

# **ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA A TRAVÉS DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA: LECCIONES EXTRAIDAS DE LA RECIENTE PRÁCTICA ARBITRAL INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES EXTRANJERAS**

**Enrique Fernández Masiá\***

Sumario: I. LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES –TPPI-. II. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA. A LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UNA RESPUESTA AFIRMATIVA EN LOS CASOS MAFEZZINI C. ESPAÑA, SIEMENS C. ARGENTINA Y GAS NATURAL C. ARGENTINA. III. LÍMITES A LA COMPETENCIA: SALINI C. JORDANIA Y PLAMA C. BULGARIA. IV. UNA SOLUCIÓN LÓGICA: EL CONCRETO LENGUAJE DE LA CLÁUSULA Y LA INTENCIÓN DE LAS PARTES CONTRATANTES. V. VALORACION FINAL.

## **I. LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MAS FAVORECIDA EN LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES –TPPI-**

1. El arbitraje en inversiones extranjeras es hoy en día un fenómeno en franca expansión<sup>1</sup>. La razón fundamental de este despertar se encuentra en el cada vez mayor entramado de Tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones –TPPI-. Estos TPPI constituyen, en la actualidad, y a falta de un gran instrumento multilateral,

---

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Castilla-La Mancha. Este trabajo es una versión mejorada y aumentada del que salió publicado en el número de octubre de 2006 en la Revista brasileira de arbitragem.

© Enrique Fernández Masia. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> Vid. recientemente, UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, Ginebra, 2005, disponible en <http://www.unctad.org>. Ya en Mayo de 2003, en la reunión celebrada en Madrid por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de la Cámara de Comercio Internacional se mostró un gran interés por el incremento constante de los casos de arbitraje para resolver los pleitos surgidos en materia de inversiones extranjeras, organizándose un coloquio sobre dicho tema, cuyo informe titulado “Arbitraje internacional y protección de las inversiones” fue publicado por la Secretaría del Comité español de la CCI en el *Anuario de Justicia Alternativa*, n.º.4, 2003, pp.267-273. En este informe ya se apuntaba que “estamos ante una notoria evolución que vislumbra una tercera vía entre el arbitraje comercial puro y el arbitraje entre Estados del derecho internacional público, un “animal” nuevo que deberá concretarse en el futuro con los casos que surjan de ahora en adelante”, cit., p.273.

los instrumentos básicos de regulación de la protección jurídica de las inversiones extranjeras<sup>2</sup>. En los mismos y configurándose como una garantía más de protección de las inversiones, se incluyen disposiciones que contemplan los métodos de resolución de controversias entre Estado-inversor<sup>3</sup>. Entre estos mecanismos, el arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferente, lo que ha provocado que, de forma cada vez más habitual, los tribunales arbitrales hayan tenido que interpretar las diferentes cláusulas y disposiciones materiales contempladas en estos TPPI que buscan asegurar un determinado estándar de protección<sup>4</sup>. La interpretación de la obligación de otorgar un tratamiento justo y equitativo, en qué consiste el trato nacional, cual es el ámbito de

---

<sup>2</sup> Sobre estos TPPI y el nivel de protección otorgado por éstos puede consultarse, GARCIA RODRIGUEZ, I.; *La protección de las inversiones exteriores. Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; MAURO, M.R.; *Gli accordi bilaterali sulla promozione e la protezione degli investimenti*, Turin, Giappichelli, 2003; DOLZER, R. y STEVENS, M.; *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Kluwer, 1995; MIGLIORINO, L.; *Gli Accordi internazionali sugli investimenti*, Milán, Giuffré, 1989; LAVIEC, J-P.; *Protection et promotion des investissements*, París, PUF, 1985.

<sup>3</sup> R. DAÑINO, antiguo Secretario General del CIADI, en su discurso inaugural del Simposium “Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda”, organizado conjuntamente por la UNCTAD, el CIADI y la OCDE, París, 12 de diciembre de 2005, pone de manifiesto la interrelación existente en el cada vez mayor número de TPPI bilaterales y multilaterales existentes y el incremento de la litigiosidad, mediante la puesta en práctica de los mecanismos de solución de controversias previstos en dichos Convenios, en especial, mediante el arbitraje internacional. En general sobre esta cuestión, Vid. BEN HAMIDA, W.; “L’arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents”, *Journ.dr.int.*, n°.2, 2004, pp. 419-441; BÖCKSTIEGEL, K-H.; “General Introduction to Investment Treaty Arbitration”, en *Investment treaties and arbitration*, ed. G. Kaufmann-Kohler y B. Stucki, Basilea, ASA, 2002, pp. 1-7; DERAIS, Y.; “L’impact des accords de protection des investissements sur l’arbitrage” *Gaz.Pal.*, Vol. 121, n°.3, 2001, pp. 631-635; GAILLARD, E.; “L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », *Rev.arb.*, n°.3, 2003, pp.853-875; OBADIA, E. ; ICSID, “Investment Treaties and Arbitration : Current and Emerging Issues”, *News from ICSID*, Vol.18, n°.2, 2001, pp.4 y ss; VON MEHREN, G.M., SALOMON, C.T. y PAROUTSAS, A.A.; “Navigating through Investor-State Arbitrations – An Overview of Bilateral Investment Treaty Claims”, *Dispute Resolution Journal*, Vol.59, n°.1, 2004, pp.69-77.

<sup>4</sup> Los datos suministrados por el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –CIADI- en sus últimos informes anuales son claros al respecto. Así, por ejemplo, en el Informe anual del año 2004 se refleja que de los treinta nuevos casos iniciados ante el Centro, veinticuatro de los mismos han sido presentados conforme a cláusulas de arbitraje CIADI incluidas en Tratados de protección y promoción de inversiones. El CIADI es una institución arbitral que fue establecida por el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (BOE n°.219, de 13 de septiembre de 1994). El arbitraje CIADI es el más utilizado en el ámbito de las inversiones internacionales debido a sus características específicas en relación con el resto de arbitrajes internacionales, en especial, por sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales nacionales y su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Vid. sobre este procedimiento arbitral, BROCHES, A.; “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Explanatory Notes and Survey of its Application”, *Y.B.Com.Arb.*, Vol.18, 1993, pp.627 y ss; FERNANDEZ MASIA, E.; *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; HIRSCH, M.; *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993; SCHREUER, C.; *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; VIVES CHILLIDA, J.A.; *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, McGrawHill, 1998.

una “umbrella clause” o qué debemos entender por expropiación, son ejemplos claros de lo aquí manifestado<sup>5</sup>.

2. Entre estas cláusulas materiales ha venido ocupando un lugar principal en la mayoría de los TPPI existentes la denominada cláusula de la nación más favorecida<sup>6</sup>. Tal cláusula tiene, en el concreto ámbito de la protección de las inversiones extranjeras, el efecto de beneficiar a todos los inversores cubiertos por el TPPI que la contempla (Tratado de base) de un tratamiento no menos favorable que el que sea otorgado a los inversores en otros TPPI que hayan sido concluidos por los Estados parte (Tratados con terceras partes)<sup>7</sup>. Este tipo de cláusulas cumplen una doble función en estos acuerdos: por una parte, constituyen un instrumento de gran importancia para luchar contra cualquier discriminación entre los distintos inversores en función de su origen, y por otra parte, son un mecanismo excelente para lograr la armonización del Derecho a la protección y promoción de las inversiones internacionales<sup>8</sup>.

3. Aunque este tipo de cláusulas no tienen un alcance universal, pues ello dependerá de su concreta redacción, la aplicación del principio *ejusdem generis* no ha planteado tradicionalmente problemas para extender de forma favorable los distintos derechos contemplados en las disposiciones materiales típicas de estos acuerdos, quedando incluidas, de forma general, las distintas cuestiones referidas al tratamiento de las inversiones<sup>9</sup>. Por el contrario, hasta muy recientemente, los tribunales arbitrales no

---

<sup>5</sup> Sobre estas cuestiones, Vid. entre otros, AA.VV.; *International Investment Law and Arbitration*, Todd Weiler (ed.), Londres, Cameron May, 2005; BISHOP, R.D., CRAWFORD, J. y REISMAN, W.M.; *Foreign Investment Disputes*, The Hague, Kluwer, 2005; AA.VV.; *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Louvaine la Neuve, Anthemis, 2006; KINSELLA, N.S. y RUBINS, N.D.; *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*, Nueva York, Oceana, 2005.

<sup>6</sup> Con relación al origen de esta cláusula, Vid. OCDE, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, Septiembre, 2004, disponible en <http://www.oecd.org>.

<sup>7</sup> En 1978 la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida, ha definido el tratamiento basado en esta cláusula en su artículo 5, señalando que “*Most-favoured-nation treatment is treatment accorded by the granting State to the beneficiary State, or to persons or things in a determined relationship with that State, not less favourable than treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State*”. Este proyecto puede encontrarse en <http://www.un.org/law/ilc/texts/mfnfra.htm>. La definición de qué debe entenderse por Tratado básico y Tratado con una tercera parte, había sido ya claramente establecida por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní, *Reports*, 1952, pp.109 y ss., ya que según este Tribunal, el tratado básico en el que se podía sustentar la pretensión del demandante era el que contiene la cláusula de la nación más favorecida, añadiendo que “*es este Tratado el que establece el nexo jurídico entre el Reino Unido y un tratado con un tercer país y que confiere a ese Estado los derechos de que goza el tercero. Un tratado con un tercero, independiente y aislado del tratado básico, no produce efecto jurídico alguno entre Reino Unido e Irán: es res inter alios acta*”.

<sup>8</sup> GAILLARD, E.; “Chronique du CIRDI”, *Journ.dr.int.*, n.º.1, 2005, p.158.

<sup>9</sup> El principio *ejusdem generis* significa que la 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. Este principio es confirmado por la decisión de la Comisión de Arbitraje establecida para la demanda de Ambatielos entre Grecia y Reino Unido, de 6 de marzo de 1956, Naciones Unidas, *Reports of International Awards*, Vol.XII, 1963, pp.91 y ss., en donde se declara que “*la cláusula de la nación más favorecida sólo puede comprender materias pertenecientes a la misma categoría de asuntos que aquel al que se refiere la propia cláusula*” añadiendo, en relación con el alcance de dicha

habían tenido que manifestarse sobre si el juego de la cláusula de la nación más favorecida cubría igualmente las disposiciones procesales de los TPPI en las que se contemplan los métodos de solución de controversias Estado-inversor, lo que de forma directa, incidía en la decisión adoptada por los mismos sobre la existencia de competencia para conocer del asunto planteado. Es precisamente al análisis de dichas decisiones arbitrales que han tratado de delimitar cual es el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en estos casos a lo que dedicamos el presente trabajo.

## II. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA A LOS MÉTODOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: UNA RESPUESTA AFIRMATIVA EN LOS CASOS MAFEZZINI C. ESPAÑA, SIEMENS C. ARGENTINA Y GAS NATURAL C. ARGENTINA

4. Ante de pasar a examinar lo decidido por los tribunales arbitrales, es conveniente definir cuales son las consecuencias que se pueden derivar de que se adopte una u otra posición al respecto, dadas las múltiples y variadas formas de cláusulas de resolución de controversias existentes en la actualidad en los TPPI. Aunque de forma mayoritaria, las posibilidades ofertadas en estos Tratados al inversor privado para resolver el litigio planteado son básicamente tres, una vez agotado el plazo previo para conseguir un arreglo amistoso: a) acudir a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, b) instar un arbitraje CIADI o c) iniciar un arbitraje internacional basado en el reglamento de la CNUDMI, el grado de interrelación entre estos mecanismos de solución de controversias e incluso su alcance material<sup>10</sup>, invita a

---

cláusula en este asunto concreto, que “*es cierto que ‘la administración de justicia’, considerada en forma aislada, es una materia diferente del ‘comercio y navegación’, pero ello no es necesariamente así cuando se le aprecia en el contexto de la protección de los derechos de los comerciantes. La protección de los derechos de los comerciantes naturalmente se incluye entre las materias que son objeto de tratados de comercio y navegación. Por consiguiente, no puede sostenerse que la administración de justicia, en la medida en que se refiera a la protección de estos derechos, debe necesariamente ser excluida del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida cuando esta última incluye ‘todas las materias relacionadas con el comercio y la navegación’. El problema sólo puede resolverse de conformidad con la intención que hayan tenido las Partes Contratantes según se deduzca de una interpretación razonable del Tratado*”, cit., p.107. En el citado proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida, la CDI señaló en el artículo 8.2 y 9 cual debía considerarse su ámbito de aplicación: “*Artículo 8.2. The most-favoured-nation treatment to which the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, is entitled under a clause referred to in paragraph 1 is determined by the treatment extended by the granting State to a third State or to persons or things in the same relationship with that third State*”, “*Artículo 9.1. Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause*”.

<sup>10</sup> Sobre las divergencias que presentan los TPPI en esta materia y la amplia variedad de mecanismos de arreglos de controversias Estado-inversor previstos en los mismos, Vid. BEN HAMIDA, W.; “L’arbitrage transnational face a un desordre procedural: la concurrence des procedures et les conflits des jurisdictions”, *TDM*, n.º.2, april, 2006; CREMADES, B.; “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties” en *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21<sup>st</sup> Century. Liber Amicorum K-H. Böckstiegel*, Colonia, Carl Heymanns, 2001, pp.149-164; SCHREUER, C.; “Travelling the BIT Route – Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road”, *Journal of World Trade & Investment*, Vol.5, n.º.2, 2004, pp. 231-256; FERNANDEZ MASIA,

hacerse distintas preguntas: ¿Qué ocurre en aquellas ocasiones en donde el TPPI de base no contemple ningún mecanismo de solución de controversias o únicamente la posibilidad de acudir a sus tribunales internos, será posible acudir al arbitraje internacional previsto en otro TPPI invocando la cláusula de la nación más favorecida? ¿Si el Tratado de base incluye un obligado periodo previo para intentar conseguir un arreglo amistoso, será posible obviarlo mediante la aplicación de esta cláusula? ¿Cabe evitar la necesidad de acudir previamente a los tribunales internos antes de plantear un arbitraje internacional si esta exigencia no se prevé en otros Tratados? ¿Es posible incluso, mediante el juego de la cláusula de la nación más favorecida, ampliar el alcance material de una cláusula de resolución de controversias que limite las posibles cuestiones a plantear por parte del inversor? Todas estas preguntas y algunas más, sólo pueden ser respondidas si se da una contestación previa a la cuestión de base planteada: la extensión o no de la cláusula de la nación más favorecida a las disposiciones procesales de los TPPI en las que se contemplan los métodos de solución de controversias Estado-inversor<sup>11</sup>.

5. La primera vez donde se ha planteado esta cuestión ante un tribunal arbitral fue en el caso CIADI Mafezzini c. España<sup>12</sup>. En este asunto, el inversor argentino Emilio Agustín Mafezzini alegaba que las acciones llevadas a cabo por determinados organismos estatales españoles habían causado daños a su inversión en una empresa productora y distribuidora de productos químicos situada en la Comunidad autónoma gallega. El tribunal arbitral, para determinar su competencia, no dudó en aplicar la cláusula de la nación más favorecida para declararse competente para conocer de la controversia suscitada mediante su aplicación a la cláusula de resolución de diferencias contemplada en un TPPI<sup>13</sup>.

En concreto, el inversor argentino había iniciado el procedimiento arbitral CIADI fundamentando, como primera alternativa, la competencia de los tribunales del

---

E.; *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, op.cit., pp.137-146 y 151-159.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión, ACCONCI, P.; "The Most-Favoured-Nation Treatment and International Law on Foreign Investment", *TDM*, Vol.2, n°.5, 2005, pp.19-31; FIETTA, S.; "Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: A Turning Point?", *International Arbitration Law Review*, n°.4, 2005, pp.131-138; FREYER, D.H. y HERLIHY; "Most-Favored-Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How "Favored" is "Most-Favored"?", *ICSID Review-FILJ*, Vol.20, 2005, pp.63-81; TEITELBAUM, R.; "Who's Afraid of Maffezini? Recent Developments in the Interpretation of Most Favored Nation Clauses", *Journal of International Arbitration*, Vol.22, n°.3, pp.225-238; LIBERTI, L.; "Arbitrato ICSID, clausola della nazione più favorita e problemi di attribuzione", *Rivista dell'arbitrato*, n°.3, 2004, pp.561-589; APPLETON, B.; "MFN and International Investment Treaty Arbitration: Have We Lost Sight of the Forest through the Trees?", *APPLETON'S International Investment Law & Arbitration News*, Vol.1, n°.2, 2005, pp.10-24; HSU, L.; "MFN and Dispute Settlement: When the Twain Meet", *Journal of World Trade & Investment*, Vol.7, n°.1, 2006, pp. 25-37.

<sup>12</sup> Caso n°.ARB 97/7.

<sup>13</sup> Decisión sobre competencia de 25 de enero de 2000, *ICSID Review-FILJ*, Vol.16, 2001, pp.212 y ss. Sobre dicha decisión, ORREGO VICUÑA, F.; "Bilateral Investment Treaties and the Most-Favored-Nation Clause: Implications for Arbitration in the Light of a Recent ICSID Case", en *Investment Treaties and Arbitration*, ed. G. Kaufmann-Kohler y B. Stucki, Basilea, ASA, 2002, pp.133-158.

Centro en la cláusula de solución de controversias prevista en el artículo 10 del TPPI entre España y Argentina<sup>14</sup>. En este precepto, tras establecer la necesidad de someter la controversia a un posible arreglo amistoso entre las partes, si tal acuerdo no llegase en el plazo de seis meses, se señala que la controversia será sometida a petición de una de las partes, a los tribunales competentes de la parte en cuyo territorio se realizó la inversión. Únicamente, si hubiesen transcurrido dieciocho meses desde la iniciación de tal procedimiento nacional o habiéndose dictado una decisión, la misma no satisfaga a las partes, es posible acudir al procedimiento arbitral CIADI, o bien a un procedimiento arbitral *ad hoc* establecido de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –CNUDMI-<sup>15</sup>. En este caso el tribunal arbitral, y tal y como defendía el Estado español, señaló que el incumplimiento por parte del demandante de la obligación contemplada en este precepto de la iniciación previa de un procedimiento judicial ante los tribunales españoles provocaba que el requisito del consentimiento otorgado por parte de España no se pudiera considerar cumplido<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> TPPI entre España y Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991, BOE n.º.277, de 18 de noviembre de 1991.

<sup>15</sup> Artículo 10 del TPPI entre Argentina y España: “1. *Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.*

2. *Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.*

3. *La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.*

4. En los casos previstos por el párrafo 3 anterior, las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral *ad hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.) Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal *ad hoc* antes citado”.

<sup>16</sup> En concreto, este tribunal declaró que “...A este respecto cabe observar que el párrafo 2 dispone que la controversia “será sometida” a los tribunales competentes del Estado Parte en cuyo territorio se haya realizado la inversión, y que el párrafo 3(a) establece enseguida que la controversia “podrá ser sometida” a un tribunal arbitral internacional a petición de una de las partes en la controversia en las siguientes circunstancias: cuando no exista decisión de un tribunal nacional sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses o cuando existiendo tal decisión subsista la controversia...Esta redacción sugiere que las Partes Contratantes del ABI—Argentina y España—quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo señalado de dieciocho meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional...Si este hubiera sido el único argumento del Demandante sobre esta materia, el Tribunal habría tenido que concluir que, en vista de que el Demandante no ha sometido el caso a los tribunales españoles como lo exige el Artículo X(2) del ABI, el

Sin embargo, el tribunal arbitral tuvo en cuenta, finalmente, la segunda de las alternativas propuestas por el demandante para fundamentar su competencia, la cual se había basado en la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el TPPI entre Argentina y España<sup>17</sup>, para beneficiarse de los medios de resolución de controversias Estado-inversor previstos en el TPPI entre España y Chile que, al contrario que en el anterior Tratado citado, no prevén ninguna obligación de acudir previamente a los tribunales nacionales antes de iniciar un procedimiento arbitral CIADI<sup>18</sup>.

En consecuencia, para este tribunal la existencia de una cláusula arbitral dentro del precepto dedicado a la solución de controversias inversor-Estado queda incluida en la protección otorgada a los inversores, y por tanto, no sería coherente ni con el tenor literal de la cláusula de nación más favorecida cuya redacción no establece un ámbito de aplicación limitado únicamente a las disposiciones materiales del TPPI, ni con el objetivo de la misma como es el de armonizar el tratamiento de los distintas inversiones extranjeras sin importar su origen, el no permitir a los inversores que puedan recurrir a una cláusula de solución de controversias que les sea más favorable a sus intereses<sup>19</sup>. En concreto, este tribunal arbitral señaló que *“...no obstante el hecho de que el tratado básico que contiene la cláusula no se refiere expresamente a la solución de controversias como una materia cubierta por la cláusula de la nación más favorecida, el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos 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,...estos modernos mecanismos son también esenciales para proteger los derechos previstos por los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado..., de lo expuesto puede concluirse 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”*<sup>20</sup>.

---

Centro carecía de jurisdicción y el Tribunal no era competente para considerar el caso”, Decisión sobre competencia, cit., cdos.34 a 36.

<sup>17</sup> Artículo 4.2 *“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”*.

<sup>18</sup> Artículo 10 del TPPI entre Chile y España.

<sup>19</sup> La representación española había defendido, por el contrario, que de acuerdo con el principio *ejusdem generis*, la referencia a “materias” que se incluye en el TPPI entre España y Argentina sólo podía entenderse como referida a materias de fondo o aspectos sustantivos del tratamiento otorgado a los inversores y no a cuestiones de procedimiento o de jurisdicción, Vid. Decisión sobre competencia, cit., cdo.41. Sobre la posición del Estado español mantenida en este caso, LEON CAVERO, R.A.; “El Estado ante el arbitraje internacional”, *Aranzadi civil TSJ y AP*, n.º. 18, 2000, pp.24-26.

<sup>20</sup> Decisión sobre competencia, cit., cdos.54 y ss. J.KUNTZ critica respecto a esta afirmación del tribunal, que los miembros del mismo asumieron sin dar ninguna justificación que el acceso a los tribunales españoles en el periodo estipulado de dieciocho meses era “un tratamiento menos favorable” que el acudir directamente a un procedimiento arbitral. Esta forma de ver las cosas parece reflejar una creencia epistemológica en la superioridad del arbitraje internacional en inversiones extranjeras; “The Delicate

6. Esta ampliación del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de solución de controversias Estado-inversor contemplados en los TPPI ha recibido apoyo en una segunda decisión por parte de un tribunal arbitral CIADI en el caso Siemens c. Argentina<sup>21</sup>. En este caso, el inversor de nacionalidad alemana inició el procedimiento arbitral fundamentando la competencia del tribunal CIADI en el TPPI entre la República Federal de Alemania y Argentina. Apoyándose en el artículo 3.2 de dicho Acuerdo donde se contempla la cláusula de la nación más favorecida<sup>22</sup>, el demandante declaró que el tribunal arbitral era competente, ya que, a pesar de que el TPPI entre Alemania y Argentina preveía en su cláusula sobre resolución de diferencias entre inversor-Estado la necesidad de acudir de forma obligatoria previamente a cualquier arbitraje internacional a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, esta obligación no se contemplaba en el TPPI entre Argentina y Chile.

El tribunal acepta íntegramente esta argumentación y rechazando las alegaciones del gobierno argentino<sup>23</sup>, se apoya en la decisión de competencia adoptada en el caso

Extension of Most-Favoured-Nation Treatment to Foreign Investors: Maffezini v. Kingdom of Spain”, en *International Investment Law and Arbitration*, op.cit., p.547. Esta crítica esta en consonancia con lo alegado por la representación procesal del Estado español que había manifestado que “*tendría que probarse que el someter la controversia a los tribunales españoles es menos ventajoso para el inversor que recurrir al arbitraje del CIADI*”, Decisión sobre competencia ,cit., cdo.42.

<sup>21</sup> Caso n.º.ARB/02/8, Decisión sobre competencia de 3 de agosto de 2004, disponible en <[http://www.asil.org/ilib/Siemens\\_Argentina.pdf](http://www.asil.org/ilib/Siemens_Argentina.pdf)>. Sobre esta decisión, NEWMARK, C. y POULTON, E.; “Most Favoured Nation Clause: Is The Siemens v. Argentina Decision The High-Water Mark?”, *Mealey's Int'l Arb.Rep.*, Enero, 2005, pp.39 y ss. Téngase en cuenta que también en la decisión sobre competencia en el asunto Camuzzi International c. Argentina, Caso n.º. ARB/03/2, se aplicó la cláusula de la nación más favorecida, que había sido invocada por el demandante para beneficiarse de los mecanismos de solución de controversias previstos en el TPPI entre Estados Unidos y Argentina y evitar de esta forma, el acudir previamente a los tribunales nacionales, tal y como prevé el Tratado básico entre Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa. Sin embargo, en este caso, el tribunal no tuvo que motivar su decisión pues no se objetó por Argentina dicha pretensión. Dicha decisión puede consultarse en la dirección electrónica: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

<sup>22</sup> Artículo 3.2 del TPPI entre Argentina y República Federal Alemana: “*Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que a sus propios nacionales y sociedades o a los nacionales y sociedades de terceros Estados*”.

<sup>23</sup> Entre los argumentos del gobierno argentino, el más importante fue el de que si se quería hacer valer la cláusula de la nación más favorecida para “importar” los mecanismos de solución de controversias previstos en el TPPI entre Chile y Argentina, no sólo deberían de tomarse en consideración aquellos aspectos de los mismos que fueran favorables para el demandante, sino que deberían de considerarse todo el conjunto, incluyendo aquellos aspectos también desfavorables. En concreto, y dado que el TPPI citado incluía una cláusula “fork in the road”, ésta debería tener aplicación, por lo que si en el caso concreto, ya se había acudido a los tribunales argentinos, la vía arbitral estaría cerrada. Vid. decisión sobre competencia, cit., cdos. 111 a 115. Esta pretensión fue rechazada por el tribunal arbitral, declarando que “*La operación de la CNMF entendida de este modo contradiría el resultado que se pretendía con la cláusula que es el de armonizar los beneficios acordados con una parte con aquellos que son considerados más favorables para otra parte. Obligaría a la parte que reclama un beneficio en virtud de un tratado a considerar las ventajas y desventajas de ese tratado en su totalidad y no sólo los beneficios*”, Decisión sobre competencia, cit., cdo.120. En relación a esta cuestión, S.FIETTA señala que el tribunal arbitral permite entonces al demandante escoger aquellas ventajas que se pudieran derivar del

Maffezzini<sup>24</sup>, para concluir que el acceso al mecanismo de solución de controversias ofertado al inversor “*forma parte de la protección otorgada por el Tratado. El mismo forma parte del tratamiento de los inversores y de las inversiones así como de las ventajas concedidas por la cláusula MFN*”<sup>25</sup>.

7. El tercero y más reciente asunto donde los tribunales arbitrales han reconocido la posibilidad de extender el juego de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de resolución de controversias Estado-inversor ha sido en el caso CIADI Gas Natural c. Argentina<sup>26</sup>, solución que era fácilmente previsible, tal y como tendremos ocasión de comprobar seguidamente. En este supuesto, Gas Natural – empresa con sede en Barcelona- demandó a Argentina ante el CIADI porque consideraba que las medidas tomadas por el gobierno de dicho país con ocasión de la crisis económica en los años 2001-2002, habían dañado sus inversiones y que éstas se encontraban protegidas bajo el TPPI entre España y Argentina<sup>27</sup>. En concreto, el

---

TPPI entre Argentina y Chile sin considerar las desventajas que pueden haber sido incluidas como compensación de aquellas, lo que conduce de manera directa a permitir que los demandantes pudieran diseñar de la manera que consideren adecuada el modelo de solución de controversias mediante una infinita variedad de cambios y combinaciones, “Most Favoured Nation...”, art.cit., p.135.

<sup>24</sup> Hemos de señalar que en este caso, la redacción de la cláusula era diferente que en el asunto Maffezini. Si bien en este último caso la cláusula hacía referencia a “*todas las materias*”, en el asunto Siemens sólo se hace referencia a “*actividades relacionadas con las inversiones*”, lo que parece conducir a un alcance más limitado de la misma. Sin embargo, el tribunal, aun consciente de esta diferencia, señaló que el término “trato” y la frase “actividades relacionadas con las inversiones” eran suficientemente amplios como para incluir el arreglo de controversias, Vid. Decisión, cit., cdo.103. Muy crítico al respecto se manifiesta S.FIETTA, “Most Favoured Nation Treatment...”, art.cit., p.134, pues los diferentes términos utilizados en esta cláusula permiten dudar que el tribunal en el caso Siemens haya sido coherente con el principio *ejusdem generis*, ya que no parece existir ninguna pista para afirmar que el juego de dicha cláusula pueda extenderse a los mecanismos de solución de controversias.

<sup>25</sup> Decisión sobre competencia, cit, cdo.102.

<sup>26</sup> Caso ARB/03/10.

<sup>27</sup> Este es un ejemplo más de lo que está ocurriendo en la actualidad donde existen más de cuarenta procedimientos iniciados contra Argentina en el CIADI como consecuencia de las medidas legislativas de urgencia adoptadas por el gobierno de dicha nación en la crisis económica de 2001, entre ellas, la devaluación del peso argentino y la eliminación de la paridad de dicha moneda con el dólar. La gran mayoría de estos casos se refieren a la pérdidas sufridas en las concesiones por parte de empresas extranjeras en los sectores de servicios públicos, energéticos y de telecomunicaciones, y se han fundamentado en las cláusulas de resolución de controversias previstas en los TPPI celebrados por Argentina en la década de los 90 del siglo pasado. El primer laudo que ha sido dictado en relación a estas cuestiones ha sido en el caso CMS Gas Transmission Company c. Argentina, el 12 de mayo de 2005, en donde el tribunal ha señalado que las medidas adoptadas por Argentina no pueden considerarse como una medida expropiatoria, pero en todo caso ha condenado a este país por violar la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a un pago de ciento treinta y tres millones de dólares más intereses. Este laudo ha sido recurrido en anulación el 8 de septiembre de 2005 por Argentina por falta de motivación y porque el tribunal ha excedido manifiestamente sus atribuciones. La cascada esperada de futuros laudos y la hipotética posibilidad de decisiones contradictorias sobre circunstancias y hechos muy similares es un peligro latente. Ante estas circunstancias, el gobierno argentino, en un primer momento, optó por vías alternativas a los propios procedimientos arbitrales para mitigar las consecuencias de los posibles laudos condenatorios. Así, se presentaron proyectos de ley que previeran, por un lado, la imposibilidad de que el Estado o sus organismos pudieran someterse en un futuro a arbitraje internacional, y por otro, a que los laudos arbitrales pudieran ser sometidos a revisión por parte de los tribunales argentinos. En la actualidad, sin embargo, la estrategia parece estar cambiando, al compás de la salida del gobierno del anterior

inversor español fundamentó la competencia del tribunal arbitral en la cláusula de solución de controversias prevista en el TPPI entre Estados Unidos y Argentina, que permite acudir directamente al arbitraje internacional tras un periodo de seis meses de búsqueda de un acuerdo amistoso entre las partes<sup>28</sup>, mediante la utilización de la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el TPPI entre España y Argentina, con el fin de evitar la necesidad prevista en este último Acuerdo de acudir previamente a los tribunales internos de cada parte contratante y agotar un periodo mínimo de dieciocho meses, antes de poder interponer una demanda ante un tribunal arbitral internacional. En consecuencia, la situación fáctica era idéntica a la planteada en el caso Mafezzini, pero en este caso, se intercambiaban los papeles, pues mientras que en el primer caso, las partes eran un inversor argentino y el Estado español, en este concreto caso, las partes eran un inversor español y el Estado argentino.

El tribunal arbitral en su decisión<sup>29</sup>, llegó a la misma conclusión a la que ya se había llegado en el asunto Mafezzini, señalando que *“el Tribunal considera 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; además, el hecho de que sólo pueda tenerse acceso a ese arbitraje después de recurrir a los tribunales nacionales y una vez transcurrido un período de espera de 18 meses, implica un mecanismo de protección menos amplio que el acceso al arbitraje inmediatamente después de expirado el período de negociación. En consecuencia, la Demandante del presente caso tiene derecho a recurrir al mecanismo de solución de controversias previsto en el TBI entre Argentina y los Estados Unidos invocando el Artículo IV (2) del tratado bilateral de inversiones entre España y Argentina”*<sup>30</sup>.

Para llegar a esta conclusión, por otra parte bastante lógica si tomamos en consideración que la cláusula de la nación más favorecida era la misma que ya había sido interpretada con ocasión del asunto Mafezzini –artículo 4.2 del TPPI entre España y Argentina-, el tribunal aceptó las alegaciones de la parte demandante, realizando además, una serie de consideraciones generales acerca de las relaciones entre el juego de la cláusula de la nación más favorecida y los mecanismos de solución de controversias Estado-inversor. Así, este tribunal arbitral comenzó declarando que *“...resumiendo este debate, el Tribunal considera que la cuestión fundamental consiste en establecer si las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales sobre inversiones forman parte del conjunto de mecanismos de protección concedidos a los inversores extranjeros por los Estados donde se efectúan las*

---

ministro de Justicia Horacio Rossatti y su sustitución por Guglielmino. La idea ahora es agotar los cauces previstos en el sistema CIADI, a través del recurso de anulación, y al mismo tiempo, intentar en ese periodo, una renegociación de los contratos de concesión para lograr un acuerdo amistoso con los inversores extranjeros, a fin de terminar con los procedimientos arbitrales pendientes. Sobre estas cuestiones, A.RODRIGUEZ SAA; “Argentina Latest Policy Evolution with respect to ICSID Cases”, *TDM*, Vol.2, n°.5, 2005.

<sup>28</sup> Artículo 8 del TPPI entre Estados Unidos y Argentina.

<sup>29</sup> Decisión sobre competencia de 17 de junio de 2005, disponible en la dirección electrónica <http://ww.asil.org>.

<sup>30</sup> Decisión sobre competencia, cit., cdo. 31.

*inversiones. A juicio del Tribunal, la historia, primero del Convenio del CIADI, que creó la institución del arbitraje entre inversores y Estados, y, ulteriormente, de la serie de tratados bilaterales de inversiones entre países desarrollados y en desarrollo (y en algunos casos entre países en desarrollo inter se), muestra como un componente decisivo —de hecho, quizás el más decisivo— la institución de un sistema de arbitraje internacional independiente para resolver controversias entre los inversores y el Estado donde se efectúa la inversión. La creación del CIADI y la adopción de tratados bilaterales de inversiones ofreció a los inversores garantías de que las controversias que pudieran derivarse de sus inversiones no estarían expuestas a lo que se consideraba como peligro de demoras y presiones políticas a que pudiera dar lugar su resolución en tribunales nacionales. En forma convergente, la posibilidad de recurrir a un arbitraje internacional se estableció para preservar al Estado receptor de la inversión de presiones políticas ejercidas por el Gobierno del Estado de la nacionalidad del inversor. La gran mayoría de los tratados bilaterales de inversiones, y prácticamente todos los más recientes, prevén un arbitraje internacional independiente para las diferencias entre inversores y Estados, trátase del Convenio del CIADI, el Mecanismo Complementario del CIADI, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o convenios similares; y esas disposiciones son universalmente consideradas —por quienes a ellas se oponen y por quienes las promueven— como elementos esenciales de un régimen de protección de inversiones extranjeras directas”<sup>31</sup>.*

Tras la anterior observación, el tribunal arbitral, en segundo lugar, adoptó una regla interpretativa de carácter general al señalar que *“este Tribunal entiende que la cuestión referente a la aplicación de una cláusula general de nación más favorecida a las disposiciones sobre solución de controversias de los tratados bilaterales de inversiones no está exenta de dudas, y que diferentes tribunales, confrontados con hechos y antecedentes sobre negociaciones distintas, pueden llegar a diferentes resultados. No obstante, el Tribunal está convencido de que la intención de las partes del TBI ente España y la Argentina consistía en someter el régimen de solución de controversias a las disposiciones sobre trato de nación más favorecida, y que nuestro análisis,... es compatible con el pensamiento actual, expresado en otros recientes laudos arbitrales. Mantenemos nuestra convicción de que la garantía de un arbitraje internacional independiente es un elemento importante —quizás el más importante— del sistema de protección de los inversores. A menos que resulte claro que los Estados Partes en un TBI o las partes en un determinado acuerdo sobre inversiones han acordado un método diferente para dar solución a eventuales controversias, deben entenderse aplicables a la solución de controversias las disposiciones de los TBIs sobre nación más favorecida”<sup>32</sup>.*

### **III. LÍMITES A LA COMPETENCIA: SALINI C. JORDANIA Y PLAMA C. BULGARIA**

---

<sup>31</sup> Decisión sobre competencia, cit., cdo.29.

<sup>32</sup> Decisión sobre competencia, cit., cdo.49. El subrayado es nuestro.

8. El tribunal arbitral en el asunto Mafezzini, a pesar de su decisión final de declararse competente, había manifestado ya cierta preocupación con los posibles efectos que pudiera tener la misma<sup>33</sup>. De esta manera, declaró que *“no obstante que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los arreglos de solución de controversias en el contexto de los tratados sobre inversiones puede llevar al resultado de alcanzar la armonización y la ampliación del alcance de tales mecanismos, hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta. Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia. El alcance de la cláusula puede por consiguiente ser más limitado que lo que parece a primera vista”*<sup>34</sup>.

Entre estas consideraciones de política pública, el tribunal enumeró las siguientes: *“En primer lugar, si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento, debido a que la condición estipulada refleja una regla fundamental de derecho internacional. Segundo, si las partes han acordado un mecanismo de solución de controversias que incluya la llamada “bifurcación del camino”, esto es, la opción de someterse a los tribunales nacionales o bien al arbitraje internacional, pero en que una vez tomada la decisión ésta es definitiva e irrevocable, esta estipulación no puede ignorarse mediante la invocación de la cláusula. Esta conclusión es imperativa cuando se considera que de otro modo se alteraría el carácter definitivo de los arreglos pactados que muchos países estiman importantes como cuestión de política pública. En tercer lugar, si el acuerdo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, como por ejemplo el CIADI, esta opción no se puede cambiar invocando la cláusula, buscando someter la controversia a un sistema distinto de arbitraje. Finalmente, si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, como sucede, por ejemplo, con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y mecanismos similares, es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes”*<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Vid. DOLZER, R. y MYERS, T.; “After Tecmed : Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements”, *ICSID Review-FILJ*, Vol. 19, n°.1, 1, 2004, pp.54 y ss.; LIBERTI, L.; “Arbitrato ICSID, clausola della...”, art.cit., pp.580-581.

<sup>34</sup> Decisión sobre competencia, cit., cdo.62.

<sup>35</sup> Decisión sobre competencia, cit., cdo.63. Para R.DOLZER y T.MYERS, estas excepciones reflejan una específica intención común de las partes de incluir dichos mecanismos de solución de controversias en su Acuerdo, por lo que en tal caso nunca una norma general como es la cláusula de la nación más favorecida importada desde otro TPPI podría ser aplicada invalidando las estipulaciones específicas pactadas por las partes, “After Tecmed: Most-Favored-Nation...”, art.cit., p.54. Más crítico al respecto se manifiesta J.KURTZ, para quién estas limitaciones al juego de la cláusula de la nación más favorecida no tienen

9. Estas posibles limitaciones al juego de la cláusula de la nación más favorecida en este ámbito, no pasaron desapercibidas para el tribunal arbitral en el asunto Salini c. Jordania<sup>36</sup>. En este caso, el tribunal arbitral, en su decisión sobre competencia, ha mostrado una actitud bastante precavida en relación con la postura adoptada en el caso Maffezini ya que, aunque comparte las preocupaciones manifestadas en dicha decisión en relación con los riesgos creados por la extensión operada y que siempre deben existir límites a la misma, considera que las precauciones tomadas por los autores de aquella pueden ser difíciles de poner en práctica y no hacen más que añadir incertidumbre al riesgo de “treaty shopping”<sup>37</sup>.

En concreto, este tribunal arbitral ha decidido limitar el alcance de esta cláusula, indicando que en su opinión, dada la redacción otorgada a la cláusula de la nación más favorecida en el TPPI entre Italia y Jordania<sup>38</sup>, la utilización de la misma no podía servir para lograr una extensión favorable de los derechos procesales contemplados en las cláusulas de resolución de controversias de los TPPI entre Jordania y Estados Unidos y entre Jordania y Gran Bretaña, con el fin de obviar la necesidad de acudir a los mecanismos de resolución previstos en los contratos de inversión, tal y como se

---

fundamento alguno y parecen inventadas, “The MFN Standard and Foreign Investment- An Uneasy Fit?”, *Journal of World Trade & Investment*, Vol.5, nº.6, 2004, p.880.

<sup>36</sup> Caso ARB/02/13. Sobre este caso, J.GAFFNEY; “Case Summary- Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. The Hashemite Kingdom of Jordan”, *TDM*, Vol.2, nº.1, 2005. Vid. con anterioridad, rechazando la aplicación de una cláusula de este tipo en relación a la cuestión de la aplicación en el tiempo de las disposiciones contempladas en un TPPI, el laudo de 29 de mayo de 2003, en el caso Tecmed c. Méjico, *ICSID Review-FILJ*, Vol.19, 2004, pp.158 y ss. Sobre este asunto, DOLZER, R. y MYERS, T.; “After Tecmed : Most-Favored-Nation...”, art.cit., pp. 49-60.

<sup>37</sup> Decisión sobre competencia de 29 de noviembre de 2004, *Journ.dr.int.*, nº.1, 2005, pp.182-206. En concreto, se señala que “*The Arbitral Tribunal in the Maffezini case was probably aware of the risks entailed by such an extension because the Tribunal itself stated clearly that the beneficiary of the Most-Favoured-Nation clause “should not be able to override public policy considerations that the contracting parties might have envisaged as fundamental conditions for their acceptance of the agreement”. The Tribunal added that “a distinction has to be made between the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the clause, on the one hand, and disruptive treaty shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions, on the other hand”... The current Tribunal shares the concerns that have been expressed in numerous quarters with regard to the solution adopted in the Maffezini case. Its fear is that the precautions taken by authors of the award may in practice prove difficult to apply, thereby adding more uncertainties to the risk of “treaty shopping”,* cdos.114 y 115.

<sup>38</sup> Artículo 3 del TPPI entre Italia y Jordania: “1. *Both Contracting Parties, within the bounds of their own territory, shall grant investments effected by, and the income accruing to, investors of the other Contracting Party, no less favourable treatment than that accorded to investments effected by, and income accruing to, its own nationals or investors of Third States.*

2. *In case, from the legislation of one of the Contracting Parties, or from the international obligations in force or that may come into force in the future for one of the Contracting Parties, should come out a legal framework according to which the investors of the other Contracting Party would be granted a more favourable treatment than the one foreseen in this Agreement, the treatment granted to the investors of such other Parties will apply also for outstanding relationships”.*

disponía en el TPPI aplicable al caso y someter, de esta manera, de forma directa la diferencia a un tribunal arbitral del CIADI<sup>39</sup>.

Para llegar a la anterior conclusión, el tribunal pone de manifiesto que, en la actualidad, existen numerosas formas de redacción de este tipo de cláusulas en los TPPI y que el alcance de cada una de ellas debe ser observado y aplicado en el caso concreto. Si bien en determinados casos, no hay dudas de que las partes contratantes han querido extender de manera expresa el juego de dicha cláusula a los métodos de resolución de controversias Estado-inversor, la cuestión puede ser más dudosa cuando la redacción de dicha cláusula no lo aclara expresamente, señalando únicamente que la misma se refiere a “*todas las materias*” o a “*todas las cuestiones*” contenidas en el TPPI. En tales ocasiones, el tribunal estima que es preciso averiguar cual era la intención de las partes contratantes cuando incluyeron tal cláusula en el Convenio, y si aquellas tenían el firme propósito de incluir a los mecanismos de solución de disputas en el ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Únicamente cuando no haya dudas al respecto, será posible, por tanto, extender los beneficios de la cláusula a los mecanismos de solución de controversias Estado-inversor contemplados en otros TPPI<sup>40</sup>.

10. La decisión sobre competencia de 8 de febrero de 2005 en el asunto Plama c. Bulgaria ha venido a reforzar esta interpretación en relación con la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida<sup>41</sup>. En este caso concreto, el demandante solicitaba beneficiarse, a través del juego de la cláusula de la nación más favorecida contemplada

---

<sup>39</sup> Decisión sobre competencia, cit., cdo.119.

<sup>40</sup> Decisión sobre competencia, cit., cdos.116 a 118. Para ello, será de gran utilidad observar la práctica estatal, cuestión que, por otra parte, fue lo que hizo el tribunal arbitral en el asunto Maffezini, tal y como nos recuerda esta decisión al declarar que “*In other treaties, the MFN clause does not contain such a provision, but refers to “all rights” contained in the agreement, or to “all matters” subject to the agreement. This was the situation in the Ambatielos and Maffezini cases. As a consequence, in Ambatielos, the Commission of Arbitration sought to ascertain the common intention of the Parties. It found that the intention was “that the trade and navigation of each country be placed, in all respects, by the other on the footing of the most-favoured-nation”... and concluded for this finding that “the effect of the most-favoured-nation clause ... can be extended to the system of administration of justice.” Similarly, in the Maffezini case, the Tribunal carefully examined the practice followed by Spain and Argentina and relying not only on the text of the BITs, but also on “the legal policy adopted by Spain with regard to the treatment of its own investors abroad,” concluded that the Claimant had the right to submit the dispute to arbitration “without first accessing the Spanish courts”.* En contraposición al caso Maffezini, el tribunal estima que el demandante no había aportado ninguna prueba de que existiese una intención común de las partes contratantes de extender el juego de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de solución de controversias, ni tampoco en relación a una práctica estatal que demostrase la existencia de aquella.

<sup>41</sup> Caso ARB/03/24, decisión sobre competencia de 8 de febrero de 2005, disponible en <<http://www.worldbank.org/icsid/cases/plama-decision.pdf>>. Sobre este caso, N.GALLUS; “Plama v. Bulgaria and the Scope of Investment Treaty MFN Clauses”, *TDM*, Vol.2, nº.3, 2005; CREPET DAIGREMONT, C.; “Plama Consortium Limited v. Republica of Bulgaria- The Most Favoured Nation Clause Issue”, *TDM*, Vol.2, nº.3, 2005.

en el artículo 3 del TPPI entre Chipre y Bulgaria –Tratado de base-<sup>42</sup>, de los mecanismos de resolución de controversias previstos en otros TPPI de los que es parte Bulgaria, entre ellos el TPPI entre Bulgaria y Finlandia, para poder acudir directamente a un arbitraje CIADI, y evitar de esta manera, la restrictiva vía procesal contemplada en el Tratado de base que consistía únicamente, en un arbitraje ad hoc limitado para conocer de las reclamaciones con el fin de conseguir una compensación en los casos de expropiación.

El tribunal arbitral afirmó que el principio que ha de guiar la interpretación de un tribunal en estos supuestos es el de que “*an MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them*”<sup>43</sup>. En consecuencia, la regla general mantenida en el asunto Maffezini y que posteriormente ha sido reforzada en el caso Gas Natural, se convierte en excepción en este asunto<sup>44</sup>.

El tribunal buscó, por lo tanto, si era posible dar contenido a esta excepción y, para ello, indagó la verdadera intención de las partes contratantes cuando éstas incorporaron la cláusula a su Acuerdo. A su juicio, las circunstancias concretas que rodeaban a la negociación y posterior conclusión del TPPI, y en gran medida, el régimen comunista entonces existente en Bulgaria que restringía enormemente la protección de las inversiones extranjeras en su territorio, eran prueba suficiente de que, en este caso, las partes contratantes no buscaban extender los beneficios de la cláusula a las disposiciones sobre arreglo de controversias Estado-inversor<sup>45</sup>. Junto con este argumento, y en apoyo, igualmente, de su postura, el tribunal consideró que el requisito básico que es necesario para iniciar cualquier tipo de arbitraje es el consentimiento claro e inequívoco de las partes en la disputa. En el caso concreto, por el contrario, se planteaba una duda más que razonable de que la incorporación por referencia de los métodos de resolución de controversias previstos en un TPPI con una tercera parte, a través de hacer jugar la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el Tratado de base, pudiese considerarse como un consentimiento claro y sin ambigüedades de someterse a un arbitraje CIADI<sup>46</sup>.

Tras las anteriores consideraciones, el tribunal, por tanto, concluyó declarando que “*the MFN provision of the Bulgaria-Cyprus BIT cannot be interpreted as providing*

---

<sup>42</sup> Artículo 3 del TPPI entre Chipre y Bulgaria: “1. Each Contracting Party shall apply to the investments in its territory by investors of the other Contracting Party a treatment which is not less favourable than that accorded to investments by investors of third states”.

<sup>43</sup> Decisión, cit., cdo.223.

<sup>44</sup> En concreto, este tribunal fue muy crítico con la decisión en el caso Maffezini, pues tras señalar que el tribunal en este caso partió de un fundamento erróneo para su análisis, lo que directamente conduce a una situación caótica en el ámbito de los métodos de resolución de controversias que no concuerda en nada con la intención común de las partes contratantes, afirma que no llega a comprender el origen y la justificación de las excepciones de política pública que fueron enumeradas en dicha decisión, Decisión sobre competencia, cit., cdos.218 a 222.

<sup>45</sup> Decisión, cit., cdos.195 a 197.

<sup>46</sup> Decisión, cit., cdos.198 a 200.

*consent to submit a dispute under the Bulgaria-Cyprus BIT to ICSID arbitration and that the Claimant cannot rely on dispute settlement provisions in other BITs to which Bulgaria is a Contracting Party in the present case*<sup>47</sup>.

#### **IV. UNA SOLUCIÓN LÓGICA: EL CONCRETO LENGUAJE DE LA CLÁUSULA Y LA INTENCIÓN DE LAS PARTES CONTRATANTES**

11. Tras el examen de la jurisprudencia arbitral existente, dos posturas parecen enfrentadas: mientras que una primera serie de decisiones arbitrales no tienen dudas en admitir la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a los mecanismos de resolución de controversias Estado-inversor, admitiendo que tales métodos forman parte de la protección otorgada por el Tratado de la que pueden valerse los beneficiarios de dicha cláusula, otro conjunto de decisiones han mantenido una posición más matizada sobre esta cuestión.

12. Estas últimas decisiones nos muestran que es preciso que un tribunal arbitral, cuando se enfrenta ante una cuestión como la planteada de la que depende de forma directa su propia competencia, ha de ponderar el significado preciso de la cláusula de la nación más favorecida en cuestión, tomando en consideración la redacción concreta de la misma en el Tratado básico<sup>48</sup>. Esta conclusión nos parece más coherente con la existencia de diferentes versiones en la práctica de cláusulas de este tipo incluidas en los distintos TPPI<sup>49</sup>, lo que justifica que sean los Estados parte en los mismos los que decidan que ámbito de aplicación consideran aceptable en el concreto acuerdo, y si los mismos aceptan de forma expresa o no, que dicha cláusula pueda extenderse a los mecanismos previstos de resolución de controversias.

13. Así, en primer lugar, hay supuestos donde no cabe duda de la extensión de dicha cláusula a los mecanismos de solución de controversias Estado-inversor. Este es el caso del Reino Unido, donde en sus TPPI se incluye de forma expresa la posibilidad de que el juego de la cláusula de la nación más favorecida pueda extenderse a dichos métodos. En concreto, en el artículo 3.3 del TPPI modelo de Gran Bretaña donde se incluye esta cláusula junto con la de tratamiento nacional, se declara que *“for the avoidance of doubt, it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of Articles 1 to 11 of this Agreement”*, siendo el artículo 8 de dicho Acuerdo el que contempla los mecanismos de resolución de controversias Estado-inversor.

---

<sup>47</sup> Decisión, cit., cdo.227.

<sup>48</sup> D.H.FREYER y D.HERLIHY, opinan en relación con esta cuestión que *“as a matter of treaty interpretation, the foregoing cases can be rationalized around the unifying principle that the issue whether an MFN clause applies to dispute settlement procedures depends, in the first instance, on the wording of the MFN clause in the basic treaty”*, “Most-Favored-Nation Treatment...”, art.cit., p.82.

<sup>49</sup> Sobre esta diferente tipología, ver ejemplos en OCDE, “Most-Favoured-Nation...”, cit., pp.3-8; ACCONCI, P.; “The Most-Favoured-Nation...”, art.cit., pp.6-16.

14. En el extremo opuesto, se sitúan aquellos TPPI que al incluir la cláusula de forma expresa delimitan exactamente cual es el ámbito de aplicación material de la misma<sup>50</sup>. En este grupo, podemos incluir, el supuesto de la cláusula de la nación más favorecida contemplada en el TLCAN –artículo 1103.1- donde se limita su alcance a los derechos materiales del Acuerdo al señalar que “Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones”. Una disposición similar nos la encontramos en el más reciente TPPI modelo de Estados Unidos del 2004<sup>51</sup>, así como en el proyecto del Acuerdo de Libre Comercio para las Américas de 21 de noviembre de 2003, que viene acompañado de una nota bastante rotunda sobre el alcance de la cláusula de la nación más favorecida contenida en su artículo 5 declarando que “una delegación propone que se incluya la siguiente nota al pie en el historial de las negociaciones como reflejo del acuerdo compartido por las Partes sobre la interpretación del artículo de trato de nación más favorecida y el caso *Maffezini*. Esta nota al pie se borraría del texto final del Acuerdo: Las Partes desean hacer mención de la reciente decisión del tribunal de arbitraje en el caso *Maffezini* (Arg.) vs. Reino de España, en la cual se determinó que una cláusula de nación más favorecida excepcionalmente amplia en un acuerdo entre Argentina y España incluía procedimientos de solución de controversias internacionales. Véase Decisión sobre Jurisdicción §§ 38-64 (25 de enero de 2000), reimpresa en 16 ICSID Rev. – F.I.L.J. 212 (2002). En contraste, el artículo sobre nación más favorecida del presente Acuerdo limita expresamente el ámbito de aplicación a “lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.” Las Partes comparten la interpretación y la intención de que esta cláusula no abarque mecanismos de solución de controversias internacionales como los contenidos en la Subsección C.2.b. (Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de otra Parte) de este Capítulo, y que por ende no pueda llevar razonablemente a una conclusión similar a la del caso *Maffezini*”<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Aunque para ser exactos realmente en el extremo opuesto por completo se sitúan todos aquellos recientes Acuerdos de Libre comercio y TPPI en donde no se incluye expresamente una cláusula de la nación más favorecida. Ejemplos los encontramos en el Acuerdo de Libre comercio entre Jordania y Singapur o los Acuerdos de Libre comercio entre la EFTA y Líbano y Túnez. R. TEITELBAUM alude a esta posibilidad al final de su trabajo, de eliminar dicha cláusula en el hipotético caso de que se lograra un gran acuerdo multilateral sobre inversiones –del tipo del fracasado AMI, suponemos-, y se reemplazase por un estándar o modelo único y universal de tratamiento de los inversores, “Who’s Afraid of *Maffezini*?...”, art.cit., p.238.

<sup>51</sup> Artículo 4 del TPPI modelo de Estados Unidos de 2004, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>. Una disposición similar se encuentra en el TPPI modelo de Canadá de 2003 y se repite también en los últimos Tratados de Libre comercio celebrados por Estados Unidos: Chile-Estados Unidos (artículo 10.3), Singapur-Estados Unidos (artículo 15.4) y Marruecos-Estados Unidos (artículo 10.4).

<sup>52</sup> Tercer borrador del ALCA, de 21 de noviembre de 2003, Capítulo XVII: Inversión, disponible en [http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index\\_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/FTAADraft03/Index_s.asp). Una disposición interpretativa similar se incluyó también en el proyecto final del US-CAFTA-DR de enero de 2004, resultante de las

15. Los mayores problemas, en consecuencia, los van a seguir planteando en la práctica aquellos TPPI que incluyen cláusulas redactadas de forma muy general en donde no queda claro cual es el ámbito de aplicación de las mismas y si se puede o no entender que las mismas comprenden también a los mecanismos de solución de controversias. Una redacción de forma amplia del tipo “todas las materias” o “todas las cuestiones” merece, en principio, un juicio favorable para entender que dicha cláusula comprende la posibilidad de hacer valer los métodos de resolución de controversias<sup>53</sup>. Sin embargo, dadas las importantes consecuencias que se derivan, una conclusión definitiva sólo puede darse una vez que se haya clarificado cual era la intención común de las partes contratantes cuando decidieron incluir tanto una cláusula de este tipo en su Acuerdo como unos concretos mecanismos de solución de controversias en el mismo<sup>54</sup>, para lo cual, será de gran utilidad, considerar la práctica estatal respectiva a la hora de negociar y adoptar otros Tratados del mismo tipo<sup>55</sup>. Esta conclusión, por otra parte, está en consonancia con lo dispuesto en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre

---

negociaciones realizadas en diciembre de 2003, según señala la OCDE, “Most-Favoured-Nation...”, cit., p.19. Finalmente, aunque se llegó al acuerdo de suprimir esta nota interpretativa del texto final del Acuerdo, las partes contratantes acordaron que esta nota reflejaba la intención común de las partes en relación con la inclusión de la cláusula de la nación más favorecida en el Tratado.

<sup>53</sup> Así lo entiende E.GAILLARD, “Establishing Jurisdiction Through a Most-Favored-Nation Clause”, *New York Law Journal*, 2 junio 2005, p.8.

<sup>54</sup> Una posición similar a la aquí manifestada ha sido mantenida por S.FIETTA, que al comentar la decisión en el asunto Plama llega a la conclusión de que “...it reasserted the overriding importance of ascertaining the intention of the parties whenever examining the scope of any MFN clause, with primary reference to the wording of the clause itself as opposed to the broader object and purpose of BITs generally (which had been so important to the decision in Maffezini). It is submitted that the approach adopted by the tribunal in the Plama case must be preferred, particularly where (as is normally the case) claimants seek to rely upon MFN clauses as a means of incorporating provisions that are plainly inconsistent with the dispute resolution provisions that have been specifically negotiated in the basic treaty concerned”, “Most Favoured Nation...”, art.cit., p.136. En este mismo sentido, J.KURTZ, “The Delicate Extension...”, art.cit., p.553, declara como “...much greater attention needs to be given to rigorous textual and teleological interpretations of individual MFN clauses”.

<sup>55</sup> Buscando un hilo conductor entre las diferentes decisiones adoptadas, D.H.FREYER y D.HERLIHY argumentan que mediante un “análisis de los efectos” de éstas, la línea divisoria que permite invocar la cláusula de la nación más favorecida sería la marcada por el propósito que se tiene al hacerlo. Así, en los casos en donde se ha aceptado su aplicación, el fin buscado era evitar tener que acudir a los tribunales internos previamente durante un periodo de tiempo estipulado –generalmente dieciocho meses- antes de poder presentar la demanda de arbitraje internacional, esto es, un requisito de admisibilidad temporal de la demanda arbitral. Por lo tanto, la utilización de la cláusula en estos supuestos únicamente consigue que el tribunal arbitral conozca con anterioridad de un litigio, que en todo caso, posteriormente también se le podría haber sometido. Sin embargo, en los casos en que se rechazó, se buscaba lograr que los tribunales arbitrales se declarasen competentes en supuestos en donde el arbitraje internacional no se contemplaba como un método de resolución de controversias en el Tratado básico, por lo que, parece coherente rechazar el juego de la cláusula de la nación más favorecida en supuestos en donde no conjugaba en nada con la expresa intención de las partes contratantes, “Most-Favored-Nation Treatment...”, art.cit., pp. 86-87. Una apreciación en sentido similar se puede encontrar en la decisión sobre competencia en el asunto Plama c. Bulgaria, donde el tribunal a la hora de enjuiciar la decisión del caso Maffezini declara que “The decision in Maffezini is perhaps understandable. The case concerned a curious requirement that during the first 18 months the dispute be tried in the local courts. The present Tribunal sympathizes with a tribunal that attempts to neutralize such a provision that is nonsensical from a practical point of view. However, such exceptional circumstances should not be treated as a statement of general principle guiding future tribunals in other cases where exceptional circumstances are not present”, cit., cdo.224.

Derecho de los Tratados de 1969<sup>56</sup>, a los que, por otra parte, se hace referencia en algunas de las decisiones sobre competencia anteriormente analizadas<sup>57</sup>.

16. Una última cuestión merece centrar nuestra atención en relación con el ámbito material de la cláusula de la nación más favorecida. En algunos TPPI se recoge expresamente dentro de la redacción de esta cláusula como un límite al juego de la misma la denominada “excepción de la unión aduanera”<sup>58</sup>. Con dicha limitación se quiere evidenciar la imposibilidad de que mediante dicha cláusula se puedan extender las ventajas que en las distintas materias los Estados contratantes otorgan a los inversores de terceros Estados con los que mantienen una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o una unión económica y monetaria<sup>59</sup>. Ejemplo

---

<sup>56</sup> Artículos 31 y 32: “Artículo 31. Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Artículo 32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31; a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

<sup>57</sup> Así, la decisión sobre competencia en el caso Siemens c. Argentina señala que “Ambas partes han basado sus argumentos en la interpretación del Tratado de acuerdo con el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este Artículo dispone que un tratado “deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. El Tribunal se adherirá a esas reglas de interpretación para considerar las disposiciones del Tratado...”, cit., cdo.80; la decisión sobre competencia en el caso Salini c. Jordania declara que “...The Parties are first in disagreement over the application of Article 9(2) of the BIT in the present case. The Tribunal shall proceed to the interpretation of this Article in conformity with Articles 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties which reflect customary international law...”, cit., cdo.75; por último, la decisión sobre competencia en el caso Plama c. Bulgaria declara que “Whilst the Claimant and the Respondent agree that this provision is to be interpreted pursuant to Articles 31 and 32 of the Vienna Convention of 1969..., they reach opposite conclusions”, cit., cdo.188.

<sup>58</sup> Sobre dicha excepción, FORNER i DELAYGUA, J-J.; *La cláusula de la nación más favorecida, La excepción de las uniones aduaneras, de las zonas de libre cambio y de la uniones económicas*, Madrid, Civitas, 1988. En algunos TPPI incluso se llega a limitar expresamente el juego de la nación más favorecida para los supuestos específicos del tratamiento de la rentas obtenidas y la existencia de convenios bilaterales con terceros países relativos a la doble imposición internacional, Vid. ejemplos de estas limitaciones, OCDE; “Most-Favoured-Nation...”, cit., pp.6-7.

<sup>59</sup> Así, por ejemplo, Artículo 3.3. del TPPI modelo de la República Federal Alemana: “Such treatment shall not relate to privileges which either Contracting State accords to investors of third States on account of its membership of, or association with, a customs or economic union, a common market or free trade area”; Artículo 3.3 del TPPI modelo de Holanda: “If a contracting Party has accorded special advantages to nationals of any third State by virtue of agreements establishing customs unions, economic

paradigmático lo encontramos en la posición de España dentro de la Unión Europea y la inclusión, dentro de los TPPI suscritos por nuestro país, de una excepción de este tipo dentro de la cláusula de la nación más favorecida<sup>60</sup>. Incluso, se ha defendido por parte de J.DÍEZ-HOCHLEITNER que, a pesar del silencio que pueda mostrar el TPPI sobre esta excepción en el juego de la cláusula de la nación más favorecida, tal excepción siempre será aplicable, pues deriva directamente de la especial naturaleza de la Comunidad Europea, siendo incompatible cualquier otra interpretación con la existencia misma de ésta<sup>61</sup>.

## V. VALORACION FINAL

17. El incremento incesante de asuntos sometidos al arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras ha venido acompañado de una extrema complejidad en las cuestiones planteadas en la práctica arbitral, problemas que hasta hace bien poco parecían impensables en un ámbito tradicionalmente poco activo y escasamente litigioso. Entre las cuestiones recientemente planteadas en relación con la competencia de los tribunales arbitrales ha alcanzado una importancia considerable la interpretación que ha de otorgarse a la cláusula de la nación más favorecida contemplada en los Tratados de promoción y protección de inversiones y su posible extensión a los métodos de resolución de controversias inversor-Estado.

Los tribunales arbitrales, tal y como hemos analizado, no han seguido un sentido rectilíneo en dicha interpretación. Más aun dos posturas jurisprudenciales parecen enfrentadas. La solución correcta, sin embargo, parece encontrar un mejor acomodo en mantener una posición flexible y de cierta precaución con la idea de una excesiva extensión de los efectos de la cláusula a las disposiciones procesales de los Tratados. El tenor literal de las cláusulas junto con la búsqueda de la intención común de las partes contratantes al incluirlas son indicios claros que deben guiar esta interpretación. Sin embargo, en lo que ya no parece haber dudas es en el papel protagonista que en el actualidad están adquiriendo los métodos alternativos de resolución de controversias, y en especial, el arbitraje internacional, en la solución de los litigios en materia de inversiones extranjeras. Un arbitraje internacional en este ámbito que ha dejado de ser “una bella durmiente” para convertirse en una “verdadera realidad”.

---

*unions, monetary unions or similar institutions, or on the basis of interim agreements leading to such unions or institutions, that Contracting Party shall not be obliged to accord such advantages to nationals of the other Contracting Party”.*

<sup>60</sup> Tal y como señala J.DÍEZ-HOCHLEITNER, “Protección diplomática v. arbitraje de inversiones”, en *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, Universidad Complutense, 2005, p.485, donde se pone el ejemplo del TPPI entre España y Méjico, declarándose que tal excepción “*encuentra reflejo en –términos más o menos similares- en todos los otros APPRI celebrados por España con los países latinoamericanos*”.

<sup>61</sup> J.DÍEZ-HOCHTLEITNER; *La posición del Derecho internacional en el Ordenamiento comunitario*, Madrid, McGrawHill, 1998, p.196.