segundo grupo de decisiones se analizó la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos que conferían a los tribunales arbitrales una competencia más amplia que aquella prevista por el tratado de base. En dichas decisiones, los tribunales arbitrales se pronunciaron sobre la extensión de la cláusula NMF sin buscar verdaderamente la existencia de un trato “más favorable”. La única referencia fue hecha en el laudo *Renta 4*, en el cual el tribunal arbitral consideró que “*having options may be thought to be more “favoured” for MFN purposes than not having them*”³⁰.

26. El tribunal arbitral explicó que “[i]f an investor were to prove a general need for urgent resort to international arbitration, such that investors who are forced to litigate for 18 months are put at a consistent disadvantage as compared to investors who may directly or more expeditiously seize an international tribunal, this might satisfy the Tribunal that this requirement leads to less favourable treatment. However, no such general disadvantage has been shown here”. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 323-325.

27. *Daimler*, N. 2, párrs. 243-244.

28. Ídem, 245.

29. *Impregilo*, Opinión disidente de Brigitte Stern, N. 1, párr. 10.

30. *Renta 4*, N. 2, párr. 92.

Asimismo, la jurisprudencia no determina claramente si un trato es más favorable cuando el TBI tercero prevé la sumisión al arbitraje regido por un reglamento distinto de aquél previsto por el TBI de base. Por ejemplo, si el TBI prevé el recurso al arbitraje *ad hoc* regido por el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el TBI tercero otorga al inversor una elección entre recurrir al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) o a la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el beneficiario de la cláusula NMF debe demostrar al tribunal arbitral que recurrir al CIADI o a la CCI es más favorable que recurrir al arbitraje CNUDMI. Como lo ha explicado Arnaud de Nanteuil, “[c]ela n’a rien d’évident et explique aussi que la clause n’ait pas pu produire d’effet dans un certain nombre d’hypothèses”³¹.

Dicha situación se produjo por la primera vez en el caso *Plama*. Un inversor chipriota solicitó la aplicación de la cláusula NMF contenida en el TBI Bulgaria-Chipre para contornear la limitación del tratado de base que preveía recurrir al arbitraje *ad hoc* solamente en caso de demandas sobre el valor de la compensación en caso de expropiación. El inversor intentó beneficiarse de la cláusula de resolución de conflictos prevista en el TBI Bulgaria-Finlandia para empezar un arbitraje CIADI sin que fuera limitado a ciertos tipos de demandas.

El tribunal arbitral se declaró incompetente para juzgar el litigio, por razones que serán explicadas *infra*. En lo que concierne a la existencia de un trato más favorable en el TBI tercero, el tribunal hizo la siguiente observación:

The Claimant argues that it is obviously more favorable 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

31. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l’investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014, p. 306.

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 favorable?³²

La situación descrita por el tribunal *Plama* se produjo posteriormente en el caso *Garanti Koza*. El tribunal arbitral CIADI aceptó su competencia mediante la aplicación de la cláusula NMF. El TBI de base (Reino Unido-Turkmenistán) permite al inversor empezar un arbitraje regido por el reglamento CNUDMI y permite recurrir al arbitraje CIADI o CCI solamente con el consentimiento del Estado para el caso concreto, mientras que el TBI tercero (Suiza-Turkmenistán) ofrece al inversor una elección entre el arbitraje CIADI o CNUDMI, sin ninguna restricción. El tribunal se posicionó de la misma manera que la jurisprudencia anterior al calificar como “más favorable” la posibilidad de elección sin analizar la posibilidad de que un arbitraje CIADI sea efectivamente más favorable que el arbitraje CNUDMI³³. Sin embargo, es interesante recalcar que el tribunal arbitral estuvo de acuerdo con el argumento del Estado en el que se afirmaba que el arbitraje CIADI no puede ser objetivamente considerado como más favorable que el arbitraje CNUDMI³⁴.

A partir del análisis de los laudos descritos anteriormente, se puede llegar a las siguientes conclusiones. Pocos tribunales arbitrales dieron importancia al factor comparativo de la cláusula NMF, aun si este criterio es en realidad primordial para su aplicación. Entre los pocos tribunales que se interesaron en el tema, solamente dos han definido el *estándar* para el análisis de lo que constituye un trato “más favorable”. Los tribunales arbitrales han demostrado una preferencia por un razonamiento que se limita a la constatación de una elección en beneficio del inversor.

No obstante, dicho análisis puede ser considerado superficial. Si se admite que la existencia de una elección es *per se* más favorable para el inversor, se corre el riesgo que la cláusula NMF

32. *Plama*, N. 2, párr. 208.

33. *Garanti Koza*, N. 1, párrs. 89-91.

34. *Garanti Koza*, N. 1, párr. 89.

sea aplicada aún si las opciones previstas en el TBI tercero son menos favorables. En otras palabras, ese razonamiento no procede a una “*apples-to-apples comparison*” e ignora el hecho de que no es suficiente que el trato del TBI tercero sea diferente, sino que debe ser más favorable. En el caso *Garanti Koza*, el tribunal arbitral reconoció que no es posible establecer una diferencia objetiva entre el arbitraje CIADI y CNUDMI. La decisión tendría que haber terminado ahí. Si no es posible analizar objetivamente sus ventajas y desventajas, es porque no existe un trato más favorable y la aplicación de la cláusula NMF debe ser rechazada.

Además, la jurisprudencia ha dejado dos interrogantes. El primero es saber si la cláusula NMF se aplica cuando el TBI tercero no prevé una elección, pero simplemente reenvía al inversor a un arbitraje diferente del TBI de base. El segundo consiste en verificar si el recurso a los tribunales estatales es efectivamente menos favorable que el recurso al arbitraje. Según Arnaud de Nanteuil:

l’obligation de saisir les juridictions internes et d’attendre un certain délai avant de pouvoir s’adresser au tribunal arbitral peut certes constituer un traitement défavorable dans un pays où la justice est chancelante et les institutions faibles. Mais dans un grand nombre d’États, le risque de partialité de la justice est très largement écarté³⁵.

2.1.2 El objeto de la comparación

El objeto de comparación entre el TBI de base y el TBI tercero sigue siendo un tema controvertido. De acuerdo a la decisión dictada en el caso *ICS Inspection*, “[i]n the context of dispute settlement, the above principle requires that the dispute settlement provisions in two treaties must be compared as a whole, and not part-by-part, to determine whether the treatment accorded by the comparator treaty is indeed more favourable in general”³⁶. Sin embargo, el tribunal arbitral en el caso *Siemens* llegó a una conclusión contraria.

35. A. DE NANTEUIL, N. 31, p. 306.

El laudo *Siemens* fue el segundo que se pronunció sobre la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos en el área del arbitraje de inversiones. En particular, en este caso el TBI de base, concluido entre Argentina y Alemania, previa la sumisión del conflicto a los tribunales argentinos en el transcurso de 18 meses antes de que el inversor pueda recurrir al arbitraje. El inversor alemán decidió recurrir directamente al arbitraje contra el Estado receptor, solicitando la aplicación de la cláusula NMF al TBI Chile-Argentina, el cual contiene una cláusula *fork-in-the-road*, permitiendo recurrir directamente al arbitraje sin juicio previo ante las cortes nacionales.

Argentina se opuso a la extensión de la cláusula y, entre otros argumentos, defendió la tesis según la cual si la cláusula NMF es interpretada para cubrir la cláusula de resolución de conflictos del TBI tercero, debe cubrir el TBI como un conjunto, incluyendo de esta manera las disposiciones que puedan ser desfavorables al inversor. En este caso concreto, el inversor había recurrido a las autoridades administrativas argentinas antes de presentar su demanda de arbitraje ante el CIADI. La cláusula *fork-in-the-road* del TBI Chile-Argentina otorga al inversor una elección entre las “jurisdicciones locales” y el arbitraje.

Para Argentina, si la cláusula de resolución de conflictos del TBI Chile-Argentina se aplicara, el tribunal arbitral debería declararse incompetente porque el inversor había hecho su elección al someter el litigio a las jurisdicciones locales³⁶. En otras palabras, según el argumento de Argentina, la cláusula NMF se aplicaba a la cláusula de resolución de conflictos en un conjunto y no solamente a la parte que le permite al inversor presentar una demanda arbitral sin antes haber recurrido al juez argentino.

El tribunal arbitral rechazó la tesis de Argentina. Aún si el tribunal reconoció que podría existir una coherencia en el argumento que afirma que el tratado fue negociado como un conjunto

36. *ICS Inspection*, N. 2, párr. 320 (énfasis añadido).

37. *Siemens*, N. 1, párr. 111.

de disposiciones y que por consiguiente el inversor no puede beneficiarse de sus ventajas sin someterse a sus desventajas, el tribunal decidió que este no es la razón de ser de la cláusula NMF. Según el tribunal, “[i]t relates only to more favorable treatment. There is also no correlation between the generality of the application of a particular clause and the generality of benefits and disadvantages that the treaty concerned may include”³⁸.

La decisión del caso *Siemens* fue objeto de distintas críticas. Un ejemplo es la opinión disidente dictada por Brigitte Stern en el caso *Impregilo*, en el cual la mayoría autorizó al inversor a prevalecerse de solamente una parte de la cláusula *fork-in-the-road* del TBI tercero. El árbitro subrayó que cuando el inversor se prevalece de sólo la parte de la cláusula *fork-in-the-road* que le parece más favorable, en realidad no existe el beneficio de un mecanismo de resolución de conflictos más favorable, sino de un mecanismo *sui generis* que no había sido previsto en el TBI tercero³⁹.

La doctrina también ha enfatizado los riesgos de la decisión *Siemens*, considerando que el tribunal arbitral abrió una puerta a una “*potentially infinite variety of dispute resolution permutations and combinations that different investors might rely upon so as best to meet their individual circumstances*”⁴⁰.

Siete años después, en el caso *Hochtief*, el tribunal arbitral tuvo la oportunidad de resolver la misma cuestión que fue resuelta por el tribunal constituido en el caso *Siemens*, en aplicación de los mismos TBIs. Los árbitros rechazaron la posibilidad del inversor de elegir sólo las partes del TBI que le sean más favorables y no como un todo⁴¹.

La posición adoptada por el tribunal del caso *Hochtief* parece más apropiada. Para constatar la existencia de un trato más favorable, es necesario ponerse en el lugar del inversor que se benefi-

38. *Siemens*, N. 1, párr. 120.

39. *Impregilo*, Opinión disidente de Brigitte Stern, N. 1, párr. 12.

40. S. FIETTA, “Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investments Treaties: a Turning Point?”, en *International Arbitration Law Review*, 2005, p. 135.

41. *Hochtief*, N. 1, párr. 98.

cia del TBI tercero. El trato dado a dicho inversor es aquél previsto por el mecanismo de resolución de conflictos como un todo. O sea, el inversor no tiene la posibilidad de elegir las provisiones que le sean más favorables en el caso concreto. Es por dicha razón que la decisión *ICS Inspection* correctamente decidió que la comparación entre el TBI de base y el TBI tercero debe ser objetiva⁴².

2.2 La igualdad de circunstancias

Para que la cláusula NMF pueda producir sus efectos, el trato de la cláusula “*ne peut concerner que le traitement accordé à d’autres investisseurs, en vertu d’un autre TBI que le traité applicable*”⁴³. Se trata del principio *ejusdem generis*, reconocido y afirmado por los tribunales nacionales e internacionales⁴⁴.

El principio *ejusdem generis* circunscribe la aplicación de la cláusula NMF a las cuestiones análogas a aquellas reguladas por el tratado de base. Por ejemplo, una cláusula NMF en un tratado comercial entre A y B no puede ser utilizada por A para importar una ventaja prevista en un tratado firmado entre B y C sobre la protección diplomática⁴⁵.

Al aplicar el principio *ejusdem generis*, varios tribunales arbitrales se refieren al laudo *Ambatielos*. En este caso, Grecia empezó un arbitraje *ad hoc* contra el Reino Unido en representación de M. Ambatielos, ciudadano griego que afirmaba haber sufrido una denegación de justicia en un litigio delante de los tribunales ingleses. Para fundamentar su demanda, Grecia invocó la cláusula de arbitraje contenida en un tratado de comercio y navegación firmado con el Reino Unido e importó, mediante la cláusula NMF, el compromiso ofrecido por el Reino Unido a los nacionales

42. *ICS Inspection*, N. 1, párr. 319.

43. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l’investissement*, Editions A. Pedone, Paris, 2014, pp. 303-304.

44. Draft Articles on MFN with commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, Part II, p. 27. Véase los artículos 9 y 10 y sus respectivos comentarios sobre el principio *ejusdem generis*.

45. UNCTAD, N. 6.

de países terceros de darles un trato conforme a los principios internacionales de administración de la justicia⁴⁶.

En su defensa, el Reino Unido sostuvo que la demanda de Grecia no era válida ya que la cláusula NMF del tratado de base se limitaba a cuestiones de comercio y navegación, y no a la administración de la justicia. El tribunal arbitral rechazó dicha interpretación y aplicó la cláusula NMF al considerar que esta cláusula sólo puede aplicarse a cuestiones análogas. Según el tribunal arbitral, es necesario tomar en consideración el texto de la cláusula NMF y la intención de las partes⁴⁷. El tribunal arbitral estimó que la administración de la justicia está relacionada a la protección de los comerciantes, que al mismo tiempo forma parte del ámbito de aplicación del tratado de navegación.

Ante los intentos de los inversores de extender la cláusula NMF a cuestiones procesales, los Estados han invocado la violación del principio *ejusdem generis* al considerar que la palabra “trato” en dichas cláusulas se refiere a un trato substancial y que no cubre cuestiones procesales en tratados terceros⁴⁸.

Es necesario recalcar que esto sólo se aplica cuando los tratados no han definido si la cláusula NMF se aplica a materias procesales, lo que constituye la mayoría de los casos. Por ejemplo, el Reino Unido ha firmado algunos de los pocos TBIs que aceptan expresamente que los mecanismos de resolución de conflictos sean cubiertos por cláusulas NMF⁴⁹.

46. *The Ambatielos Claim* (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland), United Nations Treaty Collection, Reports of International Arbitral Awards, Vol. XII, pp. 83-153.

47. *Ibidem*.

48. Y. BANIFATEMI, “The Emerging Jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in Investment Arbitration”, en A. Bjorklund, I. Laird y S. Ripinski (Eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, BIICL, Londres, 2009, p. 256: “Although not always clearly defined, the focus of the examination seems to be the concept of ‘treatment’ and whether access to dispute resolution mechanisms is part of the treatment accorded under the relevant treatment”.

49. Un ejemplo es el TBI Reino Unido–El Salvador: “Article 3. National Treatment and Most-favoured-nation Provisions [...] 3. For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 [investor-State disputes] of this Agreement”.

Los tribunales arbitrales han aplicado el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) para determinar cuál fue la voluntad de las partes al firmar los TBIs en discusión. Como lo exige el artículo 31.1 de la CVDT, en primer lugar es necesario interpretar un tratado “*de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et son but*”. Sin embargo, incluso aplicando los artículos 31.1 y siguientes de la CVDT, las decisiones sobre la interpretación de la cláusula NMF son relativamente divergentes.

La jurisprudencia se divide entre los tribunales arbitrales que consideran que la extensión de la cláusula NMF a las materias de resolución de conflictos es conforme al principio *ejusdem generis* (2.2.1) y aquellos que la consideran una violación al dicho principio (2.2.2).

2.2.1 La conformidad al principio *ejusdem generis*

La tesis de la violación del principio *ejusdem generis* fue el argumento presentado por España en el caso *Maffezini*, el primero de una larga y controvertida cadena de laudos que analizaron la pregunta central de este artículo. Como fue sostenido por España, “*since it is the purpose of the most favored nation clause to avoid discrimination, such discrimination can only take place in connection with material economic treatment and not with regard to procedural matters*”⁵⁰.

El tribunal arbitral en el caso *Maffezini* rechazó el argumento de España, basándose en la decisión *Ambatielos* y en el hecho que las disposiciones relativas a la resolución de conflictos están estrechamente vinculadas a la protección de los inversores extranjeros⁵¹. La cláusula NMF tenía una redacción general y se aplicaba a “*all matters subject to this Agreement [TBI Argentina-España]*”.

50. *Maffezini*, N. 1, párr. 42. Véase también P. ACCONCI, “Most-Favored-Nation Treatment”, en P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford, New York, 2008, pp. 388-389.

51. *Maffezini*, N. 1, párr. 54.

El tribunal arbitral concluyó que la cláusula NMF cubría los mecanismos de resolución de conflictos sin violar el principio *ejusdem generis* en el caso en el que el TBI tercero regula la misma cuestión que el TBI de base⁵². Para llegar a dicha conclusión, el tribunal *Maffezini* analizó las negociaciones que habían precedido la conclusión del TBI entre Argentina y España y el hecho que España permitía, en la mayoría de sus TBIs el acceso directo al arbitraje⁵³.

Respecto al amplio campo de aplicación de la cláusula NMF en el TBI Argentina-España, cabe precisar que entre las 25 decisiones dictadas por los tribunales arbitrales sobre este tema, en solamente 8 de los casos la redacción de la cláusula previa la cobertura de “*all matters subject to this agreement*”⁵⁴. Como será analizado *infra*, la decisión *Maffezini* sobre la extensión de la cláusula NMF a la resolución de conflictos en razón de su redacción general no es unánime.

Después de la decisión *Maffezini*, varios tribunales arbitrales siguieron la misma línea de interpretación para decidir sobre la compatibilidad del principio *ejusdem generis* y la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos⁵⁵. Entre esas decisiones, el razonamiento de tres tribunales arbitrales merece un examen minucioso, ya que las cláusulas NMF en discusión no eran tan generales como la cláusula prevista en el TBI Argentina-España.

En primer lugar, en los casos *Siemens* y *Hochtief*, la cláusula NMF del TBI de base entre Chile y Argentina prevé que las inversiones y los inversores extranjeros, en el ámbito de sus actividades relacionadas a sus inversiones, no deben recibir un trato menos favorable que aquel acordado a las inversiones y a los in-

52. Ídem, párr. 56.

53. Ídem, párrs. 57-61.

54. *Maffezini, Camuzzi, Gas Natural, Suez ARB/03/17, Suez ARB/03/19, Impregilo, Teinver*, N. 1.

55. *Siemens, National Grid, Gas Natural, Suez ARB/03/17, Suez ARB/03/19, AWG, Rosinvestco, Impregilo, Hochtief, Teinver*. En los casos *Suez 03/19* y *AWG*, el enfoque fue aún más amplio porque los árbitros consideraron que no existían razones para contrastar cláusulas de resolución de conflictos con otras disposiciones del tratado, N. 1, párrs. 55-59.

versores de los Estados terceros. El tribunal *Siemens* destacó que el término “trato” había sido redactado de manera general y que la necesidad de excepciones confirma el carácter general de este término en lugar de establecer límites más allá de las excepciones⁵⁶. Por otro lado, el tribunal confirmó que el TBI de base tenía como factor distintivo el mecanismo de resolución de conflictos y que el acceso a este tipo de mecanismo formaba parte de las protecciones ofrecidas por el “trato”⁵⁷.

El tribunal *Hochtief* consideró que para poder importar la cláusula de resolución de litigios del TBI tercero, sólo la parte de la cláusula NMF relativa al trato del inversor era relevante y no la parte relativa a la inversión. El tribunal arbitral interpretó la palabra “actividad” contenida en la segunda parte de la cláusula NMF, la cual había sido definida en el protocolo anexo al TBI como “*the management, utilization, use and enjoyment of the investor*”. El tribunal arbitral estimó que el artículo 10 del TBI de base, el cual permitía al inversor recurrir al arbitraje, era un tipo de protección que cae dentro del campo de aplicación del “*management, utilization, use and enjoyment of the investment*”⁵⁸.

En segundo lugar, en el caso *RosInvetCo*, el TBI de base sólo permitía recurrir al arbitraje para resolver los conflictos relativos al monto de la compensación en caso de expropiación o relativos a las consecuencias de un acto expropiatorio⁵⁹. La cláusula NMF prevista en este TBI estaba compuesta de dos partes, la primera se refería a las inversiones y la segunda a los inversores respecto al “*management, maintenance, use enjoyment or disposal*” de las inversiones. El tribunal consideró que sólo la segunda parte de la cláusula NMF podría ser utilizada para importar la cláusula de resolución de conflictos del TBI tercero y de esta manera pronunciarse sobre la demanda relativa a la legalidad de la expropiación. El tribunal arbitral no se pronunció sobre la cuestión general relativa a si el término “trato” incluye o no la protección de una

56. *Siemens*, N. 1, párr. 85.

57. Ídem, párr. 102.

58. *Hochtief*, N. 1, párrs. 62, 68.

59. TBI entre la Federación Rusa y el Reino Unido.

cláusula de arbitraje, pero que en el contexto de la expropiación, una cláusula de arbitraje tiene el mismo valor que las demás protecciones substanciales del TBI⁶⁰.

Los tribunales también han invocado el principio *expressio unius est exclusio alterius*, según el cual si un tratado prevé excepciones, las cuestiones que no forman parte de dichas excepciones son automáticamente consideradas como parte de su ámbito de aplicación. Es decir, si el tratado prevé excepciones a la aplicación de la cláusula NMF, la resolución de conflictos entra en el campo de aplicación de la cláusula si no está prevista entre las excepciones⁶¹.

Es importante remarcar que en los casos *Austrian Airlines* y *Daimler*, aún si los árbitros se rehusaron a aplicar la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos, ellos consideraron que la palabra "trato" era suficientemente general como para incluir las cuestiones procesales y que por consiguiente el principio *ejusdem generis* no había sido violado⁶². Precisamente, en el caso *Austrian Airlines*, el tribunal arbitral estimó que, en principio, no existían razones conceptuales para que la cláusula NMF sea limitada a las cuestiones procesales. Sin embargo, el tribunal rechazó la aplicación de la cláusula al considerar que el carácter restrictivo de la cláusula de arbitraje relativa al monto de la compensación era una excepción al campo de aplicación de la cláusula NMF⁶³.

Una parte de la doctrina se mostró favorable al enfoque según el cual si las partes no han ni incluido ni excluido la resolución de conflictos del campo de aplicación de la cláusula, la intención de las partes puede ser razonablemente interpretada en el sentido de la inclusión de todos los derechos acordados a los inversores de un país determinado, incluyéndose el derecho de recurrir al tribunal arbitral⁶⁴.

60. *RosInvestCo*, N. 1, párrs. 128-132.

61. *National Grid*, N. 1, párr. 82; *Suez* N. 1, 03/17, párr. 56; *Suez* N. 1, 03/19, párr. 58; *AWG*, párr. 58; *RosInvestCo*, N. 1, párr. 135.

62. *Austrian Airlines*, N. 2, párr. 124; *Daimler*, párr. 216.

63. *Austrian Airlines*, N. 2, párrs. 124, 131 y 135.

2.2.2 La violación al principio *ejusdem generis*

Una segunda línea jurisprudencial se opuso a la interpretación dada por las decisiones comentadas anteriormente sobre la compatibilidad entre el principio *ejusdem generis* y la extensión de la cláusula NMF a cuestiones procesales⁶⁵. Se puede dividir dichas decisiones en dos grupos.

El primer grupo de decisiones en las cuales los árbitros no aplicaron la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos se basa en la existencia de una diferencia entre los derechos procesales y los derechos sustanciales previstos en los TBIs, diferencia de la cual se deduce que, en la ausencia de una estipulación contraria, la palabra “trato” se limita a la segunda categoría, a saber, los derechos sustanciales⁶⁶.

Algunas de estas decisiones han adoptado una interpretación diferente sobre la decisión *Ambatielos*, la cual en realidad no podría ser utilizada para dar una respuesta sobre la compatibilidad del principio *ejusdem generis* para importar mecanismos de resolución de diferencias por medio de una cláusula NMF. Se destacó que la cuestión de la administración de la justicia en el caso *Ambatielos* estaba vinculada a los derechos sustanciales de los comerciantes y no a los derechos procesales⁶⁷.

64. E. GAILLARD, “Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause”, en *New York Law Journal*, Vol. 233, No. 105, junio 2005. Véase también Y. BANIFATEMI, “The Emerging Jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in Investment Arbitration”, en A. Bjorklund, I. Laird y S. Ripinski (Eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, BIICL, Londres, 2009, pp. 272-273.

65. *Plama, Telenor, Berschader, Wintershall, ICS Inspection, Kiliç, Sanum*. N. 1., N. 2. El tribunal arbitral en el caso Salini rechazó la extensión de la cláusula NMF sin analizar el principio *ejusdem generis*. El tribunal arbitral del caso *Laboratoires Servier* tomó una decisión sobre el tema en un laudo interlocutorio que no fue publicado. En una decisión posterior, el tribunal afirmó que “[t]he Tribunal held that the notion of “treatment” in article 4(1) of the France-Poland BIT does not encompass international arbitration”. *Laboratoires Servier*, párr. 519.

66. *Telenor*, N. 2, párr. 92; *Kiliç*, N. 2, párr. 7.3.9; *Sanum*, N. 2, párr. 357; *ICS Inspection*, N. 2, párr. 296: “the Tribunal’s view is that the term “treatment”, in the absence of any contrary stipulation in the treaty itself, was most likely meant by the two Contracting Parties to refer only to the legal regime to be respected by the host state in conformity with its international obligations, conventional or customary”.

67. Véase *Plama*, párr. 215; *Salini*, párr. 112. Para una crítica a la interpretación hecha por el tribunal *Mafezini*, véase Z. DOUGLAS, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), p. 102.

Por lo que concierne al principio *expressio unius exclusio alterius*, los tribunales arbitrales que se pronunciaron contra la extensión de la cláusula explicaron que una de las razones para no incluir la resolución de conflictos en la lista de excepciones era que los Estados no habían imaginado que sería posible incluirlas⁶⁸. Además, para esos tribunales, las exclusiones de ciertos tratos substanciales no tienen necesariamente como corolario que la resolución de conflictos sea automáticamente excluida.

El segundo grupo rechazó la aplicación del principio *ejusdem generis* y se pronunció en favor de la extensión de la cláusula NMF tomando en consideración la existencia del consentimiento de las partes⁶⁹. En ese sentido, el tribunal arbitral del caso *Plama* decidió expresamente que no era necesario analizar si el término “trato” incluía o no protecciones procedurales⁷⁰. En el laudo del caso *Berschader*, el tribunal arbitral consideró que el argumento según el cual el acceso a los mecanismos de resolución de conflictos era una parte importante de la protección de las inversiones es general y no permitía verificar si, en el caso concreto, las partes habían realmente deseado extender la cláusula de resolución de conflictos⁷¹. En ese caso, aún si la cláusula de resolución de conflictos prevea su aplicación a “*toutes les matières visées au présent Accord*”⁷², el tribunal consideró que el término “todas las materias” no significaba que las partes habían deseado expresamente que la cláusula se aplicara a la resolución de conflictos⁷³.

El análisis de compatibilidad entre el principio *ejusdem generis* y la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones procesales fue minuciosamente detallado por Brigitte Stern en su opinión disidente en el caso *Impregilo*. Primero, el árbitro enfatizó que las cuestiones procesales y substanciales tienen una naturaleza distinta, lo cual significa que el principio *ejusdem generis* prohíbe que los dos sean

68. Véase *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 310-13. *Kiliç*, N. 2, sección 7.7. El tribunal arbitral *Daimler* se opuso a la aplicación del principio, párrs. 238-239.

69. *Plama*, N. 2, párrs. 189-227; *Berschader*, N. 2, párrs. 195-197; *Wintershall*, N. 2, párrs. 188-189.

70. *Plama*, N. 2, párr. 189.

71. *Berschader*, N. 2, párrs. 195-197.

72. TBI Bélgica-Federación Rusa, firmado el 9 de febrero de 1989, Artículo 2.

73. *Berschader*, N. 2, párr. 184.

asimilados y que la cláusula NMF sea aplicada a mecanismos de resolución de conflictos⁷⁴. No obstante, el árbitro agregó que las decisiones que habían declarado la incompatibilidad del principio no habían presentado razones sólidas que permitan justificar la oposición de derechos sustanciales y procesales⁷⁵.

Sobre el argumento invocado por varios tribunales arbitrales según el cual la resolución de conflictos sería parte integral del trato ofrecido a los inversores, Brigitte Stern sostuvo que si dicha premisa fuera aceptada, no existiría ningún obstáculo para importar una cláusula CIADI a un tratado que no contiene ninguna cláusula de arbitraje, solución que probablemente no sería bien vista ni siquiera por los árbitros más favorables a la expansión de la cláusula NMF a las cuestiones procesales⁷⁶.

En segundo lugar, el árbitro hizo un análisis de los tratos sustanciales y jurisdiccionales basándose en la idea que las condiciones para acceder a uno o al otro son diferentes. De manera general, la principal diferencia entre los dos es que si a nivel nacional existe un derecho sustancial, existe automáticamente un mecanismo jurisdiccional para protegerlo. Sin embargo, dicho razonamiento no se aplica a nivel internacional, en el cual el Estado debe dar su consentimiento para que un extranjero u otro Estado empiece un procedimiento solicitando su condena por violación de una obligación internacional⁷⁷.

Como fue decidido por Brigitte Stern, *“an MFN clause can only concern the right that an investor can enjoy, it cannot modify the fundamental conditions for the enjoyment of such rights, in other words, the insuperable conditions of access to the rights granted in the BIT”*⁷⁸.

Christopher Thomas, en el caso *Hochtief*, consideró que el recurso previo a las cortes nacionales del Estado receptor tiene una naturaleza jurisdiccional y, basándose en la diferencia destacada

74. *Impregilo*, Opinión disidente de Brigitte Stern, N. 1, párr. 28.

75. Ídem, párrs. 29-32.

76. Ídem, párr. 35.

77. Ídem, párr. 45.

78. Ídem, párr. 47.

por laudos de la CIJ entre los derechos sustanciales y las provisiones jurisdiccionales de los tratados, rechazó la extensión de la cláusula NMF⁷⁹.

De la misma manera, Zachary Douglas afirmó que, en razón de la diferencia entre las obligaciones sustanciales para la protección de las inversiones y las provisiones de los TBIs que confieren poderes jurisdiccionales a un tribunal arbitral, el obstáculo impuesto por el principio *ejusdem generis* es insuperable⁸⁰.

Las condiciones para acceder a los derechos sustanciales y jurisdiccionales de un tratado son distintas. La diferencia entre estos dos tipos de protección debe por ello ser tomada en consideración para verificar si la cláusula NMF es o no conforme al principio *ejusdem generis*. Aparentemente, hay violación del principio, salvo si los Estados partes del TBI de base aceptaron la extensión de la competencia del tribunal arbitral mediante la aplicación de la cláusula NMF.

3. EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO

Poniendo de lado las características particulares al trato NMF, para que un inversor pueda prevalecerse de una cláusula de resolución de conflictos de un TBI firmado entre el Estado concedente y un Estado tercero, el Estado de nacionalidad del inversor y el Estado concedente deben haber dado su consentimiento para someterse a otra cláusula de resolución de conflictos.

La posibilidad de que un Estado dé su consentimiento mediante una cláusula NMF no plantea ningún problema⁸¹. Tal y como fue recalcado en la decisión *Renta 4*, no existe regla que imponga que todas las disposiciones de la cláusula de arbitraje estén previstas en una sola cláusula o instrumento o que los elementos

79. Ídem, párrs. 75-79.

80. Z. DOUGLAS, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails", en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), pp. 102-107.

81. A. NEWCOMBE y L. PARADELL, N. 9, p. 216.

relativos a la competencia del tribunal arbitral estén definidos en un artículo que cubra los aspectos sustanciales de la inversión⁸².

Esto es ilustrado por los TBIs del Reino Unido que incluyen expresamente la cláusula de resolución de conflictos en el campo de aplicación de la cláusula NMF⁸³. La situación contraria es igualmente posible. Un Estado puede decidir limitar la competencia de los tribunales arbitrales al incluir una excepción a la aplicación de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos. Por ejemplo, como reacción al laudo *Maffezini*, la nota al pie N. 13 del *Free Trade Agreement of the Americas* (FTAA) prevé que la cláusula NMF del tratado no se aplica a los mecanismos de resolución de conflictos internacionales. Otro ejemplo se encuentra en la nota interpretativa acordada por Argentina y Panamá en la cual se excluyó los mecanismos de resolución de conflictos del ámbito de aplicación de la cláusula NMF del TBI concluido entre los dos países.

La problemática relativa a la interpretación de las cláusulas NMF se presenta cuando el TBI no contiene precisiones sobre el tema. En ese sentido, las decisiones de los tribunales arbitrales de inversiones que lidiaron con esa situación son divergentes. Algunas decisiones han optado por una interpretación positiva (2.1) y otras por una interpretación negativa a la existencia del consentimiento de los Estados (2.2).

A veces, las decisiones de los tribunales arbitrales no hacen una clara distinción entre el análisis del principio *ejusdem generis* y del consentimiento. Sin embargo, se trata de dos cuestiones diferentes, aún si las dos requieren la interpretación de la cláusula NMF sobre la base del artículo 31 de la CVDT. El análisis del principio *ejusdem generis* se limita a la verificación de la diferencia o de la compatibilidad entre derechos sustanciales y procesales de los TBIs, mientras que el análisis del consentimiento consiste en buscar la voluntad de los Estados de someterse a los mecanismos de resolución de conflictos distintos de los previstos en el TBI de base.

82. *Renta 4*, N. 2, párr. 82.

83. Véase, N. 50.

3.1 Una interpretación positiva

3.1.1 La regla

La mayoría de las decisiones favorables a la importación de las cláusulas de arbitraje previstas en los TBIs terceros mediante la aplicación de la cláusula NMF se basaron en la interpretación del término “trato”, como fue explicado en la sección anterior de este artículo. Pocas decisiones han examinado la voluntad de los Estados de someterse a mecanismos de resolución de conflictos distintos de los previstos en el TBI de base.

Sin embargo, este tema se ha ido desarrollando con el tiempo. Mientras que las primeras decisiones no hacían ninguna referencia al consentimiento⁸⁴, el último laudo publicado que ha aceptado la extensión de la cláusula NMF abordó el consentimiento de manera detallada⁸⁵.

La primera de las decisiones favorables que ha asociado la aplicación de la cláusula NMF al consentimiento fue dictada en el caso *National Grid*. El tribunal arbitral hizo una verificación de la práctica de Argentina y del Reino Unido, Estados partes del TBI de base, sobre la redacción de las cláusulas NMF. El tribunal encontró elementos que probarían que el Reino Unido tenía la intención de extender la cláusula NMF a las cláusulas de resolución de conflictos y que, al contrario, no existían elementos que demostraran que Argentina no estuviera de acuerdo con la extensión⁸⁶. Los árbitros decidieron que, cuando el TBI de base contiene el consentimiento de los Estados al arbitraje entre Estado e inversor, la palabra “trato” en la cláusula NMF permite su extensión a una cláusula de arbitraje más favorable⁸⁷. Es interesante observar que, en esta primera decisión, el análisis termina con la constatación de la existencia del consentimiento al arbitraje en el TBI de base.

84. Por ejemplo, las decisiones *Maffezini*, *Siemens*, *Camuzzi* y *Gas Natural*, N. 1.

85. *Garanti Koza*, N. 1.

86. *National Grid*, N. 1, párrs. 82-85.

El tribunal arbitral del caso *Suez ARB 03/17* fue el primero en dar una respuesta respecto a la interpretación de la cláusula de arbitraje para la extensión de su competencia mediante la aplicación de la cláusula NMF. Los árbitros rechazaron la interpretación del tribunal en el caso *Plama*, según la cual el acuerdo al arbitraje debe ser claro y afirmaron que las “*dispute resolution provisions are subject to interpretation like any other provisions of a treaty, neither more restrictive nor more liberal*”⁸⁸.

Posteriormente, en el caso *RosInvestCo*, los árbitros afirmaron que la competencia del tribunal arbitral podía ser extendida mediante la aplicación de la cláusula NMF. Después de haber decidido que la cláusula NMF se aplicaba al mecanismo de resolución de conflictos del TBI tercero, el tribunal afirmó que dicho razonamiento no cambia aun si la cláusula de arbitraje contenía límites a su competencia. Según el tribunal arbitral, la extensión de la competencia es un resultado normal de la aplicación de las cláusulas NMF⁸⁹.

Los árbitros del tribunal *Hochtief* trataron la cuestión detalladamente y analizaron los efectos de la cláusula NMF sobre la competencia desde otra perspectiva. Se decidió que las cláusulas NMF estipulan la manera en la que los inversores deben ser tratados cuando ejercen sus derechos en virtud del TBI de base. Pero el objetivo de la cláusula no es crear nuevos derechos, sino simplemente facilitar el ejercicio de un derecho ya reconocido⁹⁰. Según Arnaud de Nanteuil, la posición del tribunal en el caso *Hochtief* fue la mejor posición adoptada hasta el momento⁹¹.

87. *National Grid*, N. 1, párr. 93: “*To conclude, the tribunal considers that, in the context in which the Respondent has consented to arbitration for the resolution of the types of disputes raised by the Claimant, ‘treatment’ under the MFN clause of the treaty makes it possible for UK investors in Argentina to resort to arbitration without first resorting to Argentine courts.*”

88. *Suez* N. 1, *ARB 03/17*, N. 1, párr. 64. El mismo tribunal repitió esa decisión en los casos *Suez 03/19* y *AWG*.

89. *RosInvestCo*, N. 1, párr. 131.

90. *Hochtief*, N. 1, párr. 79. El tribunal afirmó que “[t]he MFN clause is not a renvoi to a range of totally distinct sources and systems of rights and duties: it is a principle applicable to the exercise of rights and duties that are actually secured by the BIT in which the MFN clause is found”, párr. 81.

91. A. DE NANTEUIL, N. 31, p. 305.

En el caso *Hochtief*, la cláusula NMF fue invocada para que el inversor no sometiera el litigio a los tribunales argentinos por un período determinado previo al arbitraje. Como la posibilidad de resolver el litigio mediante arbitraje existía en el TBI de base, los árbitros estimaron que la aplicación de la cláusula NMF no resultaría de un caso que no podría ser eventualmente sometido a la apreciación de un tribunal arbitral⁹². Un enfoque similar fue adoptado por el tribunal *Teinver*, conforme al cual la aplicación de la cláusula NMF “*would not change the scope, the forum or the rules applicable to this arbitration*”⁹³.

Finalmente, el laudo dictado por la mayoría en el caso *Garanti Koza* fue el último favorable a la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflicto. Sobre la competencia del tribunal, el inversor alegó que la utilización de la cláusula NMF para establecer el consentimiento del Estado al arbitraje CIADI es simplemente un ejemplo de la utilización de la cláusula para importar derechos de otros TBIs⁹⁴.

Es importante recordar que en el caso *Garanti Koza*, el TBI de base permitía al inversor empezar un arbitraje regido por el reglamento CNUDMI y prevía la utilización del arbitraje CIADI o CCI sólo con el consentimiento del Estado para el caso concreto. El inversor buscó prevalecerse de una cláusula en un TBI tercero que prevía una elección entre el arbitraje CNUDMI o CIADI. Una particularidad del TBI de base (Reino Unido-Turkmenistán) es que prevé expresamente que la cláusula NMF se aplica a la cláusula de resolución de conflictos.

La mayoría del tribunal arbitral no consideró necesario verificar si la cláusula NMF crea o no derechos. Si el TBI de base prevé que el inversor tiene la posibilidad de recurrir al arbitraje, no es necesario aplicar la cláusula NMF para crearlo⁹⁵.

92. *Hochtief*, N. 1, párr. 86.

93. *Teinver*, N. 1, párr. 186.

94. *Garanti Koza*, N. 1, párr. 48.

95. *Garanti Koza*, N. 1, párr. 49.

Para sostener su posición, el tribunal reprodujo la siguiente citación:

The argument that the MFN clause is inapplicable in cases where the basic treaty limits or refrains from granting consent, since the parties intention in that respect is clear, is not convincing. An MFN clause is not a rule of interpretation that comes into play only where the wording of the basic treaty leaves room for doubt. It is intended to endow its beneficiary with rights that are additional to the rights contained in the basic treaty. The meaning of an MFN clause is that whoever is entitled to rely on it be granted rights accruing from a third party treaty even if these rights clearly go beyond the basic treaty⁹⁶.

En ese contexto, el tribunal arbitral consideró que la intención expresa de las partes era de extender la cláusula NMF a un mecanismo de resolución de conflicto más favorable. Ante la falta de ambigüedad, el tribunal no aplicó otros métodos interpretativos, como lo determina la CVDT⁹⁷. El árbitro Laurence de Boisson de Chazournes dictó una opinión disidente sobre el tema.

3.1.2 *Las excepciones*

Ciertos tribunales arbitrales favorables a la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos entre Estados e inversores intentaron poner límites a tal extensión. Aún si sus decisiones fueron tomadas basándose en la interpretación del término “trato”, las excepciones a la extensión de la cláusula tienen consecuencias en la extensión de la competencia de los árbitros.

En la decisión *Maffezini*, el tribunal estableció que, en principio, el beneficiario de la cláusula no podía esquivar las consideraciones de orden público que los Estados contratantes habían considerado fundamentales para la aceptación del tratado en cuestión⁹⁸.

96. C. SCHREUER *et al.*, *The ICSID Convention - A Commentary*, Cambridge University Press, 2da. Ed., 2009, p. 248.

97. *Garanti Koza*, N. 1, párrs. 55-57.

Los árbitros ilustraron esas situaciones de orden público con los siguientes ejemplos: (i) si una de las partes condicionó su consentimiento al arbitraje al agotamiento de los recursos locales; (ii) si una de las partes, en presencia de una cláusula *fork-in-the-road*, no hizo su elección; (iii) si la cláusula de arbitraje prevía un fórum arbitral particular; y (iv) si las partes se pusieron de acuerdo sobre un sistema de arbitraje institucional que incorpore reglas procesales precisas⁹⁹.

En el caso *Siemens*, el tribunal arbitral estuvo de acuerdo con las excepciones de orden público del laudo *Maffezini*¹⁰⁰. La importancia de no extender la cláusula más allá de los límites apropiados también fue destacada en el caso *National Grid*. Los árbitros tomaron como ejemplo el caso *Plama*, en el cual, según ellos, el inversor intentó crear un consentimiento al arbitraje CIADI que no existía¹⁰¹.

Incluso usando los ejemplos dados en el laudo *Maffezini*, es difícil entender con precisión a lo que el tribunal se refería con las “excepciones de orden público”. Si se consideran las excepciones destacadas en los casos *Maffezini* y *National Grid*, parece que la cuestión se resume a la existencia del consentimiento, la cual debería haber sido analizada en detalle por los árbitros antes de delimitar las excepciones a la aplicación de la cláusula NMF.

3.2 Una interpretación negativa

Contrariamente a las decisiones descritas en la sección anterior, la mayoría de los tribunales arbitrales que se opusieron a la utilización de la cláusula NMF para importar los mecanismos de resolución de conflictos han basado sus decisiones en la ausencia de consentimiento de los Estados concedentes¹⁰². Como fue resu-

98. *Maffezini*, N. 1, párr. 62.

99. Ídem, párr. 63.

100. *Siemens*, N. 1, párr. 109.

101. *National Grid*, N. 1, párr. 92.

102. Entre 12 laudos desfavorables a la extensión de la cláusula NMF, sólo los tribunales *Salini*, *Sanum* y *Kiliç* no analizaron en detalles los efectos del consentimiento. En el primer caso, el tribunal se basó en

mido en el laudo *Wintershall*, “[i]nvocation of MFN treatment to dispute settlement does relate to and has a bearing on consent”¹⁰³.

El tribunal arbitral *Plama* fue el primero que decidió expresamente que la cláusula NMF no contenía el consentimiento del Estado receptor para someter la diferencia a la jurisdicción CIADI¹⁰⁴. En ese caso, el inversor intentó prevalecerse de la cláusula NMF para evitar la restricción del TBI de base que permitía recurrir al arbitraje *ad hoc* sólo para resolver las cuestiones relativas a compensación en caso de expropiación. Los árbitros citaron el principio según el cual el acuerdo de arbitraje debe ser claro e inequívoco, lo que no era el caso de la cláusula NMF controvertida¹⁰⁵. Dicho razonamiento fue adoptado en varios laudos posteriores¹⁰⁶.

Una vez establecido que la cláusula NMF puede ser fuente de consentimiento, el tribunal *Plama* buscó la voluntad de las partes aplicando el criterio de interpretación utilizado para analizar las cláusulas de arbitraje. Esta posición, según la cual el consentimiento existe sólo si es “claro e inequívoco”, fue objeto de críticas. Por ejemplo, el tribunal del caso *Austrian Airlines* consideró que dicha interpretación es restrictiva y afirmó que no existe un principio de interpretación restrictiva o extensiva en el arbitraje internacional¹⁰⁷. Del mismo modo, Andrew Newcombe y Lluís Paradell consideran que el principio más apropiado fue el adoptado en el caso *Amco Asia Corporation c. Indonesia*:

In the first place, like any other conventions, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. It is to be construed in a way

this treaty”el hecho que la cláusula NMF del TBI de base no se refería a “*all matters under* y que el inversor no había presentado prueba de la intención común de los Estados de aplicar la cláusula NMF a la resolución de conflictos (párr. 118). En el segundo caso, se destacó que si cláusula NMF se aplicaba a todas las protecciones del TBI tercero, el resultado sería una extensión del consentimiento de los Estados contraria a su intención (párr. 358). El tribunal *Kiliç* no trató de ningún aspecto del tema.

103. *Wintershall*, N. 2, párr. 190.

104. *Plama*, N. 2, párr. 184.

105. *Plama*, N. 2, párrs. 198-199.

106. *Telenor*, N. 2, párr. 90; *Berschader*, N. 2, párrs. 178-181; *Wintershall*, N. 2, párr. 167; *ICS Inspection*, N. 2, 313; *Daimler*, N. 2, párr. 176.

107. *Austrian Airlines*, N. 2, párr. 119.

which leads to find out and to respect the common will of the parties: such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle *pacta sunt servanda* [...]¹⁰⁸.

No obstante, otras decisiones consideraron que el laudo *Plama* no adoptó una interpretación restrictiva del consentimiento. Los árbitros del caso *ICS Inspection* explicaron que la ausencia de fórum para presentar las demandas contra un Estado en la esfera internacional es una situación normal. Por ello, la ausencia de consentimiento no puede ser considerada un defecto del tratado¹⁰⁹. El árbitro Brigitte Stern está de acuerdo con la interpretación adoptada en el caso *Plama* y remarcó la diferencia entre una interpretación restrictiva y el hecho de considerar que el consentimiento al arbitraje debe ser claro e inequívoco¹¹⁰. Además, la mayoría en el caso *Daimler* precisó que “*the fact that dispute resolution clauses should be construed neither liberally nor restrictively does not authorize international tribunals to interpret such clauses in a manner which exceeds the consent of the contracting parties as expressed in the text*”¹¹¹.

A pesar de que la interpretación *Plama* sobre el consentimiento ha guiado la mayoría de los tribunales contra la aplicación de la cláusula NMF, otros elementos que fueron tomados en consideración merecen ser analizados. Primero, el tribunal *Telenor* se basó en cuatro razones para no extender la jurisdicción del tribunal arbitral en la ausencia de un lenguaje claro que permita establecer la voluntad de las partes: (i) conforme al artículo 31 de la CVDT, en la ausencia de un lenguaje que demuestre lo contrario, la cláusula NMF cubre solamente derechos substanciales relativos a las inversiones; (ii) los Estados están expuestos al riesgo del *treaty shopping*; (iii) una interpretación extensiva crea una situación de inseguridad e inestabilidad; y (iv) es necesario analizar la situación desde el punto de vista de los Estados y buscar si ellos tuvieron la intención de restringir la jurisdicción de los tribunales arbitrales a una área en particular.

108. A. NEWCOMBE y L. PARADELL, N. 9, p. 216. Cita de *Amco Asia Corporation c. Indonèsie*, decisión de jurisdicción, 25 de septiembre de 1983. ICSID, rep. 377, p. 394.

109. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 281-282.

110. *Impregilo*, N. 1, Opinión disidente de Brigitte Stern, párr. 95.

111. *Daimler*, N. 1, párr. 172.

Dejando de lado la particularidad del razonamiento de la decisión *Telenor*, existen cuatro mecanismos interpretativos que fueron utilizados para rechazar la extensión de la cláusula NMF en caso de ausencia de consentimiento claro e inequívoco. El primero se encuentra en la práctica de los Estados al redactar los TBIs. Varios tribunales que se pronunciaron en contra de la extensión de la cláusula NMF analizaron los TBIs que fueron firmados durante el período de la Unión Soviética, en los cuales el arbitraje se limitaba a cuestiones suscitadas por la expropiación. Por ejemplo, en el caso *Berschader*, el tribunal verificó que la práctica de los tratados de la Unión Soviética revelaba que las cuestiones relativas a la existencia de un acto expropiatorio siempre eran sometidas a los tribunales nacionales¹¹². El tribunal consideró que sería difícil establecer que una parte contratante soviética hubiera tenido la intención de extender la aplicación de la cláusula de arbitraje¹¹³.

El segundo mecanismo interpretativo que merece ser recalcado es el que deriva de la aplicación del principio de la contemporaneidad, según el cual el significado y el alcance de un término deben ser determinados teniendo en cuenta el momento en el cual el tratado fue firmado. Los tribunales de los casos *ICS Inspection* y *Daimler* tomaron en consideración las decisiones y las reglas vigentes cuando los TBIs de base fueron firmados y concluyeron que la cláusula NMF no se aplica a los mecanismos de resolución de conflictos¹¹⁴.

El tercer mecanismo utilizado es el relativo a un elemento textual previsto en algunas cláusulas NMF que limitan su aplicación al trato acordado por el Estado concedente *en su territorio*. Algunos tribunales arbitrales remarcaron que el arbitraje internacional no está conectado al territorio del Estado receptor, contrariamente al caso de los litigios sometidos a los tribunales

112. *Berschader*, N. 2, párr. 204.

113. *Berschader*, N. 2, párrs. 207-208.

114. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 209-206; *Daimler*, párrs. 220-224. Por ejemplo, los tribunales citaron la decisión *Ambatielos*, las *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* y los Draft Articles on MFN. En el caso *Daimler*, el árbitro Charles Brower dictó una opinión disidente sobre el tema.

nacionales¹¹⁵. Sin embargo, una decisión fue dictada en el sentido contrario. En efecto, el tribunal *Hochtief* estimó que el “trato” dado por el Estado receptor consistía en su acción de no permitir que el inversor sometiera el litigio directamente al arbitraje¹¹⁶.

El último mecanismo, utilizado en los casos *Plama* y *Telenor*, consistió en que las cláusulas de arbitraje fueron específicamente negociadas por las partes del tratado, razón por la cual su ámbito de aplicación no puede ser extendido¹¹⁷. Esta interpretación fue objeto de críticas. Como lo explicó Yas Banifatemi, no existe diferencia, al momento de redactar el tratado, entre el trato justo y equitativo, la prohibición de expropiación sin compensación y las cláusulas de resolución de conflictos¹¹⁸.

Para finalizar el análisis de las decisiones en las que se rechazó la aplicación de la cláusula NMF para importar mecanismos de resolución de litigios, es necesario citar la decisión de la mayoría en el caso *Renta 4*. Los árbitros consideraron que, en principio, un Estado no puede argumentar que ha aceptado que los nacionales de un país determinado puedan recurrir a un “sistema de arbitraje”, y afirmar al mismo tiempo que no ha consentido el acceso al mismo sistema de arbitraje para los nacionales de otro país. Para ellos, “[t]he extension of commitment is in the very nature of MFN clauses”¹¹⁹. La única razón por la cual los árbitros no han extendido el alcance de la cláusula NMF fue su redacción, que se limitaba a las cuestiones relativas al trato justo y equitativo.

115. *ICS Inspection*, N. 2, párrs. 305-309; *Daimler*, párrs. 227-228. En el caso *Daimler*, el árbitro Charles Brower dictó una opinión disidente sobre el tema.

116. *Hochtief*, N. 1, párr. 111.

117. *Plama*, N. 2, párr. 219; *Telenor*, párr. 95.

118. Y. BANIFATEMI, “The Emerging Jurisprudence on the Most-Favored-Nation Treatment in Investment Arbitration”, en A. Bjorklund, I. Laird y S. Ripinski (Eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III*, BIICL, Londres, 2009, p. 269.

119. *Renta 4*, N. 2, párr. 92.

4. CONCLUSIONES

Una vez identificados los puntos que fueron objeto de interpretaciones divergentes por los tribunales arbitrales, resta interrogarnos sobre las razones de esta heterogeneidad.

Se propuso anteriormente que la división entre las decisiones favorables y desfavorables a la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos se debe a la división entre las cuestiones relativas a la admisibilidad y a la competencia¹²⁰. Entre los 25 laudos dictados sobre este tema, en 15 de los casos los inversores solicitaron la aplicación de la cláusula NMF para evitar el periodo previo de sometimiento del litigio a los tribunales del Estado receptor. Entre esos 15 laudos, 11 fueron favorables a la extensión de la cláusula NMF y 4 fueron desfavorables. Al contrario, si analizamos los 10 laudos restantes, en los cuales los inversores intentaron extender la competencia de los árbitros para otras materias o someter el litigio a un reglamento de arbitraje distinto de aquel previsto en el TBI de base, 8 han rechazado la aplicación de la cláusula NMF.

Dicha posición se basa en el principio según el cual la obligación de someter previamente los litigios a los tribunales nacionales es una condición previa al arbitraje y se trata, por consiguiente, de una cuestión de admisibilidad, en contraste a las cuestiones relativas a la competencia. Sin embargo, “[a]lthough this argument is appealing on its surface, there would not appear to be a principled basis upon which to decide that an MFN clause applies to issues of admissibility but not jurisdiction”¹²¹. La diferencia entre la admisibilidad y la competencia es objeto constante de divergencias. Incluso la decisión *Maffezini* calificó el sometimiento del litigio a los tribunales argentinos como una cuestión de competencia y aceptó la aplicación de la cláusula NMF¹²².

120. *Most-Favored-Nation Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, United Nations, New York/Geneva, 2010, pp. 66-67.

121. A. NEWCOMBE y L. PARADELL, N. 9, p. 220.

122. *Maffezini*, N. 1, párrs. 35-36.

La explicación dada por Zachary Douglas sobre la divergencia de los tribunales respecto a la aplicación de la cláusula NMF parece ser más razonable. Según este autor, el problema sigue consistiendo en la interpretación de los tribunales arbitrales de los términos específicos de cada TBI y de un error en la aplicación de la regla general de interpretación del artículo 31 de la CVDT¹²³. Como lo explica el autor, “*if each case is to be approached as a sui generis exercise in treaty interpretation, then the prospects for a coherent international law of investment seems remote*”¹²⁴.

La interpretación objetiva del sentido corriente de los términos de un TBI debe depender de su contexto y tomar en cuenta los elementos interpretativos de la CVDT, los cuales forman un todo. Más que limitarse al análisis de cada cláusula NMF, los elementos de las secciones 31.2 y 31.3 de la CVDT cumplen un rol importante, como por ejemplo, el tomar en consideración “*toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*”¹²⁵. Esta regla impide justamente que las interpretaciones de los términos del TBI sean aisladas y que los tribunales dicten decisiones contradictorias.

Desde esta perspectiva, cabe remarcar una cuestión importante. En muy pocas decisiones se buscó el significado del término “trato” previsto en las cláusulas NMF. Justamente este significado fue el objeto de divergencia entre los enfoques adoptados en las decisiones *ICS Inspection* y *Daimler* y el enfoque de la decisión *Hochtief*¹²⁶.

El término “trato” es un elemento clave para que la cláusula NMF pueda producir sus efectos. ¿A qué hace referencia dicho término? ¿A la respuesta negativa del Estado receptor de someter el litigio directamente al arbitraje? ¿A la decisión tomada por el Estado receptor de someter el litigio a un reglamento de arbitraje

123. Z. DOUGLAS, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, en *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1 (2011), p. 111.

124. *Ibid.*, p. 99.

125. Regla 31.3(c) de la CVDT.

126. Véase §2.2.

particular o de limitar la competencia de los árbitros para juzgar solamente algunas cuestiones? ¿O a la resolución del conflicto por medio del arbitraje? Dependiendo del concepto adoptado del término “trato” y de su análisis en relación a la exigencia prevista en varias cláusulas NMF en virtud de la cual el trato tiene que ser acordado *en el territorio* del Estado receptor, la problemática de la extensión de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de conflictos puede ser resuelta sin necesidad de realizar un complejo análisis del consentimiento del Estado y de los elementos propios al trato NMF.