

LA JURISPRUDENCIA SOBRE LAS CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA, UN INTENTO DE LLEGAR A UN MARCO ANALÍTICO CONSISTENTE

Kenneth Juan FIGUEROA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Casos importantes en la jurisprudencia dualística de la aplicación de la cláusula NMF.* III. *La posibilidad de compatibilidad: pautas derivadas de la decisiones.* IV. *La imposibilidad de compatibilidad: la jurisprudencia dualística.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas de la nación más favorecida (NMF) son previsiones en tratados que obligan a un Estado dar al Estado beneficiario (o a los ciudadanos de dicho Estado) el mismo trato otorgado a terceros en una esfera de relaciones. Las cláusula NMF tienen una larga historia, originándose en el contexto de tratados bilaterales de comercio¹ y llegando a ser un componente esencial del principio de no discriminación en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.² Con la proliferación de tratados de inversión en la época posguerra, las cláusulas NMF se trasladan de su contexto original dentro del sistema internacional de libre comercio a ser previsiones ubicuitas en Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI).³

* Asociado Senior, Foley Hoag LLP. Las opiniones presentadas en esta presentación pertenecen únicamente al autor y no necesariamente reflejan la opinión o posición del bufete Foley Hoag LLP o sus socios.

¹ Véase Conferencia sobre Comercio y el Desarrollo de las Naciones Unidas, *Most-Favoured-Nations Treatment*, Section II (United Nations New York & Geneva, 1999) (“UNCTAD MFN”); véase también Schill, Stephen W., “Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored Nation Clauses”, 27 *Berkeley J. Int’l L.* 496, 2009, pp. 509-514.

² Ulstor, Endre, “First Report on the Most-Favored Nation Clause”, 1969, 2 *Y.B. Int’l L. Comm’n* 157, ¶¶ 10-12, U.N. Doc A/CN.4/SER.A/1969/Add.1.

³ *Idem*; véase también Vandeveld, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation* 7.2.1, 2010, p. 359.

Existen varias formulaciones de cláusulas NMF en APPRI, pero en general todas, así como las cláusulas predecesoras contenidas en tratados de comercio, garantizan un trato equivalente al trato otorgado a terceras partes.⁴ Un ejemplo típico de las cláusulas NMF en el contexto de inversiones se encuentra en el APPRI entre México y Argentina de 1996, el cual establece:

Cada parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra parte Contratante, brindará plena protección legal a tales inversores y a sus inversiones y les otorgará un trato no menos favorable que el concedido a los inversores y a las inversiones de... inversores de terceros Estados.⁵

En una innovación importante que nace con la firma del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados en 1966, APPRI también, por lo general, contienen cláusulas de resolución de disputas que otorgan a inversionistas el derecho de iniciar un procedimiento arbitral directamente contra el Estado anfitrión.⁶ Estos derechos procesales son parte de un paquete de derechos y obligaciones que los Estados parte de los APPRI negocian con base en los intereses y políticas de cada Estado. Por lo tanto, en algunos APPRI, dichas negociaciones resultan en la imposición de ciertas limitaciones a los derechos procesales concedidos a inversionistas. Ejemplos de dichas limitaciones son el requerimiento de ciertas condiciones previas procesales o la exclusión de ciertas disputas del ámbito de arbitraje.

Inversionistas han intentado evitar estas limitaciones sobre el derecho al arbitraje a través de la invocación de la cláusula NMF. Tribunales arbitrales que han tratado sobre estos intentos han llegado a conclusiones inconsistentes. Estas determinaciones inconsistentes no se pueden explicar con base en la formulación distinta de cada cláusula NMF: las divergencias en las decisiones arbitrales se basan menos en estas distinciones que en las puntas

⁴ Véase Ulstor, ¶¶10-12.; Zeigler, Andreas R., *Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment en Standards of Investment Protection* 59, 61-64 (ed. August Reinisch 2008).

⁵ Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (13 de noviembre de 1996). A la fecha México ha suscrito APPRIs con 27 países. Además es miembro del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual contiene previsiones sobre la protección de inversiones, incluyendo una cláusula NMF. Véase <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx>; véase también http://www.promexico.gob.mx/wb/Promexico/acuerdos_para_la_promocion_y_proteccion_reciproca_.

⁶ Vandeveldel, ¶ 2.2, p. 58.

de partidas normativas distintas y, a veces, directamente contradictorias de cada tribunal.

La inconsistencia entre las decisiones tribunales ha generado cierta preocupación. En una decisión de 2009, en el caso *Renta 4 S.V.S.A. c. La Federación Rusa*, el Tribunal Arbitral lamentó la existencia de tantos laudos contradictorios que, en la opinión de dicho Tribunal, eran “de persuasión y relevancia irregular”.⁷ Este Tribunal concluyó que “lo único que se puede decir con confianza es que aún no se ha establecido una jurisprudencia *constante* de aplicación generalizada”.⁸ La inconsistencia de dicha jurisprudencia ha llevado a ciertos juristas y académicos a preocuparse por la incertidumbre sobre la aplicación del tratamiento NMF y el impacto negativo que esto puede tener respecto a la legitimidad del sistema CIADI y al sistema de arbitraje internacional en materia de inversión.⁹

Sin embargo, no obstante las claras contradicciones fundamentales en las decisiones arbitrales sobre las cláusulas NMF, aún se pueden derivar ciertas pautas generales. Sobre estas pautas las partes en el sistema de inversión internacional pueden, si bien de forma rudimentaria, organizar sus expectativas. Las mismas pautas también pueden servir como una guía para otros tribunales arbitrales que tratarán sobre cláusulas NMF. Este artículo examinará estas pautas con el propósito de establecer un entendimiento organizado de las varias conclusiones de tribunales arbitrales sobre la aplicabilidad de las cláusulas NMF a los derechos procesales contenidas en APPRI; la parte II de este artículo describirá las decisiones de mayor impacto que han tratado sobre la referida controversia, detallando el análisis utilizado y las conclusiones de cada tribunal arbitral; la parte III de este artículo definirá las pautas que se pueden derivar de estas decisiones arbitrales; la parte IV de este discutirá los aspectos de las decisiones que no se pueden compatibilizar y las implicaciones que esto tiene para el sistema de inversión internacional y sus participantes, mientras que la parte V de este artículo resume nuestras conclusiones.

⁷ *Renta 4 S.V.S.A., et al. c. La Federación Rusa*, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Caso No. V 04/2007, ¶ 94 (Laudo sobre Objeciones Preliminares, 20 de marzo de 2009) (“*Renta*”) (traducción del autor).

⁸ *Idem* (traducción del autor).

⁹ Véase, por ejemplo, Egli, Gabriel, “Don’t Get BIT: Addressing ICSID’s Inconsistent Application of Most-Favored-Nation Clauses To Dispute Resolution Provisions”, 34 *Pepp. L. Rev.* 1045, 1079 (2007).

II. CASOS IMPORTANTES EN LA JURISPRUDENCIA DUALÍSTICA DE LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA NMF

En el año 2000 se publica la decisión seminal sobre jurisdicción en el caso *CIADI Maffezini c. El Reino de España*, en la cual el Tribunal Arbitral aceptó jurisdicción sobre la disputa entre las partes con base en, no la cláusula arbitral en el APPRI aplicable a la disputa (en ese caso, el tratado de inversión entre España y Argentina), sino otra cláusula arbitral más amplia contenida en otro tratado entre España y otro Estado.¹⁰

Esta decisión fue la primera que permitió la invocación de la cláusula NMF para aplicar cláusulas arbitrales más amplias contenidas en otros tratados. La decisión generó un gran debate sobre el ámbito apropiado de las cláusulas NMF. Este debate se ha llevado a cabo en las jornadas académicas y profesionales, en conferencias, y entre distintos tribunales arbitrales que han tratado sobre la aplicación de cláusulas NMF. Algunos tribunales posteriores a la decisión en *Maffezini* adoptaron el análisis de esa decisión y han concedido la jurisdicción en función de la cláusula NMF. Otras decisiones, sin embargo, rechazaron (expresa o implícitamente) el análisis en la decisión de *Maffezini* y propusieron un concepto más limitado de las cláusulas NMF. El resultado ha sido una jurisprudencia dualística que se basa en gran parte en fundamentos normativos distintos.

Esta parte repasa algunos aspectos de las decisiones de mayor importancia de esta jurisprudencia dualística.

1. *Decisiones favoreciendo la aplicación general de las cláusulas NMF: Maffezini y casos que adoptan su análisis.*

A. *Maffezini c. el Reino de España*

En el caso *Maffezini*, un inversionista argentino inició un arbitraje CIADI por supuestos violaciones del APPRI entre Argentina y España derivadas de pérdidas relacionada a una inversión en una compañía de producción y distribución química.¹¹ Dicho APPRI requería que luego de un periodo de negociación de seis meses inversionistas sometieran su disputa ante las cortes españolas por un periodo de 18 meses antes de iniciar un procedimiento

¹⁰ *Maffezini c. El Reino de España*, Caso CIADI No. 97/7, ¶64 (Decisión sobre Jurisdicción, 25 de enero de 2000) (“*Maffezini*”).

¹¹ *Maffezini*, ¶ 1.

arbitral.¹² El demandante inició el arbitraje sin recurrir primero a las cortes españolas y, frente la objeción de jurisdicción interpuesta por España, el demandante invocó la cláusula NMF del tratado para incorporar la cláusula arbitral del APPRI entre España y Chile, la cual permite acceso directo al CIADI inmediatamente después de un periodo de negociación de 6 meses.¹³

La cláusula NMF en el tratado Argentina-España requería el tratamiento NMF en los siguientes términos:

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.¹⁴

El Tribunal empezó su análisis de la aplicación de esta cláusula con una referencia a la jurisprudencia internacional existente sobre el tratamiento NMF.¹⁵ Estas decisiones analizaron la aplicación de la cláusula NMF en su contexto original del comercio internacional, no en el contexto de arbitrajes en materia de inversiones. Sin embargo, los criterios y principios contenidos en estas decisiones influyeron las conclusiones no sólo del Tribunal en Maffezini, sino también a los tribunales en casos posteriores a Maffezini que tratan sobre las cláusulas NMF.

Dos decisiones existentes de la Corte Internacional de Justicia ya habían puesto importantes limitaciones en la aplicación del tratamiento NMF. En el caso *Anglo-Iranian*, la Corte Internacional había determinado que una cláusula NMF sólo puede modificar el tratado en el cual dicha cláusula está contenida, o sea el tratado básico.¹⁶ En el Caso sobre derechos de ciudadanos de los Estados Unidos de América en Marruecos, la Corte Internacional declaró que una cláusula NMF sólo puede incorporar derechos más favorables actualmente existentes en el momento que se invoca la cláusula.¹⁷

El Tribunal en Maffezini también consideró la decisión arbitral en el caso *Ambatielos* ante la Comisión de Arbitraje. El caso *Ambatielos* surgió de una disputa entre Grecia y el Reino Unido en la cual Grecia había alegado que

¹² Maffezini, ¶ 19.

¹³ Maffezini, ¶¶ 19, 39.

¹⁴ Maffezini, ¶ 43.

¹⁵ Maffezini, ¶¶ 44-50.

¹⁶ Int'l Court of Justice, *Anglo-Iranian Oil Co. (Jurisdiction)* (Judgment of July 22nd, 1952), I.C.J. reports 1952, pp. 93-110.

¹⁷ Int'l Court of Justice, *Case Concerning the Rights of Nationals of the United States in Morocco*, (France v. United States of America) Judgment of 27 August 1952, [1952] ICJ reports, 176.

su ciudadano, el señor Ambatielos, no se le había dado el trato equitativo y justo ante las cortes Británicas que el Reino Unido le había otorgado a ciudadanos de otros países en otros tratados de libre comercio.¹⁸ La Comisión de Arbitraje rechazó el reclamo porque, en su vista, los tratados de libre comercio entre el Reino Unido y otros países no otorgaban un tratamiento diferente ni más favorable que el tratamiento garantizado bajo el tratado con Grecia.¹⁹ Sin embargo, antes de llegar a esta conclusión, la Comisión de Arbitraje estudió la naturaleza de la cláusula NMF y declaró lo que conocemos como el principio de *ejusdem generis*: “[L]a cláusula de la nación más favorecida sólo puede tener aplicación respecto de la misma materia y no puede hacerse extensiva a cuestiones distintas de las previstas en el tratado básico”.²⁰

Basada en esta doctrina, la Comisión aceptó que la cláusula NMF contenida en el tratado Reino Unido-Grecia podría, en principio, extenderse “a cuestiones relacionados con la administración de justicia” las cuales eran compatibles con la materia del tratado básico.²¹

La interpretación de la decisión en Ambatielos ha sido la verdadera cuna de la controversia actual sobre el ámbito apropiado de las cláusulas NMF y, por lo tanto, esa decisión ha tenido una gran influencia en todas las decisiones sobre las cláusulas NMF en el ámbito de arbitraje en materias de inversiones. Es importante enfatizar que la decisión en Ambatielos tenía que ver con derechos *primarios y sustantivos*. Sin embargo, el Tribunal en Maffezini se enfocó en la alusión de parte de la Comisión en el caso Ambatielos a “cuestiones relacionados con la administración de justicia”. El Tribunal en Maffezini aparentemente entendió (erróneamente, en la opinión de este autor) que las “cuestiones” a que la Comisión de Arbitraje hizo referencia en Ambatielos, eran semejantes a la cuestión procesal respecto al acceso al arbitraje internacional en los tratados de inversión. Ignorando que las referidas “cuestiones relacionados con la administración de justicia” en el caso Ambatielos de hecho trataban sobre derechos sustantivos y no derechos o privilegios procesales, el Tribunal en Maffezini determinó que así como la Comisión había reconocido la importancia de cuestiones relacionados con la administración de justicia, se debería reconocer que “los arreglos relativos

¹⁸ *El Reclamo Ambatielos (Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña y Irlanda del Norte)* (6 de marzo de 1956) (Laudo de la Comisión de Arbitraje Establecido por las Partes), XII Recueil des Sentences Arbitrales 83-153, 95 (Naciones Unidas) (“Ambatielos”).

¹⁹ Ambatielos, pp. 108-110.

²⁰ *Ibidem*, pp. 107 (traducción del autor).

²¹ *Idem* (traducción del autor).

a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio”.²²

Con este entendimiento, el Tribunal en Maffezini estudió el texto de la cláusula NMF, la cual establecía que el tratamiento NMF era aplicable a “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”.²³ No obstante que esta formulación no disponía expresamente que la resolución de disputas estaba dentro del ámbito de la cláusula NMF, el Tribunal concluyó que dado el carácter amplio y generalizado del texto de la cláusula, dicha cláusula era aplicable a la cláusula arbitral del APPRI.²⁴ Tomando en cuenta al caso Ambatielos y la formulación general de la cláusula NMF, el Tribunal concluyó que “si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*”.²⁵ Por lo tanto, el Tribunal determinó que la cláusula NMF en el tratado Argentina-España era aplicable a la cláusula compromisoria y, por lo tanto, el demandante podía incorporar la cláusula arbitral del tratado España-Chile para obtener el acceso directa al CIADI.²⁶

Sin embargo, en un paso analítico que ciertos tribunales y juristas han subsiguientemente criticado como un reconocimiento implícito del peligro de una amplia aplicación de cláusulas NMF a derechos arbitrales, el Tribunal en Maffezini también anunció importantes limitaciones a su decisión. El Tribunal afirmó que existían ciertas “excepciones de orden público” que prevendría la aplicación de una cláusula NMF a la cláusula arbitral de un APPRI. Como ejemplos de dichas excepciones, el Tribunal detalló la siguiente lista no exhaustiva:

- Si un Estado que es parte contratante del APPRI ha condicionado su consentimiento al arbitraje al agotamiento de los recursos internos.
- Si las partes contratantes han acordado en un mecanismo de solución de controversias que incluya una cláusula de “bifurcación del camino”, en la cual la decisión de una parte de iniciar un procedimiento

²² *Ibidem*, ¶¶ 43, 53-55.

²³ *Ibidem*, ¶ 43.

²⁴ *Ibidem*, ¶ 60.

²⁵ *Ibidem*, ¶ 54-56.

²⁶ *Ibidem*, ¶ 64.

(por ejemplo, una demanda en las cortes nacionales) excluye la posibilidad de otros posible procedimientos (por una arbitraje CIADI).

- Si el acuerdo arbitral en el APPRI escoge un mecanismo de arbitraje específico y determinado, por ejemplo, el CIADI.
- Si las partes contratantes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpora reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el TLCAN.²⁷

La decisión en Maffezini, y el análisis del Tribunal en ella, fue adoptada por varios tribunales en casos subsiguientes.

B. *Siemens c. La República de Argentina (2004) y casos similares*

En 2004, la decisión jurisdiccional en el caso CIADI Siemens c. Argentina, también admitió la invocación de una cláusula NMF para evitar un requerimiento de someter disputas a cortes nacionales por un periodo de 18 meses.²⁸ Siemens presentó hechos similares al caso Maffezini, pero el APPRI en que se basaba el reclamo en Siemens contenía una formulación del tratamiento NMF que se podría decir era más limitado que la cláusula NMF analizada en el caso Maffezini. No obstante la formulación distinta de la cláusula NMF, el Tribunal en Siemens llevó a cabo un análisis similar al análisis en el caso Maffezini y llegó a la misma conclusión.

En el caso Siemens un inversionista Alemán inició un arbitraje en el cual se interpuso reclamos de expropiación en violación del APPRI entre Alemania y Argentina de 1991. Como el APPRI España-Argentina en el caso Maffezini, el APPRI Alemania-Argentina requería que inversionistas sometieran cualquier disputa ante las cortes nacionales por un periodo de 18 meses antes de recurrir al CIADI. El demandante quería evitar dicho requerimiento a través de la invocación de la cláusula NMF contenida en el APPRI Alemania-Argentina.²⁹

El APPRI Alemania-Argentina, de hecho, contiene *dos* cláusulas NMF. El Artículo 3 del APPRI contenía una cláusula NMF típica que establecía que ninguna de las partes contratantes sometería a los nacionales o sociedades de la otra parte contratante o sus inversiones “a un trato menos favorable

²⁷ Maffezini, ¶¶ 62 y 63

²⁸ Siemens AG c. la República Argentina, caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción, 3 agosto 2004 (“Siemens”).

²⁹ Siemens, ¶ 32.

que el que se conceda” a terceros.³⁰ Dicha cláusula no contenía la frase “en todas las materias regidas por el presente Acuerdo” que se estaba presente en la cláusula NMF analizada en el caso Maffezini.

El artículo 3o. también expresamente contenía ciertas excepciones típicas al tratamiento NMF, en particular derechos o privilegios negociados como parte de confederaciones económicas o áreas de libre comercio, así como privilegios tributarios.³¹

A la vez el artículo 4o. del APPRI Alemania-Argentina, el cual establecía los derechos substantivos de plena protección y seguridad jurídica así como derechos relacionados a la expropiación, también contenía una cláusula NMF que establecía:

En lo concerniente a las materias regidas por el presente artículo, los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán en el territorio de la otra Parte Contratante del trato de la nación más favorecida.³²

El Tribunal en el caso Siemens aceptó la jurisdicción con base en el artículo 3o. del APPRI. El Tribunal determinó que no obstante la falta de la frase amplia “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”, las palabras “trato” y “actividades” en la cláusula NMF del artículo 3o. tenía un carácter general. Para el Tribunal, la existencia de excepciones explícitas confirmaba la amplitud de la cláusula.

El Tribunal rechazó el argumento que una interpretación amplia del artículo 3 rendía sin sentido a la cláusula NMF contenida en el artículo 4o. Según el Tribunal, la cláusula NMF en el artículo 4o. reflejaba “cuestiones de particular interés *ex abundante cautela* sin por ello limitar el ámbito de aplicación de las cláusulas de carácter general.”³³

La interpretación del Tribunal en Siemens se debió en gran parte a la punta de partida normativa de parte de dicho Tribunal (muy semejantemente a la determinación del Tribunal en Maffezini) que el propósito del APPRI es el fomento y la protección de inversiones. Por lo tanto, y conforme su entendimiento del caso Ambatielos (que era igual al entendimiento (erróneo) del caso dado por el Tribunal en Maffezini), el Tribunal en Sie-

³⁰ *Ibidem*, ¶ 82.

³¹ *Ibidem*, ¶ 83.

³² *Ibidem*, ¶ 88.

³³ *Ibidem*, ¶ 90.

mens concluyó que el acceso al arbitraje era parte integral de dicha protección y era consistente con el principio de *ejusdem generis*.³⁴

El Tribunal en el caso Siemens (como el Tribunal en Maffezini) también enfatizó que existen limitaciones de orden público que se deben respetar. En particular, el Tribunal estuvo de acuerdo con la determinación en Maffezini “que el beneficiario de la [Cláusula] NMF no puede dejar sin efecto consideraciones de orden público que las partes de un tratado hayan considerado esenciales para llegar al acuerdo”.³⁵ El Tribunal en Siemens, tomando nota de la práctica inconsistente de parte de Argentina en su APPRI con respecto a la inclusión de la precondition de iniciar una demanda en las cortes nacionales por un periodo de 18 meses (varios de estos APPRI no tenían dicha precondition), determinó que el caso presentado por Siemens no implicaba consideraciones de orden público.³⁶

El caso Siemens es importante porque el Tribunal se rehusó en limitar la decisión de Maffezini a sus circunstancias particulares, específicamente con respecto a la formulación más limitada de la cláusula NMF en el APPRI Alemania-Argentina. Es más, para llegar a su conclusión, el Tribunal también se rehusó conceder un significado substantivo a la cláusula mucha más limitada incluida en el artículo 4o. del APPRI Alemania-Argentina. Por lo tanto, el caso Siemens representa una ampliación del análisis en Maffezini que llegó a influir a casos subsiguientes.

Notablemente, todos los casos inmediatamente subsiguientes a Maffezini y Siemens, en los cuales los tribunales afirmaron la invocación de la cláusula NMF para evitar una precondition procesal al arbitraje, fueron casos iniciados en contra de la República de Argentina y trataron sobre la precondition de someter disputas ante las cortes nacionales por un periodo de 18 meses.³⁷ La influencia del análisis en Siemens y Maffezini es evidente en las decisiones en dichos casos. Por ejemplo, en *National Grid c. Argentina* (2006), el Tribunal permitió la aplicación de la cláusula NMF en el APPRI Argentina-Reino Unido, invocada con el propósito de evitar el requerimien-

³⁴ *Siemens*, ¶ 102.

³⁵ *Ibidem*, ¶ 109

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Gas Natura c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/03/10 (Jurisdicción) 17 junio 2005 (“Gas Natural”); *Suez Sociedad General de Aguas c. La República Argentina*, caso CIADI No. ARB/30/77 (Jurisdicción) 16 mayo 2006; *National Grid c. La República de Argentina*, CNUDMI (Jurisdicción) 20 junio 2006. (“National Grid”).

to de someter disputas ante las cortes nacionales por 18 meses.³⁸ El Tribunal de National Grid tomó como base de su decisión no sólo las decisiones de Siemens y Maffezini, sino también el entendimiento de Ambatielos expresado en esas decisiones:

Así, en el caso Ambatielos, la comisión de arbitraje sostuvo que ‘la protección judicial era un elemento natural de las cuestiones relativas al comercio y navegación.’ También en el caso Maffezini, el tribunal arbitral concluyó que los temas referentes a solución de diferencias contenidas en los [Tratados Bilaterales de Inversión] están ‘inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio’. En el caso Siemens, el tribunal arbitral llegó a una conclusión similar.³⁹

Igualmente, el Tribunal Arbitral en *Gas Natural c. Argentina* (2005), no obstante su afirmación que su decisión era independiente de cualquier otra decisión arbitral, hizo notar que “los fundamentos y conclusiones del tribunal en el caso Maffezini, sobre los cuales a su vez se basó el Tribunal en el caso Siemens, son sustancialmente congruentes con el razonamiento y las conclusiones del presente Tribunal”.⁴⁰ Con base en el mismo análisis contenido en dichos casos, el Tribunal en *Gas Natural* afirmó la aplicación de la cláusula NMF, enfatizando (de manera consistente con el entendimiento de Ambatielos expresada en Maffezini y Siemens) que “la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversor y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituye un incentivo y un mecanismo de protección importante para los inversores extranjeros”.⁴¹

C. *RosInvest Co. c. Rusia* (2007)

En 2007 se promulga la decisión en el caso *RosInvest Co. c. Rusia*, un caso que no involucraba a Argentina o el requerimiento de 18 meses analizado en Maffezini y Siemens. El caso fue iniciado por un accionista británico de la empresa rusa Yukos Oil que fue nacionalizada por el gobierno de Rusia por la alegada falta de parte de la empresa de pagar ciertos impuestos.⁴²

³⁸ *National Grid*, ¶ 1.

³⁹ *Ibidem*, ¶ 69.

⁴⁰ *Gas Natural*, ¶ 47.

⁴¹ *Ibidem*, ¶ 31.

⁴² *RosInvestCo UK Ltd. c. La Federación Rusia*, Arbitraje CCE No. V 079/2005 (“RosInvestCo”).

El demandante alegó que los impuestos demandados por el gobierno ruso no eran legítimos y que la nacionalización fue, de hecho, una expropiación ilegal en contravención del APPRI entre el Reino Unido y la Unión Soviética de 1989, tratado que aún regía inversiones entre Rusia y el Reino Unido.

Sin embargo, la cláusula arbitral contenida en dicho APPRI expresamente permitía el arbitraje únicamente por disputas sobre el monto de pago o por cualquier asunto *consecuente* de un acto de expropiación y, por lo tanto, aparentemente excluía disputas sobre el fondo de la alegada expropiación.⁴³ Por lo tanto, el demandante invocó la cláusula NMF del APPRI para incorporar la cláusula arbitral más amplia contenida en el APPRI entre Rusia y Dinamarca. La cláusula NMF en el APPRI Reino Unido-Unión Soviética era similar a la cláusula NMF analizada en el caso Siemens: la cláusula contenía la formulación típica prohibiendo el tratamiento menos favorable y también carecía de la formulación “todas las materias regidas por el tratado”.⁴⁴

El Tribunal afirmó la invocación de la cláusula NMF.⁴⁵ La conclusión del Tribunal se basó principalmente en su determinación que el arbitraje forma una parte “extremadamente relevante” con respecto a la protección del inversionista.⁴⁶ Para el Tribunal no existía una gran distinción entre derechos procesales y sustantivos, ya que según el Tribunal en el contexto de la expropiación, una cláusula arbitral tiene el mismo valor protectivo que cualquier protección sustantiva.⁴⁷ No obstante que el Tribunal en *RosInvest Co.* expresamente se rehusó a basarse expresamente en otras decisiones arbitrales,⁴⁸ el énfasis que el Tribunal le dio a la importancia del arbitraje

⁴³ *RosInvestCo*, ¶ 30.

⁴⁴ *Ibidem*, ¶¶ 28-29.

⁴⁵ *Ibidem*, ¶ 130. El Tribunal llegó a esta determinación, en parte, basado en una interpretación que distinguió entre la “protección de inversiones” y el “uso y disfruto” de inversiones por inversionistas. *RosInvestCo*, ¶¶ 128-130. Esa interpretación ha sido criticada por ciertos autores. Véase Tony Cole y Madhu Agrawi, *When is a Forum “More Favourable”?: The Use of MFN Clauses to Found an Investment Arbitration Tribunal’s Jurisdiction*, Legal Studies Research paper Núm. 2010-2019, Univ. of Warwick School of Law, § 7(b) accesible a través de la página web <http://ssrn.com/abstract=1674378>. Sin embargo, dicha interpretación no es directamente relevante para los asuntos discutidos en este artículo. Lo importante es que el Tribunal determinó que la cláusula NMF se podía invocar para incorporar derechos arbitrales contenidos en otro tratado.

⁴⁶ *RosInvestCo.*, ¶ 130 (traducción del autor).

⁴⁷ *Ibidem*, ¶¶ 103, 132.

⁴⁸ *Ibidem*, ¶ 137.

para la protección de inversionistas es muy similar al análisis sobre Ambatielos contenidas en Maffezini y Siemens.

Por lo tanto, la decisión en Maffezini, ampliada por la decisión en Siemens, tuvo una fuerte influencia en el análisis de tribunales subsiguientes. Esta influencia se observa principalmente en el entendimiento del caso Ambatielos, y por lo tanto el principio de *ejusdem generis*. Ese entendimiento se enfoca en los derechos procesales de arbitraje como “inseparablemente vinculados” al llamado “propósito básico” de los APPRI y otros tratados de inversión: es decir, la promoción y protección de inversiones y/o inversionistas extranjeros. Este entendimiento, por tanto, se basa en una punta de partida normativa que pone mayor énfasis e importancia en la protección de inversión y/o inversionistas. Dicha punta de partida normativa necesariamente influye en una interpretación más amplia de una cláusulas NMF.

Si bien las decisiones en Maffezini y Siemens tienen una gran influencia, también fueron sujetos a grandes críticas, en particular por su interpretación del caso Ambatielos y por el temor expresado por tribunales y juristas en ampliar la aplicación de cláusulas NMF con respecto a derechos arbitrales, las decisiones en los casos Maffezini y Siemens inevitablemente invitaron la posibilidad del abuso de las cláusulas NMF por medio de prácticas como *treaty shopping* (es decir, invocar un tratado distinto al tratado aplicable simplemente porque dicho tratado contiene ventajas procesales). Esto, según las críticas, amenaza el principio fundamental del consentimiento expreso al arbitraje.

2. Decisiones favoreciendo la aplicación limitada de cláusulas NMF: Salini/Plama y casos que adoptan su análisis

A. *Salini c. Jordan* (2004)

Ya en 2004, sólo tres meses después de la decisión jurisdiccional en el caso Siemens, el Tribunal en el caso *Salini c. Jordan*, expresó dudas sobre el análisis en el caso Maffezini y rechazó el intento por el demandante en Salini de invocar la cláusula NMF en el APPRI entre Italia y Jordan para ampliar el ámbito de la cláusula arbitral en el tratado básico.⁴⁹

Los reclamos presentados en el caso Salini no se basaban directamente en el APPRI entre Italia y Jordan, sino en supuestos incumplimientos de obligaciones contenidas en un contrato de obras públicas entre agentes de

⁴⁹ *Salini Costruttori S.p.A. c. El Reino Hashemita de Jordan*, Caso CIADO No. ARB/02/13, (Decisión sobre Jurisdicción), 15 noviembre 2004, (“Salini”), ¶ 101.

Jordan y los demandantes, dos empresas italianas.⁵⁰ Dicho contrato requería que toda disputa contractual se sometiera a las cortes de Jordan, o, únicamente si el gobierno de Jordan daba su consentimiento (el cual no había dado), a un procedimiento arbitral *ad hoc*. Por otro lado, el APPRI entre Italia y Jordan permitía acceso directo al arbitraje ante el CIADI. La cláusula arbitral contenida en el artículo 9o. del APPRI, sin embargo, limitaba su propia aplicabilidad ya que establecía que “en el caso que un inversionista y una entidad de la parte contratante han estipulado a un acuerdo de inversión, el procedimiento establecido en dicho acuerdo aplicará.” Los Demandantes invocaron la cláusula NMF contenida en el APPRI Italia-Jordan para incorporar la cláusula arbitral más amplia contenida en el APPRI entre Jordan y los Estados Unidos, el cual, según los Demandantes, permitía el arbitraje de disputas contractuales.⁵¹

El Tribunal comenzó su análisis notando que compartía la preocupación expresada en varios ámbitos respecto a la decisión en el caso Maffezini “particularmente porque, no obstante el intento del Tribunal en Maffezini de limitar la aplicación expansiva de cláusula NMF a través de excepciones de orden público, el análisis podría lidiar a la práctica de *treaty shopping* de parte de demandantes”.⁵² Además, en un alejamiento del análisis en Maffezini, el Tribunal en el caso Salini limitó la aplicabilidad del caso Ambatielos, observando que ese caso trataba sobre derechos sustantivos.⁵³

Sin embargo, aunque el Tribunal expresó su preocupación con la decisión en Maffezini, y se alejó del análisis en ese caso, se rehusó rechazar dicho análisis por completo. Al contrario, el Tribunal en Salini (de manera distinta al Tribunal en Siemens) intentó limitar la decisión de Maffezini a sus circunstancias específicas. El Tribunal enfatizó que la cláusula NMF del APPRI Italia-Jordan (similarmente a la cláusula NMF analizada por el Tribunal en el caso Siemens) no contenía la frase amplia “en todas las materias”. Dicha frase hubiera indicado una intención de las partes contratantes del APPRI de hacer la cláusula NMF aplicable a los derechos arbitrales. El Tribunal también hizo hincapié en la exclusión expresa en la cláusula arbitral del APPRI Italia-Jordan de disputas contractuales, lo que indicaba una intención de las partes contratantes de excluir los reclamos presentados por los demandantes.⁵⁴

⁵⁰ Salini, ¶¶ 14-17.

⁵¹ *Ibidem*, ¶ 102 (traducción del autor).

⁵² *Ibidem*, ¶ 115 (traducción del autor).

⁵³ *Ibidem*, ¶ 112.

⁵⁴ *Ibidem*, ¶¶ 118-19.

Finalmente, el Tribunal observó que los demandantes no habían sometido evidencia que comprobaba que los APPRI de Jordan normalmente permitían el arbitraje de disputas contractuales.⁵⁵ Esta última observación indicó otro alejamiento significativo del análisis en Maffezini. Contrariamente al Tribunal en Maffezini, que puso la carga de la prueba de establecer una práctica o política del tratamiento NMF sobre el Estado, el Tribunal en Salini, claramente puso la carga de la prueba sobre los demandantes.

Cabe destacar que el Tribunal en el caso Salini no hace referencia a la decisión jurisdiccional en el caso Siemens, no obstante que dicha decisión había sido publicada con tres meses de anterioridad. Es probable que el Tribunal no tuviera conocimiento de esa decisión cuando publicó su laudo. Sin embargo, vale la pena comparar ambas decisiones. Aunque los tribunales en Salini y Siemens llegan a distintas conclusiones, los dos comparten la misma punta de partida. Los dos tratan sobre cláusulas NMF muy similares, de las cuales ambas carecían del lenguaje amplio enfatizado en el caso Maffezini. La misma punta de partida textual resulta en enfatizar las diferencias significantes de cada decisión. Primero, en el caso Siemens, los demandantes simplemente querían replicar el resultado de Maffezini con respecto al requerimiento de litigar disputas por 18 meses ante las cortes nacionales. Al contrario, los demandantes en Salini intentaban hacer algo mucho más drástico a través de la cláusula NMF: ellos querían evitar una excepción expresamente incluida en el APPRI. También es importante notar la diferencia en las puntas de partidas *normativas* de cada tribunal. El tribunal en Salini estaba mucho más preocupado con la intención de las partes respecto al consentimiento al arbitraje y la posibilidad del abuso de las cláusulas NMF.

B. *Plama Consortium c. Bulgaria (2005)*

Si bien el tribunal de Salini simplemente intentó limitar el análisis de Maffezini, el tribunal en *Plama Consortium c. Bulgaria* va aún más lejos, rechazando el análisis en Maffezini con la declaración de una nueva regla para la aplicación de cláusulas NMF a las cláusulas arbitrales de APPRI.

El caso Plama surgió de una demanda frente al CIADI por supuestas violaciones del Tratado de la Carta de Energía y el APPRI entre Chipre y Bulgaria, derivadas de pérdidas de una inversión en una refinería de petróleo.⁵⁶ Aunque el Tribunal aceptó la jurisdicción sobre los reclamos bajo la

⁵⁵ Salini, ¶ 119.

⁵⁶ Plama, ¶¶ 19-21.

Carta de Energía, rechazó la jurisdicción sobre los reclamos bajo el APPRI Chipre-Bulgaria.⁵⁷

El tratado Chipre-Bulgaria requiere que cualquier controversia sobre la legalidad de una supuesta expropiación sea sometida a los procedimientos administrativos y judiciales del Estado anfitrión.⁵⁸ El APPRI Chipre-Bulgaria sólo expresamente permite el arbitraje de controversias sobre el monto de compensación a ser pagado luego de una expropiación. La cláusula arbitral permite arbitraje *ad hoc* bajo las reglas CNUDMI (la cláusula no permite arbitraje ante el CIADI), y sólo después de una fase de tres meses de negociación.⁵⁹ Ignorando estas limitaciones, el demandante inició un arbitraje ante el CIADI con respecto a la legalidad de la supuesta expropiación, basándose en la cláusula NMF del APPRI Chipre-Bulgaria que según el demandante incorporaba las previsiones de otros tratados firmados por Bulgaria.⁶⁰

La cláusula NMF en el tratado Chipre-Bulgaria no se refiere a “todas materias regidas por el tratado”, contrariamente al APPRI Argentina-España en el caso Maffezini. La formulación en el tratado Chipre-Bulgaria es semejante a la formulación presente en el caso Siemens y afirma lo siguiente:

Cada Parte Contratante aplicara a las inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento que será no menos favorable que lo se otorga a inversiones de estados terceros⁶¹

El Tribunal primero determinó que el principio de *ejusdem generis* (anunciado en el caso *Ambatielos*) era irrelevante, ya que el texto de la cláusula NMF y su contexto no definía claramente su ámbito.⁶² En otras palabras, la cláusula permitía interpretaciones variadas que si bien razonablemente se podría basar en el contenido de su texto, no necesariamente aclaraba la intención de las partes.

⁵⁷ *Plama Consortium Limited c. La República de Bulgaria*, caso CIADI No. ARB/03/24 (Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005), (“Plama”), ¶¶ 179, 184.

⁵⁸ *Plama*, ¶ 186.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ *Ibidem*, ¶ 183.

⁶¹ *Ibidem*, ¶ 187 (traducción del autor).

⁶² *Ibidem*, ¶¶ 189-90. El Tribunal (semejantemente al Tribunal en el caso *Salini*) también se aseguró de observar que el caso *Ambatielos* era, de todos modos, de aplicabilidad limitada ya que ese caso trataba sobre derechos substantivos. *Id.* ¶ 209.

Además, el tribunal, contrariamente a lo dicho en Maffezini, concluyó que una interpretación de la cláusula NMF no se podía basar en el objeto y propósito del APPRI. El tribunal reconoció que el objeto general del APPRI era la protección y promoción de la inversión. También reconoció que el arbitraje era estrechamente involucrado con dicho objeto.⁶³ Sin embargo, el tribunal hizo hincapié en que el objeto del tratado era necesariamente limitado por el texto del mismo tratado y, por lo tanto, no podía superar a la intención de las partes contratantes claramente expresada en el APPRI.⁶⁴

Dado esto, el factor más relevante para el Tribunal en Plama era el principio fundamental bajo el derecho internacional que el arbitraje sólo existe a base del consentimiento claro y sin ambigüedad de las partes.⁶⁵ Para el tribunal en Plama, modificar un acuerdo arbitral por medio de la cláusula NMF introduce ambigüedades sobre dicho consentimiento. Es por esto que el tribunal determinó que la interpretación de una cláusula NMF debe regirse por una nueva regla: que la cláusula NMF de un tratado no debe incorporar las cláusulas de resolución de disputas de otros tratados sin que la cláusula NMF en el tratado básico indique *expresamente* que eso fue la intención de las partes contratantes.⁶⁶

En el caso del APPRI Chipre-Bulgaria, el Tribunal en Plama tomó nota de la ausencia de la frase amplia “todas materias regidas por el tratado”. Además el Tribunal observó que cuando se celebró el tratado Chipre-Bulgaria, Bulgaria tenía un gobierno comunista que como política había preferido tratados de inversión con protecciones limitadas para inversionistas y con cláusulas arbitrales limitadas.⁶⁷ Además, el Tribunal observó que casi una década después de la celebración del APPRI, Chipre y Bulgaria intentaron (sin éxito) renegociar ciertos aspectos del tratado, en particular, la cláusula arbitral, lo que indicaba que los Estados contratantes no consideraban que la cláusula NMF automáticamente modificaba la cláusula arbitral.⁶⁸

El tribunal también enfatizó que la parte demandante en el caso Plama había intentado ignorar por completo la cláusula arbitral del APPRI Chipre-Bulgaria, la cual requería el arbitraje *ad hoc* bajo las reglas CNUDMI, y no frente al CIADI. Según el tribunal, esto distinguía el caso Plama del caso

63 Plama, ¶ 209.

64 *Ibidem*, ¶ 193.

65 *Ibidem*, ¶¶ 198-99.

66 *Ibidem*, ¶¶ 212.

67 *Ibidem*, ¶ 196.

68 *Ibidem*, ¶¶ 196-97.

Maffezini y Siemens. El tribunal observó que “en ninguno de los otros casos se determinó que la cláusula de resolución de disputas se reemplazaron *in toto* con previsiones contenidas en otro tratado”. El tribunal observó que “es una cosa añadir al tratamiento proveído en un tratado con tratamiento más favorable contenido en otro tratado. Es otra cosa reemplazar el procedimiento específicamente negociado con un mecanismo distinto”.⁶⁹

Curiosamente, aunque el Tribunal en Plama efectivamente rechazó el análisis de la decisión en Maffezini, se rehusó a rechazarlo por completo. El Tribunal en Plama (tal como el Tribunal en Salini), entendió la decisión Maffezini como una decisión limitada por sus “circunstancias excepcionales”.⁷⁰ El Tribunal de Plama entendió que el caso Maffezini se trataba de un requerimiento “curioso” y “sin sentido” de adjudicar una disputa por 18 meses en cortes locales antes de iniciar un arbitraje, sin tener que esperar por una decisión por dichas cortes. El punto crítico para el Tribunal en Plama era que si bien el demandante en Maffezini evitó este requerimiento de 18 meses y tuvo acceso al arbitraje dentro de un plazo más corto, el consentimiento fundamental de España a someterse al arbitraje frente al CIADI no resultó afectado por la aplicación de la cláusula NMF.⁷¹

No obstante esta justificación limitada de la decisión en Maffezini, el Tribunal de Plama (tal como el Tribunal en Salini) criticó las exenciones de orden público expresadas en Maffezini, encontrándolas difíciles en aplicar y sin base normativa. Para el Tribunal de Plama, estas excepciones eran meramente un intento de parte del Tribunal de Maffezini de limitar la amplitud de su decisión, además, eran un reconocimiento implícito del peligro de la aplicación de la cláusula NMF a los derechos arbitrales.⁷²

Al fin y al cabo la decisión en Plama representó un nuevo punto de partida que llegó a influir otro ramo de decisiones. Este punto de partida, informado por una preocupación de la ambigüedad del proceso de interpretación llevado a cabo en Maffezini y Siemens, y del peligro del abuso de cláusulas NMF, se basa en una normativa que valoriza como el elemento de mayor importancia el consentimiento claro y sin ambigüedad al arbitraje. Dicha normativa necesariamente resulta en una interpretación más limitada de cláusulas NMF y claramente pone el cargo de la prueba en

⁶⁹ Plama, ¶¶ 209-10 (traducción del autor).

⁷⁰ *Ibidem* ¶ 224 (traducción del autor).

⁷¹ *Ibidem* ¶ 224 (traducción del autor).

⁷² *Ibidem* ¶¶ 217-21.

inversionistas en establecer que la cláusula NMF deber aplicar a derechos arbitrales.⁷³

D. *Wintershall c. Argentina (2008)*

En el caso Wintershall la norma establecida en Plama fue aplicada a hechos que presentaban la misma controversia tratado por el Tribunal en el caso Siemens, pero resultó en una determinación completamente opuesta. Wintershall era un arbitraje CIADI iniciado por una empresa Alemana contra la República de Argentina bajo el mismo APPRI Alemania-Argentina analizada en el caso Siemens.⁷⁴ Igual al caso Siemens, los demandantes en el caso Wintershall invocaron a la cláusula NMF del APPRI para evitar el requerimiento contenido en la cláusula arbitral del APPRI de someter disputas a cortes nacionales por un periodo de 18 meses antes de iniciar un arbitraje.⁷⁵ Esta vez, el Tribunal rechazó dicha invocación.

El Tribunal en Wintershall plenamente adoptó el análisis de Plama. Observando que el proceso de interpretación de tratados a veces puede resultar en la creación, en vez del descubrimiento, del sentido del texto o la intención de las partes (una preocupación sugerida por el Tribunal en Plama), el Tribunal en Wintershall adoptó una posición de interpretación estricta del APPRI.⁷⁶ Por lo tanto, el Tribunal se rehusó en considerar el propósito del APPRI, afirmando que “no hay lugar para ninguna presunta intención de las partes contratantes de un tratado bilateral, como base

⁷³ Varios autores y juristas dieron un visto favorable a la decisión en Plama por su análisis cuidadoso y respetuoso de los principios de arbitraje. Véase, por ejemplo, McLachlan et al., *International Investment Arbitration* § 7.168 (2007) (“It is submitted that the reasoning of the Tribunal in *Plama* is to be strongly preferred over that in *Maffezini*”). Sin embargo, otros criticaron la decisión como demasiado rígida y han argüido que el análisis de *Plama* era *orbiter dictum* ya que el Tribunal aceptó jurisdicción de ciertos reclamos bajo el Tratado de la Carta de Energía. Véase Renta (ver nota 2), ¶ 95; Pia Acconci, “Most-Favoured-Nation Treatment”, en Peter Muchlinksi (ed.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 394, 402. Se debe notar que el tribunal en Renta adoptó la punta de partida normativa de Maffezini y, por lo tanto, se vio obligado a responder al análisis de Plama. Renta, ¶¶95-100. Además no obstante las objeciones contra Plama, la decisión en Plama ha tenido una gran influencia sobre tribunales subsiguientes.

⁷⁴ Wintershall Aktiengesellschaft c. La República Argentina, Caso CIADI No. ARB/04/14, 8 diciembre 2008 (“Wintershall”), ¶ 1.

⁷⁵ Wintershall, ¶ 18.2.

⁷⁶ *Ibidem*, ¶ 91.

independiente de interpretación, porque ello abre la posibilidad de que un intérprete (en muchos casos, con la mejor de las intenciones) altere el texto del tratado para hacerlo coincidir mejor con lo que él (o ella) considere el ‘verdadero fin’ del tratado”.⁷⁷ Tal como el Tribunal en Plama, en *Wintershall* determinó que el propósito del APPRI resulta ser limitado por el texto del mismo APPRI.⁷⁸

Para el Tribunal en *Wintershall* el factor fundamental de ser considerado era el consentimiento del Estado a someterse al arbitraje, que el Tribunal determinó no debe ser basado en presunciones. El Tribunal observó que el consentimiento del Estado se expresa en los términos específicamente negociados y contenidos en la cláusula arbitral del APPRI, la cual representa la oferta abierta del Estado a los inversionistas del otro Estado contratante.⁷⁹ Por lo tanto, el requerimiento de someter disputas a cortes nacionales por 18 meses forma una parte fundamental de dicha “oferta abierta”. la cual tiene que ser aceptada por un inversionista en los mismos términos establecidos en el APPRI para permitir un arbitraje legítimo.⁸⁰ Por lo tanto, el periodo de 18 meses resulta ser un requerimiento jurisdiccional que sólo puede ignorarse (conforme a la regla establecida en Plama) “mediante alguna extensión ‘legítima’ de los derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula (de la NMF), es decir, cuando el mismo texto de la cláusula de la NMF del Artículo 3 permita al intérprete del tratado llegar a la conclusión de que ésa era la intención clara e inequívoca de las Partes Contratantes”.⁸¹

En el caso del APPRI Alemania-Argentina, el Tribunal en *Wintershall* determinó que la cláusula NMF carecía de ese lenguaje claro y sin ambigüedad. Al contrario, para el Tribunal, el hecho de que el APPRI contenía dos cláusulas NMF distintas, era de suma importancia. El Tribunal en *Siemens* había entendido la cláusula NMF contenida en el artículo 4o. del APPRI como una cláusula que simplemente reflejaba “cuestiones de particular interés *ex abundante cautela*” y se basó exclusivamente sobre la cláusula NMF en el artículo 3o.⁸² El Tribunal en *Wintershall*, sin embargo, observó que aún

⁷⁷ *Ibidem*, ¶ 88.

⁷⁸ *Ibidem*, ¶ 154.

⁷⁹ *Ibidem*, ¶ 160.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Wintershall*, ¶ 172.

⁸² Véase discusión anterior sobre *Siemens*. El Tribunal en *Wintershall* criticó esta determinación del Tribunal en *Siemens*, ya que resultó en dejar la cláusula NMF en el Artículo 4 sin sentido substancial. El Tribunal en *Wintershall* concluyó que esto violó el principio de *effet util*. *Wintershall*, ¶ 185.

enfocándose en el artículo 3o., la cláusula NMF contenida en ella carecía de la frase general “*en todas las materias regidas* [por el tratado]” que había estado presente en el caso Maffezini, y por lo tanto el Tribunal determinó que la formulación de la cláusula NMF en el artículo 3o. era ambiguo. Además, el Tribunal en Wintershall concluyó que la existencia de la cláusula NMF en el artículo 4o. no se podía ignorar. El Tribunal observó que el artículo 4o., el cual establecía los derechos relativos a la protección legal y la expropiación, necesariamente excluía del ámbito de la cláusula NMF contenida en el artículo 3o. del APPRI cualquier tratamiento relacionado a dichos derechos. Además, ya que la cláusula NMF contenida en el artículo 4o. expresamente se limitaba a lo contenido de ese artículo (es decir, la protección legal y la expropiación), dicha cláusula excluye los derechos procesales contenidos en la cláusula arbitral del APPRI. Por lo tanto, bajo el principio de *ejusdem generis*, analizado sin consideración del supuesto propósito u objeto del APPRI, la cláusula NMF no podía ser invocada para modificar la cláusula arbitral del tratado.⁸³

Curiosamente, en un reconocimiento de la influencia que la decisión en Maffezini todavía ejerce (así como el hecho de que, si bien dicha decisión ha sido criticada y limitada por otros tribunales, ninguno lo ha rechazado por completo), el Tribunal en Wintershall también basó su decisión en un análisis alternativa que era consistente con el análisis de Maffezini. Específicamente, el Tribunal en Wintershall observó que el tratado básico, el APPRI Alemania Argentina, ofrece únicamente un mecanismo de arbitraje —el arbitraje CIADI— una vez que las precondiciones sean cumplidas. Sin embargo, el tratado invocado por los Demandantes a través de la cláusula NMF, el APPRI entre Argentina y los Estados Unidos, permite a los inversionistas elegir entre un arbitraje CNUDMI o un arbitraje CIADI. De esta manera los demandantes estaban intentando reemplazar un mecanismo de arbitraje específico y determinado con una cláusula que permitía una opción de dos mecanismos, lo que constituía una violación de una de las excepciones de orden público establecidos en Maffezini.

La decisión en el caso Wintershall demuestra una aplicación de la normativa establecida en Plama que abarca sus conclusiones lógicas. Se puede observar en la decisión una interpretación más conservadora de la cláusula NMF que rechaza cualquier intento de definir, de manera generalizada, el propósito y/u objetivo del APPRI. Notablemente, si bien el Tribunal en Wintershall hace referencia al caso Ambatielos como base del principio general de *ejusdem generis*, el Tribunal ignora por completo el lenguaje en

⁸³ *Idem.*

Ambatielos referente a “cuestiones relacionados con la administración de justicia” sobre el cual se basó Maffezini y Siemens. Plama y Salini ya habían observado que ese lenguaje trataba sobre derechos substantivos y, por lo tanto, no tenía aplicación a la cuestión presentada al Tribunal. Al fin y al cabo el Tribunal en Wintershall analizó una sola pregunta: existe en la cláusula NMF lenguaje que claramente indique que la cláusula NMF aplica a los derechos procesales de la cláusula arbitral?

III. LA POSIBILIDAD DE COMPATIBILIDAD: PAUTAS DERIVADAS DE LA DECISIONES

Como se ha visto en el apartado anterior, las decisiones sobre la aplicación de cláusulas NMF subsiguientes al caso Maffezini han llegado a conclusiones distintas y, a veces, directamente contradictorias. Esas conclusiones distintas no se basan tanto en las diferencias en las formulaciones de las cláusulas NMF en cada tratado ya que, como se ha visto, en muchos de los casos, los tribunales analizaron textos similares y, tal como se observó en los casos Siemens y Wintershall, hasta el mismo texto. Las conclusiones distintas se pueden entender con base en dos factores fundamentales. Primero, el objetivo de los demandantes que motivó la invocación de la cláusula NMF suelen tener una relación importante con la determinación final del tribunal en cada caso. Segundo, y de mucho más importancia, las conclusiones finales de los tribunales están estrechamente relacionadas a la disposición normativa de cada tribunal con respecto al valor relativo de, por un lado, la protección y promoción de inversiones y/o inversionistas y, por el otro, el consentimiento de los Estados parte al arbitraje internacional. Con base en estos factores se puede derivar de los varios casos una “jurisprudencia” dualística, según la cual cada caso se puede categorizar dentro de dos líneas de decisiones: (i) una que expresa o implícitamente sigue el análisis de Maffezini y que generalmente se guía por el objetivo general de APPRI de proteger y promover inversiones,⁸⁴ y (ii) otra que sigue la norma analítica expresado

⁸⁴ Cabe destacar dos laudos jurisdiccionales emitidos posteriormente al Segundo Foro de Arbitraje en Materia de Inversiones, Impreglio c. República Argentina (Caso CIADI ARB/07/17), 21 de junio de 2011 (“Impreglio”) y Hochtief AG c. República Argentina (Caso CIADI ARB/07/31), 24 de octubre de 2011 (“Hochtief”). En ambos casos los demandantes invocaron las cláusulas NMF de APPRI argentinos para evitar el requerimiento de someter disputas ante cortes nacionales por un periodo de 18 meses. En ambos casos los tribunales aceptaron la jurisdicción en gran parte basado en el análisis del caso Maffezini. En ambos casos hubo un miembro del Tribunal que emitió una opinión disidente basado en un análisis semjanete al análisis del caso Plama.

en el caso Plama y percibe como el elemento primordial el consentimiento expreso y claro de Estados al arbitraje.

No obstante la existencia de esta jurisprudencia dualística, y las conclusiones divergentes y contradictorias que dicha jurisprudencia ha generado, existen ciertos aspectos de estas decisiones sobre las cuales ciertos criterios se pueden empezar a definir. De estos se pueden derivar ciertas pautas que no sólo ayudan a explicar las decisiones sino que también pueden servir como guías para la conducta de los varios actores en el sistema de arbitraje en materia de inversiones.

1. *El texto*

El primer criterio es el texto de la cláusula NMF analizada por cada tribunal. Aunque, como se ha detallado, el texto de una cláusula NMF como un factor independiente no es suficiente para explicar las decisiones divergentes de varios tribunales, en algunos casos específicos la formulación de la cláusula NMF tenía un papel determinante. Cuando la formulación de la cláusula NMF fácilmente se puede caracterizar como amplia, tribunales han consistentemente concedido la jurisdicción arbitral a través de dicha cláusula. Esto es particularmente el caso si se puede determinar que la cláusula NMF contiene texto que en sus propios términos aplica el tratamiento NMF a “toda materia sujeto al tratado”. El ejemplo claro es el caso Maffezini, donde la cláusula NMF en sus propios términos aplicaba a “toda materia de[] tratado”.⁸⁵ No obstante que varios tribunales subsiguientes a Maffezini han criticado la decisión en ese caso, ningún tribunal, ni siquiera los tribunales en Plama y Wintershall ha afirmado que el tribunal en Maffezini llegó a una conclusión errada. Más bien, aún en las decisiones en que hubo las más fuertes críticas del análisis en Maffezini (por ejemplo en los casos Plama y Wintershall), los tribunales se empeñaron en justificar el resultado en el caso Maffezini.

Contrariamente, formulaciones claramente más limitadas, que en sus propios términos limitan el tratamiento NMF a ciertos aspectos definidos, han resultado en el rechazo del intento de invocar la cláusula NMF. Por ejemplo, la cláusula NMF en el artículo 4o. del APPRI Alemania-Argentina, analizado en los casos Siemens y Wintershall, expresamente limita al tratamiento NMF a los derechos de protección de la ley y la expropiación. Si bien el tribunal en Siemens aceptó la jurisdicción, este se basó en la cláusula

⁸⁵ Véase también Impreglio, ¶ 108 (hacienda hincapie del hecho que la cláusula NMF del APPRI Argentina-Italia contiene una formulación amplia que aplica tratamiento NMF a “todas las demás cuestiones” bajo el tratado).

más amplia contenida en el artículo 3o. del APPRI Alemania-Argentina. El Tribunal se vio obligado a minimizar la importancia y relevancia de la cláusula NMF en el artículo 4o., algo que fue criticado por el tribunal en Wintershall. La importancia del texto de la cláusula NMF también se vio en el caso *Renta4 c. Rusia*, el caso previamente citado en la parte I, *supra*. En ese caso, un arbitraje iniciado bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo, el Tribunal expresamente adoptó el análisis y razonamiento de *RosinvestCo* (una decisión muy similar, e implícitamente basado en el análisis de *Maffezini*).⁸⁶ Sin embargo, el Tribunal en *Renta4* rechazó la jurisdicción vía la cláusula NMF, porque el texto de dicha cláusula específicamente limitó el tratamiento NMF al derecho substantivo del tratamiento justo y equitativo.⁸⁷

2. *El propósito de la aplicación de la cláusula NMF*

El objetivo por el cual el inversionista intenta invocar la cláusula NMF también ha sido un factor determinante en los casos arbitrales relevantes, particularmente si dicho objetivo modificaría algo fundamental del tratado (y por lo tanto de la clara intención de las partes). Por ejemplo, con la excepción de *Wintershall*, en todos los casos en que el demandante simplemente intenta evitar un requerimiento de un plazo de tiempo (por ejemplo, los 18 meses de litigio frente a una corte nacional requerido en algunos APPRI de Argentina), el tribunal ha aceptado la jurisdicción. Contrariamente, la línea de casos que siguen el análisis de *Plama* se pueden distinguir de la línea de casos que siguen *Maffezini*, en parte, con base en que, por lo general, los casos de la “línea *Plama*” los demandantes intentaron modificar la cláusula arbitral del tratado básico de una manera más drástica y substantivo que una simple evasión de un plazo temporal (por ejemplo, el intento en el caso *Plama* de sustituir un mecanismo arbitral (*ad hoc*) por otro (CIADI), o el intento en el caso *Salini* de incluir disputas contractuales en una cláusula arbitral que había expresamente excluido dichos reclamos).⁸⁸

⁸⁶ *Renta*, ¶¶98-99.

⁸⁷ *Renta*, ¶¶118-19.

⁸⁸ Véase también, por ejemplo, *Técnicas Medioambientales TecMed S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. ARB/00/2 (Laudo 29 de mayo de 2003) (“*TecMed*”) (intento de aplicación retroactiva del APPRI); *Telenor c. Hungría*, caso CIADI No. ARB/04/15 (Laudo, 13 de septiembre de 2006) (ampliar el ámbito de una cláusula arbitral expresamente limitada); *MCI Power Group c. Ecuador*, caso CIADI

Esta aparente relación entre el objetivo de las demandantes y la determinación final del tribunal, implica que en todos los casos sobre la cláusula NMF, los tribunales expresa o implícitamente (aún en casos donde el tribunal lo niega) están llevando a cabo un análisis de *ejusdem generis*. Este análisis da primacía a la intención de las partes. Las decisiones, particularmente las decisiones de la “línea Plama”, sugieren que hay ciertos aspectos de un tratado que son tan fundamentales o tan “esenciales y críticos” que no pueden quedar dentro del ámbito de la cláusula NMF sin lenguaje expreso al contrario. Estas decisiones también sugieren una visión más específica del objeto y propósito del tratado. Es decir, en su interpretación del APPRI conforme la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, los tribunales en Renta y Plama, y casos semejantes, examinaron no el “objeto y propósito” de tratados de inversión en general, sino el objeto y propósito del tratado específico sobre el cual el tribunal se estaba pronunciado. Estos tribunales examinaron un objeto y propósito que resulta ser definido por las limitaciones expresadas en el tratado relevante.

En fin, y de forma sumario, ciertos criterios se pueden deducir que pueden de forma limitada guiar las expectativas de los actores en el sistema de tratados de inversión. Estos son:

- Un texto que aplica tratamiento NMF a “todos aspectos” o “todas cuestiones” de un tratado, en general, ha resultado en la aplicación de la cláusula NMF a cláusulas arbitrales.⁸⁹
- Un texto que especifica y expresamente limita su aplicación a ciertos derechos substantivos u otros elementos (por ejemplo al trato justo y

No. ARB/04/15 (Laudo, 26 de Julio de 2007) (intento de aplicación retroactiva del APPRI).

⁸⁹ El caso Vladimir Berschader y Moïse Berschader *c.* Federación Rusa (caso SCC N° 080/2004).

Laudo del 21 de abril de 2006 (“Berschader”), en el cual el tribunal rechazó la jurisdicción no obstante una cláusula NMF que aplicaba tratamiento NMF a “todas las demás cuestiones reguladas por este Tratado”, realmente es consistente con esta pauta. Tal como explicó el tribunal en el caso Impreglio: “La cláusula NMF en el caso *Berschader* disponía que se aplicaría ‘particularmente a los Artículos 4, 5 y 6’ (traducción del Tribunal), es decir, trato justo y equitativo, no expropiación y libre transferencia de fondos, pero no incluía dentro de la lista al Artículo 10 del [APPRI] que versaba sobre la resolución de controversias; en consecuencia, el tribunal concluyó que el sentido corriente de ‘todas las demás cuestiones reguladas por este Tratado’ no era que la cláusula NMF se extendía a todas las cuestiones reguladas en el Tratado”. Impreglio ¶ 108 n. 29.

equitativo) en general, NO ha resultado en la aplicación de la cláusula NMF a cláusulas arbitrales.

- La cláusula NMF, por lo general, ha sido aplicada para evitar condiciones temporales que no afectan el consentimiento del Estado a un mecanismo particular de arbitraje (por ejemplo el requerimiento de someter disputas a cortes nacionales por un periodo de 18 meses).
- La cláusula NMF, por lo general, NO ha sido aplicado para evitar asuntos que se pueden considerar fundamentales o “esenciales y céntricos”, como, por ejemplo, la no retroactividad de las protecciones concedidas en un tratado.
- La cláusula NMF, por lo general, NO ha sido aplicado para evitar limitaciones expresas o mecanismos específicos establecidos en la cláusula arbitral, como, por ejemplo, el consentimiento a un mecanismo particular de arbitraje (por ejemplo, el arbitraje *ad hoc*).
- La cláusula NMF, por lo general, NO ha sido aplicado para evitar limitaciones, así sean expresas, sobre las clases de disputas que son arbitrables, como por ejemplo, la exclusión expresa de disputas contractuales.
- Finalmente, una pauta básica que los tribunales desafortunadamente no han tratado en sus decisiones, pero que debe guiar todo análisis, es que la cláusula NMF no debe ser aplicada cuando no se ha establecido que el derecho que se espera incorporar al tratado básico es, en realidad, más favorable que el derecho ya otorgado por dicho tratado básico.⁹⁰

IV. LA IMPOSIBILIDAD DE COMPATIBILIDAD: LA JURISPRUDENCIA DUALÍSTICA

Si bien se puede derivar ciertas pautas limitadas de las decisiones contradictorias sobre la cláusula NMF, cualquier intento de hacer estas decisiones compatibles resulta frustrado por el hecho, ya mencionado, que una gran parte de la divergencia en las decisiones derive del preconcepto normativo de los árbitros con respecto a, por un lado, la protección y promoción de inversión o, del otro, el consentimiento claro y sin ambigüedad al arbitraje.

Este conflicto se vio más profundamente en los casos Siemens y Winter-shall. Ambos casos se iniciaron con base en el APPRI entre Alemania y Argentina y los demandantes en cada casa intentaron aplicar las mismas cláu-

⁹⁰ Para una crítica del hecho que pocos tribunales han analizado la cuestión de si el derecho solicitado a través de la cláusula NMF es, en la actualidad, más favorable, véase Cole y Agrawi (véase nota 45), § 8.

sulas NMF para el mismo propósito de evitar el requerimiento de someter disputas frente a cortes nacionales por 18 meses. Sin embargo cada tribunal llegó a conclusiones opuestas: el tribunal en Siemens, admitió la jurisdicción, mientras que el tribunal en el caso Wintershall, lo rechazó.

No obstante la preocupación que esta divergencia ha generado, la situación actual, si bien difícil y complicada, no es tan caótica como algunos piensan. Como se ha explicado, aún con estas decisiones divergentes, se pueden derivar ciertas pautas generales que pueden ser utilizados por las partes en el sistema de arbitraje en materia de inversiones.

Además, es importante enfatizar, como algunos tribunales han hecho, que la controversia sobre las cláusulas NMF se ha planteado, al fin y al cabo, en un sistema de *arbitraje* que, por su propia naturaleza, no tiene jurisprudencia en el sentido tradicional, es decir no existen precedentes jurídicos. Cada tribunal tiene que analizar el caso que se presente, así como las cláusulas específicas, y las circunstancias específicas del caso.

Si bien habrá divergencias, aún con respecto a los preceptos normativos de los árbitros, esto es simplemente parte del debate e intercambio de ideas que ocurre entre tribunales autónomos y distintos dentro del sistema internacional de arbitraje en materia de inversiones. Cuando se habla sobre “jurisprudencia” en el ámbito de inversión internacional, no se habla de precedentes o un sistema de jurisprudencia *de jure* (las cuales no existen en el sistema de arbitraje). Se refiere, en cambio, al proceso en que tribunales en materias de inversiones consideran, y con más frecuencias, se basan en decisiones de otros tribunales que han considerado cuestiones similares, lo que se facilita a través de la publicación de la mayoría de las decisiones arbitrales. Es en este proceso que se desarrolla lo que algunos autores han llamado el “derecho común de protección de inversiones, con un entendimiento compartido (en gran parte) de normas generales”.⁹¹ “Este sistema *de facto* de precedentes que se observa en arbitraje en materia de inversiones no necesariamente genera consistencia. Lo que resulta es una extensiva y útil circulación de ideas entre tribunales con respecto a nuevas y difíciles cuestiones de derecho”.⁹² Además, Estados e inversionistas pueden participar y, de cierta manera, definir ciertos aspectos de este discurso. Por ejemplo, los Estados pueden modificar sus APPRI, e inversionistas pueden estructurar

⁹¹ McLachlan *et al.*, *International Investment Arbitration* § 1.50, 2007 (traducción del autor).

⁹² Shore, Laurence y Figueroa, Kenneth Juan, “Dissents, concurrences and a necessary divide between investment and commercial arbitration”, *3 Global Arbitration review*, 18, 19, 2008 (traducción del autor).

sus inversiones de alguna forma especial que toma en cuenta, o reacciona al estado actual del derecho. Con el tiempo, puede ser que este debate e intercambio de ideas rinda un consenso general sobre las normativas aplicables a las cláusulas NMF.⁹³

Como se ha explicado en la parte III de este artículo, ciertas áreas de este consenso, que aún está en un proceso de desarrollo, ya pueden definirse. Cabe destacar, por ejemplo, que, hasta la fecha actual, la aplicación de cláusulas NMF a cláusulas arbitrales ha sido relativamente limitada. La única situación en que tribunales tienden a autorizar la aplicación de la cláusula NMF es para evitar un requerimiento de un plazo temporal semejante a los que se presentó en el caso Maffezini. Con excepciones muy raras, otros intentos de invocar la cláusula NMF han sido rechazados.

Además, y de mayor importancia, los actores en el sistema también han empezado a definir el debate, ya que algunos Estados han renegociado sus tratados de inversión en reacción a la jurisprudencia actual. Por ejemplo los Estados Unidos, en su modelo de APPRI y en el TLCAN, ha expresamente aclarado que la cláusula NMF en dichos tratados no es aplicable a las cláusulas de resolución de disputas. El Reino Unido, contrariamente, ha establecido en su modelo de APPRI que la cláusula NMF se puede aplicar a la cláusula de resolución de disputas. Al fin y al cabo, las renegociaciones de estos tratados, ya sea para una aplicación más amplia o más limitada de la cláusula NMF, aclarará la situación para todos, lo que implica una mayor utilidad para todos.

V. CONCLUSIÓN

Como se ha demostrado, existe una divergencia e inconsistencia en las decisiones sobre la aplicación de las cláusulas NMF a las cláusulas arbitrales de APPRI. Sin embargo, esta inconsistencia no debe causar mayor preocu-

⁹³ El referido debate ocurre incluso dentro de los mismos tribunales arbitrales. En dos casos recientes, los casos Impreglio y Hochtief, los árbitros Brigitte Stern (en el caso Impreglio) y J. Christopher Thomas (en el caso Hochtief) emitieron opiniones concurrentes y disidentes que presentaron críticas importantes a las decisiones de las mayorías de los respectivos tribunales. Dichas decisiones fueron emitidas posteriormente a la Conferencia FAMI, y por lo tanto, no son tratados en detalle en este artículo. Sin embargo, cabe señalar que opiniones disidentes como los de los árbitros Stern y Thomas son importantes y beneficiosos, ya que requiere a los árbitros de la mayoría intentar de abordar directamente (y, se espera, rigurosamente) el análisis opuesta en vez de simplemente basarse en la categoría de la jurisprudencia dualística que más conviene sus preconceptos normativos.

pación. No obstante las decisiones distintas y contradictorias, se pueden identificar dos líneas generales de decisiones: una que sigue el análisis en el caso Maffezini, y otra que sigue el análisis en el caso Plama. Además, se pueden determinar ciertas pautas que nos ayudan a entender el impacto de dichas decisiones. Estas pautas identifican los contornos de un consenso aún en pleno desarrollo. Sin embargo, dichas pautas, si bien limitadas, aún pueden guiar a los actores en el sistema de arbitraje en materia de inversiones, ya sea Estados, inversionistas, árbitros, o representantes legales.

Dichas pautas tienen carácter general, y obviamente, quedan sujetas a cambios derivados del continuo discurso entre tribunales con respecto a cláusulas NMF. A lo largo de este discurso ya se pueden observar cambios de parte de ciertos actores. Al fin y al cabo, las pautas discutidas pueden ser el primer paso a un consenso, una jurisprudencia, y una práctica bien establecida y consistente que tal vez no está muy lejos en el futuro.