



Asamblea General

Distr.
LIMITADA

A/CN.4/L.719
20 de julio de 2007

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL
59º período de sesiones
Ginebra, 7 de mayo a 8 de junio
y 9 de julio a 10 de agosto de 2007

CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Informe del Grupo de Trabajo

I. INTRODUCCIÓN

1. En su 2929ª sesión, celebrada el 1º de junio de 2007, la Comisión de Derecho Internacional creó un Grupo de Trabajo de composición abierta, presidido por el Sr. Donald M. McRae, para que examinara la posibilidad de incluir el tema "Cláusula de la nación más favorecida" en su programa de trabajo a largo plazo.
2. El Grupo de Trabajo celebró dos sesiones el 16 y el 17 de julio de 2007.
3. El Grupo de Trabajo tuvo ante sí un documento de debate preparado por el Sr. McRae y el Sr. Rohan Perera¹.

¹ Incluido en anexo al presente informe.

II. RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE TRABAJO

4. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que la Comisión podía desempeñar un papel útil esclareciendo el sentido y los efectos de la cláusula de la nación más favorecida en el campo de los acuerdos sobre inversiones. Se consideraba que esa labor tenía que llevarse a cabo sobre la base de los trabajos anteriores de la Comisión sobre la cláusula de la nación más favorecida.
5. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo recomienda que se incluya el tema de la cláusula de la nación más favorecida en el programa de trabajo a largo plazo de la Comisión.
6. El Grupo de Trabajo consideró que una buena manera de abordar el examen de este tema sería establecer un grupo de trabajo para que impulsara su estudio mediante:
 - Un examen exhaustivo de la práctica estatal y la jurisprudencia sobre la cláusula de la nación más favorecida desde la conclusión de los trabajos de la Comisión sobre el tema en 1978;
 - La elaboración de una relación completa de las cuestiones que plantea la inclusión de cláusulas de la nación más favorecida en acuerdos sobre inversiones;
 - El establecimiento de un diálogo con otros organismos interesados en la cuestión de las cláusulas de la nación más favorecida, en particular la OCDE, la UNCTAD y la OMC;
 - La preparación de comentarios sobre cláusulas tipo de la nación más favorecida, en particular las elaboradas a partir del estudio de la práctica estatal y la jurisprudencia en este campo.

Anexo

1. En 1978, la Comisión aprobó el proyecto de artículos sobre el tema de la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF). La Asamblea General no tomó ninguna medida al respecto. En 2006, en el 58º período de sesiones de la Comisión de Derecho Internacional, el Grupo de Trabajo sobre el programa de trabajo a largo plazo debatió si debía reexaminarse la cláusula NMF e incluir el tema en el programa de trabajo a largo plazo, pero la Comisión no adoptó ninguna decisión al respecto. La Comisión solicitó entonces a los gobiernos que le transmitieran sus opiniones. En el 61º período de sesiones de la Sexta Comisión, un Estado respaldó la idea pero otros dos pusieron en tela de juicio que reabrir el examen del tema fuera lo más acertado. La Comisión ha creado ahora un grupo de trabajo para estudiar si convendría o no incluir el tema de la cláusula NMF en su programa de trabajo a largo plazo.
2. Este documento de debate examina la cuestión de la cláusula NMF: lo que se decidió en 1978, por qué no se adoptó ninguna otra medida, qué ha cambiado desde 1978 y si hay alguna aportación útil que la Comisión pueda hacer al respecto.

1. Naturaleza, orígenes y elaboración de las cláusulas NMF

3. Una cláusula NMF es una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado conviene en otorgar a la otra parte contratante un trato que no sea menos favorable que el que concede a otros Estados o terceros Estados. Se trataba de una forma particular y temprana de cláusula de no discriminación y sus orígenes se remontan a los primeros tratados de amistad, comercio y navegación. Por ejemplo, un tratado de 1654 entre el Reino Unido y Suecia¹ disponía:

Los naturales, súbditos y habitantes de ambos Estados confederados dispondrán y gozarán, en los reinos, países, tierras y dominios del otro, de privilegios, relaciones, libertades e inmunidades tan amplios y extensos como aquellos de que goza ahora o goce en lo sucesivo cualquier otro extranjero.

¹ *Treaty of Peace and Commerce between Great Britain and Sweden*, 11 de abril de 1654, BSP 1/691.

Dicha cláusula garantizaba únicamente un trato igual de bueno que el que se dispensaba a otros extranjeros. No constituía una garantía de trato nacional. Los nacionales podían recibir un trato mejor o peor que los extranjeros, por lo que una cláusula NMF no constituía una disposición general de no discriminación.

4. Como muestra el acuerdo entre el Reino Unido y Suecia, la concesión del trato NMF se hacía en beneficio de "los naturales, súbditos y habitantes" de ambos Estados, algo característico de los tratados de amistad, comercio y navegación. Estos tratados versaban sobre todo, aunque no exclusivamente, sobre actividades económicas. Los beneficios otorgados en virtud de estos acuerdos tenían por objeto facilitar las actividades económicas de los súbditos de cada Estado dentro del territorio del otro Estado. En realidad, las razones para conceder el trato NMF eran de índole económica; el país que obtenía el trato NMF deseaba evitar que sus súbditos estuviesen en situación de desventaja económica en comparación con los súbditos de terceros Estados. No se basaba en un concepto de igualdad entre los Estados.

5. Sin embargo, el trato NMF no se limitaba únicamente al ámbito económico. Los tratados bilaterales sobre relaciones diplomáticas o consulares también incluían garantías de trato NMF, tanto en relación con la facultad de mantener locales diplomáticos y consulares como con el respeto de los privilegios reconocidos al personal diplomático y consular². Desde el momento en que las relaciones diplomáticas y consulares se rigieron por las convenciones multilaterales que establecían derechos de carácter general, ya no hubo necesidad de acuerdos bilaterales que evitasen la discriminación mediante la inclusión de una cláusula NMF.

6. Fuera del ámbito económico, la cláusula NMF era un principio de no discriminación adecuado para los casos en que las relaciones entre Estados se regían por acuerdos bilaterales. Estas cláusulas resultaban menos útiles cuando las relaciones se regían por acuerdos multilaterales y la cláusula NMF podía incluirse en una disposición general de no discriminación. Sin embargo, las cláusulas NMF han seguido manteniendo su preeminencia en

² Véase, por ejemplo, la Convención Consular entre Italia y Turquía, de 9 de septiembre de 1929, Sociedad de las Naciones, *Treaty Series*, vol. 129, pág. 195, citada en el "Primer informe sobre la cláusula de la nación más favorecida, por el Sr. Endre Ustor, Relator Especial" (A/CN.4/213), en *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969*, vol. II (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.70.V.8) pág. 165, en especial párr. 57.

el ámbito económico, en el que los acuerdos multilaterales han incluido este tipo de disposiciones. Esto refleja el objetivo económico de la cláusula NMF en esta esfera, algo que no consigue una disposición general de no discriminación.

7. En la esfera económica, en el siglo XIX y principios del XX, el trato NMF solía otorgarse de forma condicional. En lugar de otorgar automáticamente el trato NMF, los Estados lo concedían a cambio de algún beneficio prestado por el otro Estado. Dicho de otro modo, para otorgar el trato NMF se exigía una contraprestación. Esta cláusula se conocía como "cláusula NMF condicional". La concesión del trato NMF en su forma condicional fue decayendo a medida que se cobraba mayor conciencia de que otorgar incondicionalmente la cláusula NMF tenía ventajas económicas para el Estado concedente, y en la actualidad la cláusula NMF condicional tiene escasa relevancia.

8. La cláusula NMF incondicional se convirtió en la piedra angular del régimen del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). De conformidad con el artículo I del Acuerdo, el trato NMF se debía conceder "inmediata e incondicionalmente" en frontera a los productos originarios de otras Partes Contratantes en el Acuerdo. Junto con el requisito establecido en el artículo III del Acuerdo General de conceder el "trato nacional" a esos bienes una vez hubieran entrado en el mercado interior de una Parte Contratante en el Acuerdo, el principio NMF se convirtió en la esencia del principio de no discriminación en el marco del GATT, y ha seguido siéndolo en la Organización Mundial del Comercio (OMC). En realidad, en virtud de los acuerdos de la OMC el trato NMF como algo específicamente aplicable a los bienes se ha ampliado y se aplica también al ámbito de los servicios y la protección de los derechos de propiedad intelectual. El artículo II del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) prevé una aplicación muy amplia del trato NMF respecto de "toda medida abarcada por el presente Acuerdo".

9. A pesar del carácter fundamental del trato NMF con arreglo al artículo I del Acuerdo General, el propio GATT y la OMC también prevén importantes excepciones a dicho trato. La principal excepción se refiere a los acuerdos regionales -uniones aduaneras y zonas de libre comercio- que otorgan preferencias a las Partes en dichos acuerdos y, por lo tanto, no conceden el trato NMF a todas las Partes Contratantes en el GATT. Según el artículo XXIV del GATT,

estos beneficios no tienen que concederse también a otras Partes Contratantes en el Acuerdo General ni o a otros miembros de la OMC.

10. La continuación del trato NMF en el régimen de la OMC, con su propio procedimiento de solución de diferencias, ha brindado a ésta la oportunidad de interpretar de forma coherente dicho trato en el marco de su régimen de comercio. No obstante, el trato NMF ha cobrado nueva vigencia con la inclusión de los acuerdos comerciales regionales y el auge de los tratados bilaterales sobre inversiones, que siempre incluyen alguna forma de trato NMF.

2. Los trabajos anteriores de la Comisión de Derecho Internacional sobre la cláusula NMF

11. La Comisión empezó a ocuparse de la cláusula NMF con ocasión de sus trabajos sobre el derecho de los tratados. Se propuso que se incluyera en el proyecto de artículos sobre el derecho de los tratados una disposición por la que se excluía su aplicación en el caso de la cláusula NMF. En vez de eso, la Comisión decidió considerar la cláusula NMF como un tema aparte³.

El Relator Especial, Sr. Endre Ustor, y su sucesor, Sr. Nikolai Ushakov, estudiaron de manera exhaustiva las cláusulas NMF en la forma en que adoptaron hasta mediados de los años setenta. Sus informes se basaban en una considerable práctica de los Estados relativa a la celebración de tratados que incluían cláusulas NMF en diversos ámbitos, en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia concernientes a las cláusulas NMF (*Asunto de la Anglo-Iranian Oil Co.*⁴, *Asunto relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos*⁵ y *Asunto Ambatielos*⁶), el *Arbitraje Ambatielos*⁷ y un corpus considerable de resoluciones de tribunales nacionales.

³ "Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su trigésimo período de sesiones" (A/33/10), *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1978, vol. II, segunda parte (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.79.V.6 (parte II)) pág. 9, párr. 15.

⁴ *Anglo-Iranian Oil Co. (Unites Kingdom v. Iran) I.C.J. Reports*, 1952, pág. 93.

⁵ *Case concerning rights of nationals of The United States of America in Morocco (France v. United States of America) I.C.J. Reports*, 1952, pág. 176.

⁶ *Ambatielos Case (Greece v. United Kingdom) I.C.J. Reports*, 1952, pág. 28.

12. El planteamiento adoptado por la Comisión fue el de estudiar la cláusula NMF y el trato NMF "como institución jurídica"⁸ y no simplemente como una cuestión de derecho de los tratados, y considerar la aplicación de la cláusula de forma general y no como algo limitado a la esfera del comercio internacional. Se intentaba evitar tratar de resolver cuestiones "de carácter económico sumamente técnico"⁹.

13. Los 30 proyectos de artículo elaborados por la Comisión abarcaban cuestiones como la definición de la cláusula NMF y el trato NMF (proyectos de artículo 4 y 5), el alcance de la cláusula, la base jurídica en derecho internacional del trato NMF, más convencional que consuetudinaria (proyecto de artículo 7), el alcance del trato NMF (proyectos de artículo 8, 9 y 10), el efecto de las cláusulas NMF condicionales e incondicionales (proyectos de artículo 11, 12 y 13), la fuente del trato que se ha de conceder en virtud de una cláusula NMF (proyectos de artículo 14 a 19), el momento en que nacen los derechos dimanantes de la cláusula NMF (proyecto de artículo 20), la terminación o suspensión de los derechos dimanantes de la cláusula NMF (proyecto de artículo 21) y la relación entre la cláusula NMF y un sistema generalizado de preferencias (proyectos de artículo 23 y 24), así como los casos especiales del tráfico fronterizo y del derecho de tránsito de los terceros Estados sin litoral.

3. La reacción de la Sexta Comisión ante el proyecto de artículos

14. La Asamblea General no tomó ninguna medida en relación con el proyecto de artículos sobre la cláusula NMF. El debate en la Sexta Comisión¹⁰ revela que el proyecto de artículos suscitaba varios motivos de preocupación, entre los cuales destacaban dos. En primer lugar, que el proyecto de artículos no excluyese las uniones aduaneras ni las zonas de libre comercio. Esto representaba un problema especialmente para los miembros de la Comunidad Económica

⁷ *Ambatielos arbitration (United Kingdom v. Greece)*, (1956), *U.N.R.I.A.A.*, vol. XII, en especial pág. 83.

⁸ Nota 3 *supra*, en especial párr. 61.

⁹ *Ibíd.*, párr. 62.

¹⁰ Naciones Unidas, trigésimo tercer período de sesiones de la Asamblea General, Sexta Comisión, documentos A/C.6/33/SR. 27 a 45 (1978). El tema se planteó en la Sexta Comisión de 1980 a 1983, en 1988 y 1989 y nuevamente en 1991.

Europea (CEE), que no querían que los beneficios del Tratado de Roma se hicieran extensivos, por medio de la cláusula NMF, a Estados que no eran miembros de la CEE. Ellos hubiesen preferido excluir las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio del proyecto de artículos. Los países en desarrollo que concertaban acuerdos regionales de libre comercio plantearon preocupaciones similares.

15. En segundo lugar, se expresó preocupación por el tratamiento de la cuestión del desarrollo en el proyecto de artículos, en particular el régimen de los sistemas generalizados de preferencias. Para algunos, el proyecto de artículos no abordaba de forma adecuada la cuestión de las preferencias para los países en desarrollo; para otros, el proyecto de artículos se apartaba del tema para adentrarse en el debate sobre el Nuevo Orden Económico Internacional. La combinación de estos motivos de preocupación hizo que no hubiese acuerdo en la Asamblea General para convertir el proyecto de artículos en una convención. Para algunos Estados los proyectos de artículo debían considerarse como meras directrices.

4. Cambios ocurridos desde 1978

16. Las circunstancias que imperaban cuando la Comisión se ocupó de la cláusula NMF en sus informes y el proyecto de artículos definitivo de 1978 han variado considerablemente.

Primero, varios de los acuerdos bilaterales en los que los Relatores Especiales se basaron para mostrar cuál era la práctica de los Estados en relación con las cláusulas NMF han sido reemplazados por acuerdos multilaterales. De resultas de ello, las cláusulas NMF se centran hoy mucho más en la esfera económica.

Segundo, el GATT, que constituía la principal fuente para el estudio de la cláusula NMF, ha sido subsumido en la OMC. A consecuencia de ello, el ámbito de aplicación de la cláusula NMF se ha ampliado para abarcar, no sólo los bienes, sino también los servicios y la propiedad intelectual. Además, el sistema de solución de diferencias de la OMC, con su procedimiento de apelación, han permitido que en los acuerdos de la OMC las cláusulas NMF estén sujetas a interpretación fehaciente.

Tercero, ha aumentado considerablemente la negociación de acuerdos de libre comercio de carácter bilateral y regional y de tratados bilaterales sobre inversiones que incluyen cláusulas NMF.

Cuarto, el recurso a mecanismos de solución de diferencias previstos en los tratados sobre inversiones, por medio de los procedimientos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI ha dado lugar a la interpretación de las cláusulas NMF en relación con las inversiones.

17. Todos estos cambios tienen consecuencias sobre la manera como tienen que considerarse actualmente las cláusulas NMF y sobre la actual pertinencia del proyecto de artículos elaborado por la Comisión en 1978. Hoy existe un considerable acervo de nuevas prácticas que hay que tener en cuenta para valorar cómo se utilizan las cláusulas NMF y cómo se aplican en la práctica. La relación entre la obligación de trato NMF enunciada en el artículo I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y la facultad de los Estados de conceder un trato preferencial a los países en desarrollo se ha examinado de forma específica en el Órgano de Apelación de la OMC¹¹.

18. La práctica relativa a las cláusulas NMF también se desarrolla en un contexto distinto al que existía la última vez que la Comisión examinó esta cuestión. El proyecto de artículos de 1978 se basaba en gran parte en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados al tratar de la relación entre la cláusula NMF y la cuestión del trato preferencial en favor de los países en desarrollo. El debate sobre el trato preferencial en favor de los países en desarrollo en el ámbito del comercio tiene ahora lugar en el marco de la OMC, que por el número de miembros tiende cada vez más a convertirse en una organización universal, y en especial en el contexto de la Ronda de Doha de negociaciones comerciales multilaterales para el desarrollo.

19. En la esfera de los tratados sobre inversiones, la naturaleza y el alcance de las cláusulas NMF han llegado a ocupar un lugar especialmente preponderante. El alcance atribuido a ciertas cláusulas NMF y los diferentes enfoques adoptados por distintos tribunales arbitrales sobre

¹¹ *Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo* (2004), documento de la OMC WT/DS246/AB/R (informe del Órgano de Apelación).

inversiones han creado lo que tal vez constituye el mayor reto en materia de cláusulas NMF. También en este caso se trata de un corpus de jurisprudencia del que la Comisión no disponía cuando llevó a cabo sus trabajos anteriores.

20. En un clima mundial de liberalización y mayor integración económica, la cláusula NMF sigue constituyendo un elemento decisivo de las relaciones económicas internacionales entre los Estados miembros. La constante pertinencia de la cláusula NMF quizás podría considerarse que tiene dos fases. En la primera, el aumento de los acuerdos de fomento y protección de las inversiones bilaterales en el decenio de 1990 puso de manifiesto la continua relevancia de la cláusula NMF que, junto con otras disposiciones, garantizaba unos estándares mínimos internacionales de trato a los inversores extranjeros y a sus inversiones. En la segunda fase, la aparición de los acuerdos de libre comercio y de los acuerdos globales de asociación económica, que prevén la liberalización del comercio de bienes y servicios y el tratamiento de las inversiones de forma integrada, con estrechos vínculos recíprocos entre los sectores de los servicios y las inversiones, ha hecho que afloren nuevos problemas relacionados con la aplicación de la cláusula NMF.

21. La concesión del trato NMF a las inversiones, incluso en la etapa previa al establecimiento, es un elemento de los acuerdos de libre comercio, que no era muy común anteriormente en los acuerdos de fomento y protección de las inversiones bilaterales, en los que el trato NMF se limitaba a la fase posterior al establecimiento. La celebración de acuerdos de libre comercio y de acuerdos globales de asociación económica, que incluyen capítulos sustantivos sobre las inversiones extranjeras, representa una nueva fase de la importancia de la cláusula NMF en las relaciones económicas actuales entre los Estados. La revisión de la función de la cláusula NMF en el marco de estos nuevos acuerdos de integración económica merece un estudio más a fondo desde una perspectiva jurídica.

5. Los retos que plantea actualmente la cláusula NMF

22. Un estudio exhaustivo de la práctica relativa a la inclusión de cláusulas NMF en los tratados arrojaría sin duda una nueva luz sobre cómo funciona dicha cláusula y cómo la aplican los Estados. Esto podría ayudarnos a comprender mejor la cláusula NMF. No obstante, en el campo de las inversiones han surgido problemas específicos en relación con la aplicación de la

cláusula NMF que pueden tener consecuencias para la aplicación de dicha cláusula también en otros contextos.

23. La cuestión se planteó en el caso *Maffezini c. el Reino de España*¹². El demandante, Sr. Emilio Agustín Maffezini, nacional de la República Argentina, había presentado una demanda al amparo del acuerdo bilateral sobre inversiones Argentina-España. España sostenía que de conformidad con el párrafo 3 del artículo X de dicho Acuerdo, Maffezini tenía que someter primero el caso a los tribunales internos de España y que debían transcurrir 18 meses antes de que pudiera presentar una demanda al amparo de las disposiciones del Acuerdo. Sin embargo, el demandante señaló que el acuerdo sobre inversiones Argentina-España incluía una cláusula NMF (art. 4) según la cual:

En todas las materias regidas por el presente acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.

El demandante pudo entonces demostrar que, en virtud del acuerdo bilateral sobre inversiones entre Chile-España, los inversores que presentaran una demanda al amparo de ese acuerdo no tenían que presentar primero su reclamación a los tribunales españoles. En comparación, por tanto, se trataba al inversor argentino de forma menos favorable que a los inversores chilenos en España. Así pues, el demandante alegó que, en virtud de la cláusula NMF del acuerdo Argentina-España, tenía derecho al trato más favorable que los inversores chilenos recibían a tenor del acuerdo bilateral sobre inversiones Chile-España. En consecuencia, sostuvo que el hecho de no haber interpuesto una demanda ante los tribunales españoles no era óbice para presentar una demanda al amparo del acuerdo sobre inversiones Argentina-España.

24. El tribunal arbitral rechazó el argumento de España de que la cláusula NMF del acuerdo bilateral sobre inversiones Argentina-España sólo era aplicable a las cuestiones de fondo y no a las de procedimiento y señaló que, según sus propios términos, la cláusula NMF se aplicaba a "todas las materias regidas por el presente acuerdo". Tras un examen de la jurisprudencia internacional anterior y de la práctica convencional española, el tribunal arbitral concluyó que el demandante podía alegar la cláusula NMF del acuerdo bilateral sobre inversiones

¹² *Maffezini c. el Reino de España*, 25 de enero de 2000, CIADI, caso N° ARB/97/7.

Argentina-España para reclamar el mejor trato previsto en el acuerdo sobre inversiones España-Chile y, por ende, sustraerse a la obligación de presentar su demanda ante los tribunales internos de España.

25. Posteriormente, otros tribunales especiales del CIADI se han atenido como precedente¹³ al laudo dictado en el caso *Maffezini*, aplicando a veces la técnica de las distinciones¹⁴, aunque no está claro que se haya llegado a una interpretación coherente de las cláusulas NMF. El laudo dictado en el caso *Maffezini* deja abierta la posibilidad de que las cláusulas NMF puedan tener un alcance sumamente amplio. Una cláusula NMF podría convertirse en una disposición de un "supertratado", que permitiría a los Estados beneficiarios escoger simplemente entre todos los beneficios que terceros Estados reciben de la otra parte contratante, algo que también se ha denominado la búsqueda del acuerdo más favorable. Los miembros del tribunal arbitral que conoció del caso *Maffezini* se dieron cuenta de los problemas a que podía dar lugar su decisión e intentaron limitar su alcance mediante una serie de excepciones. Pero el principio en que se basan esas excepciones no se esclarece en la decisión ni tampoco queda claro si tales excepciones son exclusivas.

26. El problema que les plantea a los Estados el laudo dictado en el caso *Maffezini* es el de si pueden determinar de antemano y con cierto grado de certidumbre qué obligación han contraído en realidad al incluir una cláusula NMF en un tratado sobre inversiones. ¿Otorgan derechos amplios o esos derechos son más limitados? El proyecto de artículos de 1978 no arroja demasiada luz sobre la cuestión. De conformidad con el proyecto de artículo 9, en virtud de la cláusula NMF el Estado beneficiario adquiere "sólo aquellos derechos que estén comprendidos dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula". Pero determinar la materia objeto de la cláusula es precisamente la cuestión que el tribunal del caso *Maffezini* y otros tribunales arbitrales han tratado de resolver.

27. La cuestión del alcance de la cláusula NMF, en particular su relación con otras disposiciones de los tratados sobre inversiones, como las relativas al trato nacional y "trato justo y equitativo", tiene otros aspectos. Algunos tribunales arbitrales sobre inversiones han opinado

¹³ *Siemens A.G. c. la República Argentina*, de 3 de agosto de 2004, CIADI, caso N° ARB/02/8.

¹⁴ Véase por ejemplo, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. the Hashemite Kingdom of Jordan*, de 9 de noviembre de 2004, CIADI, caso N° ARB/02/13.

que una cláusula NMF justifica la remisión a otros tratados sobre inversiones para determinar lo que constituye un "trato justo y equitativo"¹⁵. Esto también ha generado incertidumbre acerca del alcance de la cláusula NMF.

28. El caso *Maffezini* ha dado lugar a que los Estados traten de diseñar cláusulas NMF que no tengan consecuencias demasiado amplias. Las distinciones entre cláusulas de fondo y de procedimiento, la exclusión de la cláusula NMF de los mecanismos de solución de controversias y la limitación de la cláusula NMF a beneficios específicos han ido entrando en diversos tratados. El problema es que los Estados no pueden estar seguros de cómo van a interpretarse en realidad estas nuevas cláusulas.

29. Desde un punto de vista, el problema se reduce a una cuestión de interpretación de los tratados. Las cláusulas NMF están redactadas de forma diferente en los distintos tratados. Algunas tienen un alcance amplio y otras estricto. Algunas limitan el trato NMF a los que se encuentran en "circunstancias análogas". Por consiguiente, la función del intérprete es definir el alcance exacto de la cláusula en cuestión. De acuerdo con este enfoque, el problema se puede resolver mediante la interpretación. Pero desde otro punto de vista la cuestión es más fundamental. La interpretación de los tratados no tiene lugar en el vacío. La manera como el intérprete aborda la cláusula NMF dependerá en parte de cómo considere la naturaleza de estas cláusulas.

30. Si se considera que las cláusulas NMF tienen como objetivo promover la no discriminación y la armonización, entonces el intérprete de un tratado podrá entender que el fin mismo de la cláusula es permitir y hasta fomentar la búsqueda del tratado más favorable (*treaty shopping*). El intérprete que considere que la cláusula NMF tiene el fin económico de permitir que exista una competencia basada en la igualdad de oportunidades quizás se incline más bien a hacer una distinción entre fondo y forma en la interpretación de una cláusula NMF. A este respecto, la experiencia de la interpretación de la cláusula NMF en el marco de la OMC y en otros ámbitos puede servir de orientación para interpretar las cláusulas NMF en el contexto de los tratados sobre inversiones.

¹⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S. A. v. Chile*, 25 de mayo de 2004, CIADI, caso N° ARB/01/7; *Pope & Talbot, Inc. v. Canada*, sentencia del Tribunal Arbitral del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 10 de abril de 2001, 122 I.L.R. 352 (2002).

6. ¿Qué aportación útil podría hacer la Comisión de Derecho Internacional?

31. Es evidente que las circunstancias han cambiado considerablemente desde el proyecto de artículos sobre la cláusula NMF de 1978. Hoy se cuenta con un acervo de práctica y jurisprudencia del que no se disponía en aquella época. También ha surgido un problema con la aplicación de las cláusulas NMF en los tratados sobre inversiones que hace que los Estados necesiten una clarificación y tal vez un desarrollo progresivo del derecho en esta materia.

32. El argumento de que los problemas subyacentes que llevaron a la Asamblea General a no convertir el proyecto de artículos de 1978 en una convención siguen existiendo en la actualidad sólo sería convincente si se propusiese que la Comisión llevara a cabo una actualización y revisión del proyecto de artículos de 1978. Ya existen foros para abordar las cuestiones que generaron preocupación en relación con esos proyectos de artículo. Por lo que respecta a los sistemas generalizados de preferencias y a la cuestión más general del desarrollo, son asuntos que están siendo examinados en el marco de la OMC y de la Ronda de Doha para el Desarrollo. La cuestión de las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio también está siendo abordada en el marco de los acuerdos de la OMC. No hay ninguna razón para que la Comisión se plantee llevar a cabo una labor de codificación o desarrollo progresivo respecto de un régimen que se está elaborando en el marco del artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio y las decisiones de los grupos especiales y el Órgano Permanente de Apelación de la OMC.

33. La cuestión que se plantea actualmente con respecto a las cláusulas NMF es diferente de las cuestiones que suscitaron preocupación en relación con el proyecto de artículos de 1978. Ha surgido específicamente en el marco de los tratados sobre inversiones, pero puede tener una aplicación más general. La verdadera pregunta, dada la naturaleza del problema tal como se plantea actualmente, es si la Comisión de Derecho Internacional, como órgano de las Naciones Unidas que se ocupa de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, puede aportar algo útil.

34. Esto quiere decir que se trata de una cuestión estrictamente técnica que con propiedad corresponda a la esfera de competencia de algún otro órgano. No es el caso. Las cuestiones fundamentales relativas a las cláusulas NMF son cuestiones de derecho internacional público.

La cuestión fundamental es cómo habría que interpretar las cláusulas NMF. Y aunque esto pueda parecer una cuestión muy limitada, en realidad se trata de una cuestión amplia relacionada tanto con la interpretación de los tratados como con la naturaleza y el alcance de las obligaciones contraídas por los Estados en el ámbito de la cláusula NMF. Versa sobre cómo entendemos el papel y la función de las cláusulas NMF y su relación con el principio de no discriminación en el derecho internacional.

35. Otros organismos también se han centrado en este tema. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) ha elaborado un estudio sobre las cláusulas NMF¹⁶, y lo mismo ha hecho la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹⁷. Los tratadistas estudian asimismo el tema. Esto no significa que ya se haya ocupado todo el campo de estudio.

36. El punto de vista opuesto, adoptado por algunos gobiernos, es que las cláusulas NMF son diversas y no entran fácilmente en categorías generales. Los gobiernos pueden elaborar cláusulas que se ajusten a sus necesidades y, por lo tanto, no es necesario proceder a un examen general de la cuestión. Los problemas que surgen pueden abordarse caso por caso y por eso sería conveniente dejar que la jurisprudencia sobre la interpretación de las cláusulas NMF se vaya creando como hasta ahora. Conforme a este análisis, la Comisión no tendría ninguna función que desempeñar en relación con este tema.

37. Quienes están a favor de que la Comisión se ocupe del asunto consideran que su aportación útil en este campo sería proporcionar orientación autorizada sobre cómo interpretar las cláusulas NMF. Esto requeriría un análisis exhaustivo de la evolución de la naturaleza, el alcance y el fundamento de las cláusulas NMF, la jurisprudencia existente en materia de cláusulas NMF en los diferentes ámbitos en que actualmente se aplican tales cláusulas, la variedad y los usos de las

¹⁶ OCDE, Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*, Working Papers on International Investment, Working Paper N° 2004/2 (2004). Versión en inglés disponible en línea en: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>.

¹⁷ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) "Trato de la nación más favorecida" (1999), publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión. Documento de las Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III).

cláusulas NMF en la práctica contemporánea y cómo se han interpretado y deben interpretarse dichas cláusulas.

38. El resultado de los trabajos de la Comisión podría ser un proyecto de artículos o de directrices relativo a la interpretación de las cláusulas NMF, o bien una serie de cláusulas o de categorías de cláusulas tipo con comentarios sobre su interpretación. Ambos resultados podrían servir para orientar a los Estados en la negociación de acuerdos con cláusulas NMF, y a los árbitros en la interpretación de tratados sobre inversiones.

39. La interpretación de las cláusulas NMF es un tema que responde a las necesidades de los Estados y la práctica ha avanzado lo suficiente como para permitir algún desarrollo progresivo y quizás una codificación en este campo. El tema tiene un alcance definido y su estudio podría concluirse en el presente quinquenio.

Bibliografía selecta

Dolzer, Rudolf and Myers, Terry, "After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements" 19 ICSID Rev. - FILJ 49 (2004).

Ehring, Lothar. "*De Facto* Discrimination in World Trade Law" (2002) 36(5) Journal of World Trade 921 (Kluwer Law International).

Freyer, Dana H. and Herlihy, David, "Most-Favored Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"? 20 ICSID Review-FIJL 58 (2005).

Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE). "Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law" (2004). Working Papers on International Investment Number 2004/2.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) "Trato de la nación más favorecida" (1999) publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales en materia de inversión. Documento de las Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III).

Yanai, Akiko. "The Function of the MFN clause in the Global Trading System" (2002) Working Paper Series 01/02 - N° 3, APEC Study Center Institute of Developing Economies, disponible en línea en: http://www.heisummer.ch/pdf/introduction/003_yanai_mfn_clause.pdf.
