

La cláusula de la nación más favorecida: un análisis prospectivo

The most favored nation clause: A prospective analysis

MSc. Yanitza Zaldivar-Rodríguez

<https://orcid.org/0000-0002-0413-5987>

yzaldivar@uho.edu.cu

Universidad de Holguín, Cuba

Resumen. Las investigaciones sobre la cláusula de la nación más favorecida se tornan cada día más imperantes. La complejidad de las relaciones de los Estados en el escenario comercial y de las inversiones, hace necesario la protección tanto de los intereses estatales como los de los inversores extranjeros. Por lo que en este ensayo se analizarán los orígenes y posterior evolución de la cláusula, lo que posibilitará reflexionar sobre la necesidad de articular ambos intereses, a partir del perfeccionamiento de la cláusula de la nación más favorecida de los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones. Para tales fines se propondrán algunos presupuestos teóricos que pudieran contribuir al rediseño de este estándar.

Palabras clave: cláusula de la nación más favorecida, derecho internacional de las inversiones, tratados bilaterales de inversión.

Abstract. Research on the most favored nation clause is becoming more prevalent every day. The complexity of the relations of the States in the commercial and investment scenario makes it necessary to protect both the interests of the State and those of foreign investors. Therefore, in this essay the origins and subsequent evolution of the clause will be analyzed, which will make it possible to reflect on the need to articulate both interests, based on the improvement of the clause of the most favored nation of the agreements for the promotion and reciprocal protection of investments. For such purposes, some theoretical assumptions will be proposed that could contribute to the redesign of this standard.

Keywords: most favored nation clause, international investment law, bilateral investment treaties.

Introducción

En el actual orden económico internacional, el estudio de la cláusula de la nación más favorecida (cláusula NMF o CNMF), constituye una preocupación no solo de políticos, economistas, empresarios e inversionistas, sino de aquellos juristas estudiosos de este principio de no discriminación¹. Según la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el estándar puede ser conceptualizado como “una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado contrae respecto de otro Estado la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida (trato NMF o TNMF) en una esfera convenida de relaciones”, (Comisión de Derecho Internacional [CDI], 1978, p.19). Del análisis de esta definición pudiera inferirse, que la cláusula de la nación más favorecida es capaz de operar sin mayores inconvenientes.

Sin embargo, lo anterior solo es posible en sede de Derecho comercial internacional, donde este estándar surgió, se desarrolló y consolidó. En este campo, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad que le sea concedido a un Miembro, se hará extensivo por igual y automáticamente a todas las demás Partes del sistema multilateral de comercio. Así pues, la existencia de un solo tratado base, en materia de comercio de bienes y mercancías, en el comercio de servicios y en los aspectos comerciales de la propiedad, donde la cláusula presenta una redacción única y su aplicación se encuentra bien definida; hace posible que este estándar opere, al menos en principio, en todas las materias contenidas dentro del ámbito del tratado.

Empero, en la actualidad, el proceso evolutivo de este principio y su posterior trasplante al Derecho internacional de las inversiones, es-

¹ A pesar de la estrecha relación que existe entre la cláusula NMF y el principio general de la no discriminación, no se pueden confundir ambos conceptos. Si bien los Estados se encuentran obligados por el deber que les impone el principio de no discriminación, éstos conservan plena libertad para otorgarle a otros Estados ciertas ventajas especiales en virtud de sus relaciones geográficas, políticas, económicas, etc. Estas libertades, debidamente concedidas a terceros Estados, no pueden convertirse en pretexto para invocar el principio de la no discriminación, siempre que el Estado reclamante reciba un trato no discriminatorio, en condiciones de igualdad, con respecto a otros Estados. Asimismo, en la esfera de las inversiones, el trato de nación más favorecida como principio de no discriminación, tiene como propósito esencial proteger los derechos de los inversores, a diferencia del ámbito del comercio, donde este principio protege las oportunidades competitivas.

cenario que ocupa el centro de atención de esta investigación, ha abierto un nuevo sendero en su análisis interpretativo. Con la suscripción del primer acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República Federal de Alemania y la República Islámica de Pakistán en el año 1959, la cláusula NMF comenzó a insertarse no solo en los más 2943 acuerdos que existen en la actualidad (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], 2021, p. 21), sino en numerosos tratados multilaterales con disposiciones sobre inversiones, los que de conjunto, integran la red de Acuerdos Internacionales de Inversión.

En este contexto existen tantas cláusulas como tratados bilaterales de inversión y todas con una arquitectura diferente en su redacción, lo que hace imposible su operación de forma mecánica como en el Derecho comercial internacional. El hecho de que puedan ser escritas de varias formas, provoca una multiplicidad de interpretaciones, que bien pueden estar en correspondencia con la redacción que adopten en el texto del tratado o aquellas que realicen los tribunales arbitrales a la hora de determinar su alcance; lo que pudiera colocar a los Estados en situación de vulnerabilidad, ante un eventual arbitraje de inversión. Luego, la ausencia de un modelo único, (González de Cossío, 2010) y las dificultades en la determinación del sentido y ámbito de aplicación de este estándar, han generado en la contemporaneidad las más complejas disquisiciones teóricas y prácticas.

A Cuba no le es ajena esta temática, pues en la década de los noventa del siglo pasado se inició en la suscripción de tratados bilaterales de inversión. Desde el primer acuerdo concertado con la República Italiana en el año 1993, quedó acordada la cláusula de la nación más favorecida, haciéndose presente en los más de sesenta tratados bilaterales rubricados hasta la actualidad, con las mismas complejidades existentes en el escenario internacional. Así pues, lo antes expuesto justifica la actual investigación que se presenta a modo de ensayo y que persigue como objetivo, contribuir al perfeccionamiento de la cláusula de la nación más favorecida, de los tratados bilaterales de inversión, mediante la formulación de algunos presupuestos teóricos que faciliten el rediseño del referido estándar.

Desarrollo

La cláusula de la nación más favorecida en el Derecho comercial internacional: Un recorrido necesario

Los orígenes del trato de nación más favorecida pueden ser hallados en los contratos de carácter comercial celebrados en la Edad Media. Sin embargo, su primera aparición en un texto debidamente elaborado, la encontramos en el tratado de intercambio mercantil celebrado entre el Rey Enrique V de Inglaterra y el Duque de Borgoña y Conde de Flandes, suscrito el 17 de agosto de 1417 (Chukwumerije, 2007; Schill, 2009). Resulta relevante que la cláusula adoptara, *prima facie*, una forma bilateral, hasta que durante los Siglos XVII y XVIII, su uso se generaliza y evoluciona bajo una influencia marcadamente mercantilista. Baste tan solo con examinar los múltiples instrumentos jurídicos negociados por las potencias occidentales con los soberanos de Asia y Turquía, en los que se procuraban conseguir mercados exclusivos y desterrar de los mismos a sus competidores, pretensiones que al no materializarse fueron reorientadas a la obtención de un trato más favorable².

En este período se utilizó por vez primera el trato NMF de forma condicional, práctica que se extendió hasta las primeras dos décadas del Siglo XX, período que sirvió de cimiento a toda la red de tratados comerciales negociados. Con el estallido de la Primera Guerra Mundial el proceso evolutivo y de consolidación de la cláusula se vio eclipsado ante la interrupción de las relaciones de tratados entre los Estados considerados enemigos, lo que evidentemente cuestionó la naturaleza del trato de nación más favorecida y provocó un claro retroceso. Este estándar no volvería a funcionar satisfactoriamente hasta el año 1921, fecha en la que un grupo de países encabezados por Italia, Reino Unido y Alemania, asumieron la defensa de la forma incondicional de la cláusula NMF.

Otros entes internacionales también asumieron la codificación de la cláusula de la nación más favorecida, entre los que encontramos el Comité Económico de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones, el

² Entre los más significativos se encuentran el acuerdo celebrado entre la Compañía Francesa de las Indias y el Emperador mogol Aurangzeb, por medio del cual este último le concedía los mismos privilegios expedidos a favor de los holandeses e ingleses, fundamentalmente sobre las factorías de Surat y Soually, en el año 1666.

Comité de Expertos encargado de la Codificación Progresiva del Derecho Internacional y el Instituto de Derecho Internacional. Sin embargo y pese a todos estos esfuerzos, el advenimiento de la Segunda Guerra Mundial, frenó nuevamente el desarrollo progresivo de la cláusula. El comienzo de la segunda postguerra significó un nuevo aliento para el fortalecimiento internacional del estándar de nación más favorecida. Así, Kurtz (2004) lo aprecia como la consecuencia directa del establecimiento de un nuevo orden económico mundial, acertado criterio que compartimos plenamente.

A tono con lo anterior, en el año 1946 el Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, convocó a una Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo. Ésta se celebró en La Habana, del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948 y entre los temas abordados, se retomó el de la cláusula de la nación más favorecida. Al finalizar la cita los acuerdos adoptados trataron de establecerse en mayor o menor medida en el texto de la Carta de la Habana, pero el relativo a este estándar quedó expresamente regulado en su Artículo 16.1, donde se previó el tratamiento general de la nación más favorecida.

Paralelamente a los acuerdos que se gestaban en La Habana, un grupo de 23 países llevaron a cabo negociaciones arancelarias de carácter multilateral, que pretendían mostrar de manera anticipada a las negociaciones finales de la Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo. Por ello el 30 de octubre de 1947 suscribieron el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947), tratado internacional que entró en vigor el 1 de enero de 1948³. Este Acuerdo surgió con la finalidad de fomentar el comercio internacional, sobre la base del principio de nación más favorecida, (Montaño, 1997). Ante el fracaso de la Carta de la Habana, el tratamiento de la nación más favorecida se posicionó y trascendió, a través de este instrumento regulador del comercio internacional. No obstante, el contenido esen-

³ El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio estableció un conjunto de normas que facilitaron el intercambio entre las Partes, sobre la base de la eliminación de restricciones, la reducción de aranceles aduaneros y la aplicación con carácter obligatorio del principio de no discriminación, en sus dos vertientes fundamentales: mediante la cláusula de nación más favorecida y del principio de trato nacional. Su período de vigencia se extendió hasta el 31 de diciembre de 1994, cuando fue actualizado con nuevas obligaciones para sus signatarios y sustituido por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994).

cial de lo acordado en el Artículo 16.1 de la Carta no fue letra muerta, pues al menos, en cuanto a su sentido y alcance, subsistió en el Artículo 1.1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

Lo cierto es que la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en la práctica tuvo una doble función: como un tratado internacional debidamente concertado y como foro de negociaciones comerciales internacionales *de facto*. En el marco de este último se desarrollaron ocho rondas de negociaciones comerciales hasta la década de los noventa del Siglo XX, período que marcó el inicio de una nueva etapa en el sistema de relaciones del comercio internacional y donde ocurrió el posicionamiento más importante de la CNMF. En el año 1994, al finalizar la Ronda de Uruguay con la firma del Acta de *Marrakech* (Marruecos), surgió la Organización Mundial de Comercio (OMC), organismo internacional que constituiría en lo sucesivo, el marco institucional ideal para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros. Así pues, las Partes signatarias del Acuerdo que estableció la OMC, quedaron de igual manera vinculadas, a un conjunto de acuerdos e instrumentos jurídicos conexos, que forman parte integrante del tratado.

A los efectos de la investigación destacamos los tres más significativos: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y por último y especialmente relevante, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994). Este tratado modificó y actualizó las disposiciones originales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947, como resultado de los acuerdos adoptados en las rondas de negociaciones comerciales anteriormente comentadas, por lo que constituyen dos instrumentos jurídicamente distintos. El GATT (1994), reemplazó al GATT de 1947 y es oficialmente el tratado internacional encargado de liberalizar el comercio de bienes y mercancías en el marco de la OMC. Sin embargo, mantuvo regulado en el Artículo 1.1 el principio del trato nación más favorecida, lo que evidencia el carácter prioritario que sus Miembros le otorgan a este estándar.

Como se evidencia, el establecimiento de la Organización Mundial del Comercio y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales anteriormente analizados, constituyeron el escenario ideal para el posicionamiento y consolidación del TNMF. La presencia de la cláusula en las tres esferas principales del comercio de las que se encarga la OMC

(comercio de bienes y mercancías, comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual), nos permite aseverar que este principio constituye la obligación principal del sistema multilateral de comercio, o dicho de otra manera, que es el fundamento de estos tratados comerciales. En tal sentido coincidimos con Dolzer y Schreuer (2012), cuando acertadamente plantean que en la actualidad, el trato de la nación más favorecida, junto al trato nacional⁴, representan uno de los “pilares” del orden económico mundial.

Esta afirmación es el corolario de todo un proceso de desarrollo progresivo y continuo del estándar objeto de estudio. El análisis del devenir histórico de la cláusula de nación más favorecida, nos revela un principio que en sus inicios fue concebido para la obtención de beneficios económicos, bajo una concepción unilateral. Con el decurso de los siglos, se generalizó el uso bilateral de la cláusula, pero sujeta a un formato condicional que imperó hasta principios del Siglo XX. Finalmente, la presencia del trato nación más favorecida en la mayoría de los tratados comerciales de la época, así como la defensa de su forma incondicional, motivó el estudio a profundidad de este estándar y la codificación de los principales instrumentos jurídicos que lo regulaban.

Lo anterior posibilitó que la cláusula evolucionara hasta la actualidad, ampliando de manera considerable su ámbito de aplicación. Todo lo cual nos permite afirmar que hoy día, este principio no solo es la piedra angular de los principales acuerdos comerciales sino del sistema multilateral de la Organización Mundial del Comercio. En este contexto, la cláusula NMF garantiza que las condiciones más favorables de acceso que se le concedan a una parte, les sean otorgadas automática y horizontalmente, a todas las demás partes participantes en el sistema. De ahí que la cláusula opere, al menos en principio, en todas las materias contenidas dentro del ámbito de aplicación del tratado.

Hasta aquí hemos abordado el devenir histórico y funcionamiento de esta cláusula en el escenario del Derecho comercial internacional. Por lo que en función de la presente investigación, algunas interrogantes resultan imperativas: ¿cómo llegó la cláusula de la nación más favorecida al Derecho internacional de las inversiones?, ¿existe un modelo único?, ¿opera de la misma manera que en sede de Derecho comercial

⁴ El trato nacional, *grosso modo*, es el principio mediante el cual un Estado se obliga a otorgarle a otro Estado y a sus beneficiarios, un trato similar o no menos favorable que el que le otorga a sus nacionales.

internacional?. Éstas y otras disyuntivas encontrarán su respuesta en el siguiente acápite.

La cláusula de la nación más favorecida en el Derecho internacional de las inversiones

Lo cierto es que este estándar logró posicionarse en el Derecho internacional de las inversiones con la suscripción del primer acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones, celebrado entre la República Federal de Alemania y la República Islámica de Pakistán, el que contempló en su Artículo 7 una cláusula nación más favorecida. A partir de este acuerdo bilateral de inversión, la cláusula se trasladó de su contexto original dentro del sistema internacional de libre comercio y comenzó a insertarse, como tela de araña, no solo en los acuerdos bilaterales de inversión, sino en los capítulos de inversiones de los tratados de libre comercio y en los innumerables tratados multilaterales que abordan el tema inversión.

Un análisis *a priori* del contenido de estos instrumentos jurídicos internacionales, revela que el trato de nación más favorecida se erige como un principio general del Derecho internacional de las inversiones, al encontrarse contemplado en casi todos los acuerdos internacionales de inversión. Habida cuenta de ello, su comportamiento difiere en el escenario del Derecho Internacional donde, a pesar de ser considerado junto al trato nacional como la columna vertebral del principio de no discriminación, éstos no forman parte del derecho consuetudinario internacional, por lo tanto, no tienen carácter obligatorio, lo que les permite a los Estados otorgarlos de manera facultativa.

De lo que no cabe dudas es que este principio encontró su mayor expresión, desarrollo y no pocas controversias, con la suscripción de tratados bilaterales de inversión. Durante las décadas del 60 y el 70 del pasado Siglo fue incorporado casi automáticamente en estos instrumentos, pero a diferencia del Derecho comercial internacional, en el Derecho internacional de las inversiones no debe ni puede operar de forma mecánica (Dolzer y Schreuer, 2012). En efecto, la primera razón que justifica nuestro planteamiento, radica en la existencia en sede comercial internacional de un solo tratado base, ya sea relativo al comercio de bienes y mercancías, al comercio de servicios o a los aspectos comerciales de la propiedad intelectual. En estos Acuerdos Comerciales Multilaterales, la cláusula NMF adopta una redacción única y su ámbito de aplicación se encuentra bien definido. En adición, la Organización

Mundial del Comercio dispone de un proceso de solución de diferencias propio, lo que facilita la interpretación y aplicación de las disposiciones de nación más favorecida.

Es ésta precisamente una de las mayores garantías con la que cuenta la cláusula en el sistema OMC. Con independencia de las normas y procedimientos que en materia de solución de controversias regulen los Acuerdos Comerciales referidos, los Miembros disponen además de un mecanismo de Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. El mismo tiene carácter centralizado y entre sus objetivos se encuentra, garantizarles a los Miembros el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, para lo cual interpretan las disposiciones de los Acuerdos de conformidad con las normas de interpretación del Derecho internacional público. Las respuestas a los asuntos, a pesar del carácter errado o acertado que pudieran tener, serían las respuestas a todos los casos que se planteasen dentro del sistema. Lo anterior favorece la aplicación de la cláusula NMF y evita el abanico de interpretaciones que se genera *a contrario sensu*.

En el caso de los tratados bilaterales de inversión, coincidimos con González de Cossío (2010) en que los mismos no asumen un modelo único de CNMF. Lo cierto es que existen tantas como prolíferos son los acuerdos y todas con una arquitectura diferente en su redacción. Algunas incluyen tanto la obligación de otorgar un trato NMF, como la de otorgar un trato nacional, mientras que en otras la obligación de concederlo se regula junto al trato justo y equitativo. Con respecto al ámbito de aplicación, en algunos tratados suele ser más extenso que en otros, aunque la finalidad sea la misma: garantizarle al inversor extranjero igualdad en el trato. Lo antes expuesto se traduce en brindarles a todos los inversores protegidos por el tratado base, un tratamiento no menos favorable que el otorgado a otros inversores en tratados con terceros. Por tanto, la igualdad en el trato solo es otorgada y por tanto exigida, si existe una cláusula de la nación más favorecida.

Este comportamiento de la cláusula en el derecho de inversiones, ha suscitado innumerables contradicciones teóricas y prácticas (Riquelme, 2017), sobre todo en cuanto a su interpretación (Cole, 2012). Las múltiples formas en las que pueden ser escritas, provoca a su vez que puedan ser interpretadas en correspondencia con la redacción que adopten en el texto del tratado o aquella que asuman los tribunales arbitrales a la hora de determinar su alcance. De ahí que resulta imposible que puedan

operar mecánicamente, como en el Derecho comercial internacional, de lo contrario, sería probable que sucediera lo que advierten Dolzer y Schreuer (2012), quienes consideran que cuando el estándar nación más favorecida se aplica en el contexto de las inversiones extranjeras de forma mecánica, pudiera reemplazarse el objeto del tratado, en lugar de añadirse un elemento de cooperación.

Entre las posiciones convergentes y divergentes con respecto al trasplante y desarrollo continuo de la cláusula de nación más favorecida, del régimen comercial internacional al de inversiones, destacan Cole (2012), quien sostiene que una interpretación teleológica de la cláusula, podría generar que los tribunales arbitrales abandonaran o desconocieran, los argumentos técnicos necesarios a la hora de interpretar cómo opera esta cláusula y se limitaran a analizar de qué manera puede eliminar más eficientemente la discriminación en los mercados. Ciertamente, convenimos con su planteamiento, debido que una interpretación teleológica de la cláusula, es aquella que se realiza con total apego a la búsqueda de la eliminación de la discriminación por concepto de nacionalidad, que en este contexto sería entre los inversionistas y en un mercado determinado.

Lo expuesto vendría siendo el objetivo de la cláusula en sede comercial, donde las medidas que pueden beneficiar o perjudicar a un Estado, guardan relación con ventajas o desventajas cuantitativas en materia arancelaria (Faya, 2008). Luego la cláusula evita de forma mecánica las discriminaciones que se puedan generar en el tráfico entre los distintos Estados. Por su parte en el derecho de las inversiones, las medidas que pueden poner en movimiento una CNMF suelen ser numerosas. Al existir tantas cláusulas como acuerdos bilaterales de inversión y todas con diferencias esenciales en su redacción, como referíamos con anterioridad, los tribunales arbitrales quedan obligados a interpretar este estándar, sin distorsionar su sentido, alcance y naturaleza.

A consideración, de Herrera “[...] la pluralidad de enunciados no impide la formación de un concepto jurídico único de TRATAMIENTO de la NMF, constituido por la obligación internacional que asume el Estado anfitrión” (Herrera, 2009, p. 41). Criterio que compartimos en su totalidad y que se mueve en la misma línea de pensamiento de García (2013), quien sostiene que ligeras diferencias en la redacción de las cláusulas de nación más favorecida, no alteran en absoluto el objetivo para el cual fueron concebidas, o sea su función original: otorgarle al beneficiario de la cláusula un trato no menos favorable que el

conferido a terceros, con lo cual evidentemente, se reafirma su carácter no discriminatorio.

Por otro lado, se yerguen posiciones tan radicales como la de Kurtz (2004), quien advierte que difícilmente los argumentos políticos y económicos a favor del trato de la nación más favorecida, en materia de comercio, puedan ser aplicados en el escenario del Derecho internacional de las inversiones. Y es que como ya hemos analizado, si bien los orígenes de la cláusula nación más favorecida proceden del Derecho comercial internacional, por lo que comparte un piso común, en la actualidad este estándar forma parte de dos regímenes internacionales política, económica y jurídicamente diferentes.

Pese a lo anterior, no todas las voces que se alzan son tan críticas o radicales, Schill (2009) por ejemplo, aduce que la incorporación del trato de nación más favorecida a los tratados bilaterales de protección de inversiones contribuye a reducir conflictos y tensiones internacionales y a la “multilateralización” en la práctica de sus compromisos. Ciertamente la presencia de la cláusula en este contexto, previene que los Estados edifiquen su política de inversión en bloques cerrados. De esta manera, a pesar de las diferencias que puedan existir entre los distintos acuerdos bilaterales de inversión, la cláusula funciona como un “dispositivo multilateralizador” de las relaciones de inversión, a través de la extensión del trato más favorable contenido en un tratado bilateral de inversión con terceros, a los inversores protegidos por el tratado base.

No obstante, consideramos que esta posición de Schill, desconoce un elemento esencial a la hora de interpretar una cláusula NMF y es la intención de las partes contratantes expresada en el texto del tratado, lo cual limita evidentemente el rol “multilateralizador” que él le atribuye a la cláusula. En adición, coincidimos plenamente con Ishikawa (2015) cuando refiere que los tribunales arbitrales a la hora de interpretar una cláusula de nación más favorecida, más que emitir sus opiniones sobre el carácter “multilateralizador” o “bilateralizador” del régimen de acuerdos bilaterales de inversión, su función es interpretar, en correspondencia con la Regla general de interpretación de los tratados internacionales, el acuerdo de inversión que la contenga. De ahí que esas consideraciones de política solo serían tomadas en consideración, en la medida que tributen a la aplicación de las Reglas.

Con independencia de que existan otras posiciones, las hasta aquí abordadas evidencian que en el ámbito de las inversiones extranjeras,

la arista más polémica de la cláusula NMF es la relativa a su interpretación. En tal sentido y tomando en consideración la definición del estándar asumido por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, relacionamos las características generales que, desde nuestro punto de vista, definen la naturaleza jurídica de la cláusula MF:

- Se trata de una “disposición convencional” o sea, que para que pueda operar tiene que haber mediado un compromiso expreso de los Estados contratantes.
- El principio del trato de nación más favorecida que encierra la cláusula, no existe como tal en el derecho internacional consuetudinario, sino que nace de la obligación convencional. Es, por lo tanto, un principio de no discriminación otorgado por los Estados soberanos mediante la suscripción de tratados internacionales.
- Para que la cláusula NMF pueda operar se necesita de una relación al menos entre tres Estados: un Estado concedente, un Estado beneficiario y un tercer Estado. En este contexto el tratado celebrado entre el Estado concedente y el beneficiario se denominará “tratado base”, ya que contiene la base que posibilita incorporar condiciones más favorables previstas en el tratado suscrito entre el Estado concedente y el tercer Estado, el que se conoce como “tratado referencia” (González de Cossío, 2010, p. 172).
- Al permitir la cláusula NMF que se incorporen condiciones más favorables del tratado referencia al tratado base, sin necesidad de que las partes contratantes tengan que volver a negociar esas condiciones *ab initio*, se denominan *drafting by reference*.
- El origen del beneficio del trato de la nación más favorecida dimana de la relación entre el Estado concedente y el beneficiario, por lo que se encuentra contenido en la cláusula NMF del tratado base y no en la del tratado de referencia.
- La forma en la que puede operar la cláusula de la nación más favorecida se encuentra limitada por la presencia del principio *ejusdem generis*, luego la materia en que opera la cláusula se restringe por medio de ella misma.
- En el concreto caso de los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones, que constituyen la columna vertebral de nuestra investigación, el trato que protege la cláusula de la nación más favorecida, impide que el Estado receptor discrimine *de facto* o *de jure* entre los inversores e inversiones (personas

o cosas) nacionales del Estado beneficiario y los nacionales de un tercer Estado.

- El trato otorgado por el Estado receptor a los inversores o inversiones del Estado beneficiario debe ser “no menos favorables” que el otorgado a los inversores o inversiones de un tercer Estado.

Una vez analizado el devenir histórico de la cláusula de la nación más favorecida y las particularidades que adquiere en el Derecho Internacional de las Inversiones, fundamentalmente en los tratados bilaterales, proponemos algunos presupuestos teóricos que pueden ser tomados en consideración en el rediseño de este estándar. Asimismo, pudieran valorarse en el proceso de concertación de nuevos acuerdos bilaterales de inversión, a saber:

- Las cláusulas de la nación más favorecida, a pesar de haber sido concebidas *ab origine* para las cuestiones materiales, en su trasplante al Derecho internacional de las inversiones, se han convertido en fuentes de obligaciones internacionales no previstas por los Estados partes.
- En este escenario no existe un modelo único de cláusula de la nación más favorecida, pues hay tantas como prolíferos son los acuerdos y todas con una arquitectura diferente en su redacción, por lo que cualquier asunto relativo a su interpretación y al alcance de las mismas debe ser resuelto casuísticamente.
- La cuestión interpretativa central de las cláusulas de nación más favorecida, en sede de Derecho internacional de las inversiones, guarda relación con la determinación de su alcance y la aplicación del principio *ejusdem generis*. Lo anterior, constituye un punto controversial teórica, doctrinal y jurisprudencialmente.
- A su vez, resulta necesario analizar la relación que se establece entre el alcance de la CNMF y el principio *ejusdem generis*, pues este principio delimita el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida.
- Los efectos de la institución investigada dependerán de su preciso contenido y de la forma en la que se encuentre redactada y delimitada.
- La exclusión de forma clara y explícita, de determinados ámbitos de aplicación de la disposición nación más favorecida, garantiza una mayor seguridad jurídica para las partes contratantes, pues los tribunales arbitrales no podrán extender este estándar a disposiciones que no fueron pactadas por los Estados.

Conclusiones

La investigación científica de la cláusula de la nación más favorecida, en sede comercial internacional y con mayor intencionalidad, en el ámbito del derecho internacional de las inversiones, se presenta hoy como una necesidad de los Estados, en el complejo entramado de las relaciones comerciales y relativas a inversiones extranjeras. En el concreto caso de los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones, este estándar adquiere ribetes especiales al no poder operar mecánicamente. La ausencia de un modelo único de CNMF y por ende, las múltiples formas en la que puede ser concertada, obligan a interpretarlas en correspondencia con el texto del tratado o en su defecto, en atención al análisis interpretativo de los tribunales arbitrales internacionales. Si bien estos tribunales están obligados a interpretar el estándar NMF sin distorsionar su sentido y alcance, no se descarta la posibilidad de que puedan colocar en situación de vulnerabilidad a los Estados, ante un eventual arbitraje de inversión.

Lo anterior obliga a repensar el diseño actual de la cláusula de la nación más favorecida de los tratados bilaterales de inversión. En la definición de este estándar, se encuentran presentes las características generales que configuran su naturaleza jurídica, no obstante, los efectos de la institución investigada dependerán de su preciso contenido y de la forma en la que se encuentre redactada y delimitada. La exclusión de forma clara y explícita, de determinados ámbitos de aplicación de la disposición nación más favorecida, garantiza una mayor seguridad jurídica para las partes contratantes, pues los tribunales arbitrales no podrán extender este estándar a disposiciones que no fueron pactadas por los Estados. Para tales fines, hemos propuesto algunos presupuestos teóricos que pueden ser tomados en consideración en el rediseño de la cláusula NMF de los actuales y futuros acuerdos bilaterales de inversión.

Referencias bibliográficas

- Chukwumerije, O. (2007). Interpreting Most-Favored-Nation Clauses in Investment Treaty Arbitrations. *The Journal of World Investment and Trade*, 8(5),608.
- Cole, T. (2012). The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law. *Michigan Journal of International Law*, 33(3), 537-586.

- Comisión de derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas (1978). *Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida*. Naciones Unidas. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj_r_KjUk_z1AhXak2oFHdPDCuEQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Flegal.un.org%2Ffile%2Fpublications%2Fyearbooks%2Fspanish%2Ffile_1978_v2_p2.pdf&usg=AOvVaw2nRJuaOrNp5sOz8hcw9ZYx
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2021). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2021. Invertir en la recuperación sostenible*. Naciones Unidas. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwip8bTKmfz1AhX5RzABHeGVAzwQFnoECAUQAQ&url=https%3A%2F%2Functad.org%2Fsystem%2Ffiles%2Fofficial-document%2Fwir2021_overview_es.pdf&usg=AOvVaw22aR-5s8srCbWtwDFbWG3II
- Dolzer, R. y Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.
- Faya Rodríguez, A. (2008). The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping? *Journal of International Arbitration*, 25(1), 89.
- García Corona, I. G. (2013). *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- González de Cosío, F. (2010). *Arbitraje de inversión*. Porrúa.
- Herrera Ramírez, V. (2009). Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras. *Universidad Sergio Arboleda*, enero-junio, 41-56.
- Ishikawa, T. (2015). Interpreting the Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaty Arbitration: Interpreting as a Process of Creating an Obligation? En C. Sampford y D. Aydin (Eds.), *Rethinking International Law and Justice* (pp. 127-151). Ashgate Publishing.
- Kurtz, J. (2004). The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit? *The Journal of World Investment and Trade*, 5(6), 861-886.
- Montaño Mora, M. (1997). *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. Mc Graw-Hill.
- Organización Mundial del Comercio. (2 de febrero de 2019). *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994*. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/06-gatt_s.htm
- Riquelme, C. (2017). Consolidando la política de inversiones por medio de la cláusula de nación más favorecida en los tratados internacionales de inversión. *Revista Políticas Públicas*, 10(1), 1-24.

- Schill, S. W. (2009). Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses. *Berkeley Journal of International Law*, 27 (2), 496-569.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2021), Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2021. Invertir en la recuperación sostenible. Naciones Unidas. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewip8bTKmfz1AhX5RzABHeGVAzwQFnoECAU-QAQ&url=https%3A%2F%2Functad.org%2Fsystem%2Ffiles%2Fofficial-document%2Fwir2021_overview_es.pdf&usg=AOvVaw22aR-5s8srCbWtwDFbWG3II
- Dolzer, R. y Schreuer, C. (2012). Principles of International Investment Law. Oxford University Press.
- Faya Rodríguez, A. (2008). The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements: A Tool for Treaty Shopping? *Journal of International Arbitration*, 25(1), 89.
- García Corona, I. G. (2013). Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- González de Cosío, F. (2010). Arbitraje de inversión. Porrúa.
- Herrera Ramírez, V. (2009). Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras. *Universidad Sergio Arboleda*, enero-junio, 41-56.
- Ishikawa, T. (2015). Interpreting the Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaty Arbitration: Interpreting as a Process of Creating an Obligation? En C. Sampford y D. Aydin (Eds.), *Rethinking International Law and Justice* (pp. 127-151). Ashgate Publishing.
- Kurtz, J. (2004). The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit? *The Journal of World Investment and Trade*, 5(6), 861-886.
- Montaño Mora, M. (1997). La OMC y el reforzamiento del sistema GATT. Mc Graw-Hill.
- Organización Mundial del Comercio. (2 de febrero de 2019). Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/06-gatt_s.htm
- Riquelme, C. (2017). Consolidando la política de inversiones por medio de la cláusula de nación más favorecida en los tratados internacionales de inversión. *Revista Políticas Públicas*, 10(1), 1-24.
- Schill, S. W. (2009). Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses. *Berkeley Journal of International Law*, 27 (2), 496-569.