

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La cláusula de Nación más Favorecida y su alcance en el plano
jurisdiccional en Arbitraje de Inversiones**

Lily Díaz-Granados Pienknagura

Xavier Andrade Cadena, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de ABOGADA

Quito, septiembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

***“La cláusula de Nación más Favorecida y su alcance en el plano jurisdiccional
en Arbitraje de Inversiones”***

Lily Diaz-Granados Pienknagura

Dr. Rodrigo Jijón
Presidente del Tribunal

Dr. Xavier Andrade Cadena
Director de Tesis

Dr. Juan Manuel Marchán
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



The image shows three handwritten signatures in blue ink, each positioned over a horizontal dotted line. The top signature is a tall, vertical stroke. The middle signature is a complex, cursive scribble. The bottom signature is a shorter, more compact scribble.

Quito, 22 de Septiembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTOR/ TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA: La Cláusula de Nación más Favorecida y su alcance en el plano jurisdiccional en EL Arbitraje de Inversiones

ALUMNO: Lily Díaz-Granados Pienknagura

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Siendo la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) una institución transcendental para el sistema de tratados bilaterales de inversión y para el derecho internacional público en general, el estudio presentado por la estudiante reviste importancia.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada.

La hipótesis de si la CNMF es aplicable o no a asuntos jurisdiccionales es trascendente. La jurisprudencia ambigua que existe sobre la materia denota la necesidad de nuevos estudios sobre el alcance de tal institución.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El material utilizado por la autora es pertinente y suficiente.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La estudiante desarrolló su tesina de manera metódica y ordenada. De manera constructiva, se recomienda seguir trabajando en la sintaxis.

Para entender el origen, la función y la naturaleza de la CNMF, la estudiante debió repasar ciertos conceptos básicos de los tratados bilaterales de inversiones que la ayudaron a contextualizar la tesina. Repasados los conceptos, la estudiante realizó un análisis detallado de la jurisprudencia internacional que ha tratado sobre la hipótesis en cuestión. Finalmente, la estudiante aplicó tal hipótesis al caso ecuatoriano, considerando la denuncia de los tratados bilaterales de inversión.

El trabajo constituye un aporte a la academia. Es penoso observar que las particularidades del proceso normativo que ha vivido el Ecuador *vis-à-vis* el arbitraje internacional son normalmente analizadas por extranjeros. Se necesita que los estudiantes y académicos ecuatorianos, quienes tienen un mejor conocimiento sobre el entorno local, sean quienes analicen tales problemáticas.

La tesina aporta nuevas ideas al escaso debate que existe en el Ecuador acerca de las consecuencias jurídicas de ciertas decisiones políticas, como ha sido la denuncia de los tratados bilaterales de inversión. El lector podrá constatar que, en virtud de la CNMF existente en varios tratados, los inversionistas aún podrían poseer derechos similares a los que ostentan los inversionistas cobijados

por tratados no denunciados, con el fin de poder acceder al sistema de arbitraje internacional. En suma, el presente trabajo comprende una investigación útil, oportuna y relevante para nuestra realidad jurídica.

Quito, 29 de julio de 2014.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Xavier Andrade Cadena', written in a cursive style.

Xavier Andrade Cadena

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Lily Díaz Granados Pienknagura

C. I.: 091841693-4

Fecha: Quito, septiembre de 2014



Acta de Grado

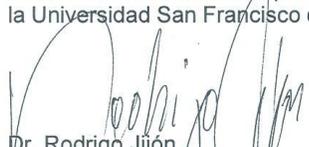
En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico intitulado "La cláusula de Nación más Favorecida y su alcance en el plano jurisdiccional en Arbitraje de Inversiones", presentado por la estudiante, señorita Lily D. Díaz Granados Pienknagura, previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito conformó el Tribunal de Grado con los siguientes profesores:

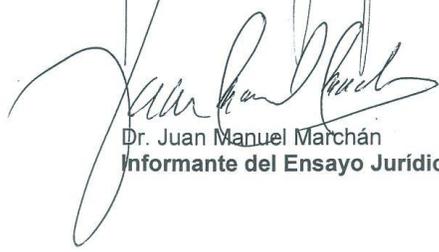
Señor Doctor Rodrigo Jijón, Presidente del Tribunal;
Señor Doctor Xavier Andrade, Director del Ensayo Jurídico;
Señor Doctor Juan Manuel Marchán, Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, decidió asignar a la Defensa Oral la calificación de 95,00/100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 95.5/100, da la nota final de Grado de 95.25 /100, equivalente a " A " la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, el día de hoy, 22 de septiembre de 2014.


Dr. Rodrigo Jijón
Presidente del Tribunal


Dr. Xavier Andrade
Director del Ensayo Jurídico


Dr. Juan Manuel Marchán
Informante del Ensayo Jurídico


Srta. Lily Díaz Granados Pienknagura

DEDICATORIA

A mi familia, que con su apoyo me han hecho sentir que puedo lograrlo, y gracias a su ayuda pude terminar este trabajo.

A mi esposo y mi hija, que son lo más importante en mi vida, por ustedes hice el esfuerzo este último año para que estén orgullosos de mí.

AGRADECIMIENTOS

A mi director, Xavier Andrade, por tener toda la paciencia necesaria y ser siempre una ayuda para guiarme en la elaboración de este trabajo, siempre sobrepasando mis expectativas.

También quisiera agradecer a todos los Profesores que han aportado durante estos años a mis conocimientos. Cada uno de ellos me ha llenado de enseñanzas para poder ejercer mi carrera y ser la profesional que siempre quise ser.

RESUMEN

El Ecuador inició un proceso de denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión en el 2008. Este proceso dejó sin vigencia a varios Tratados; sin embargo, la mayoría se encuentran aún vigentes ya que el proceso de denuncia no ha culminado. Este hecho genera la posibilidad de aplicar la Cláusula de Nación más Favorecida que se encuentra plasmada en diversos Tratados Bilaterales de Inversión.

Este estudio analiza la posibilidad de su aplicación en distintos escenarios. Primero, para eludir el cumplimiento de un requisito previo. Segundo, para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado. Finalmente, para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base. Después de un análisis comparativo de la jurisprudencia sobre el tema, el estudio se enfoca en posibles escenarios de aplicación utilizando los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Ecuador que se encuentran vigentes.

ABSTRACT

Ecuador began a process of denunciation of their Bilateral Investment Treaties in 2008. As a consequence of this process some of the Treaties have been left without validity; however, most are still in force because the denunciation process is not completed. This creates the possibility of applying the Most Favored Nation clause that is embodied in several of those Bilateral Investment Treaties.

This study analyzes the possibility of its application in different scenarios. First, as a way to avoid a procedural requirement prior to arbitration. Second, to allow the investor to appear before a different forum to that provided in the Bilateral Investment Treaty. Finally, to expand subject matter jurisdiction provided in the Treaty. After a comparative analysis of the case law on the subject, the study focuses on possible scenarios of its application using Bilateral Investment Treaties signed by Ecuador that are in force.

Índice

1	Abreviaturas.....	14
2	Capítulo I.- Introducción	15
2.1	Introducción	15
2.2	Los Tratados Bilaterales de Inversión	16
2.2.1	Historia.....	16
2.2.2	Concepto de inversionistas	19
2.2.3	Concepto de inversión	21
2.2.4	Definición y contenido de los TBIs	25
2.3	La Cláusula de Nación Más Favorecida	27
2.3.1	La aplicación de la CNMF en el Derecho Internacional	29
2.4	Conclusiones del Capítulo.....	31
3	Capítulo II.- La Aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida en Materia de Jurisdicción.....	32
3.1	Introducción al tema	32
3.1.1	Aplicación de la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo.....	35
3.1.2	Aplicación de la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base.....	50
3.1.3	Conclusiones del capítulo	59
4	Capítulo III.- Problemática en el Ecuador	60
4.1	¿Cómo funciona el proceso de denuncia de los TBIs?.....	61
4.2	Situación actual de los TBIs en Ecuador.....	63
4.3	Posibilidades de aplicación de la CNMF para inversionistas.....	67
4.3.1	Interpretación del carácter específico o general de la CNMF	67
4.3.2	Aplicación de la CNMF para eludir requisitos de procedimiento	71
4.3.3	Aplicación de la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias.....	73
4.3.4	Aplicación de la CNMF para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base	75

4.4 Conclusiones del Capítulo.....	76
5 Capítulo IV.- Conclusiones	77
6 Bibliografía	81
7 ANEXO 1- Tabla de Jurisprudencias.....	86

1 Abreviaturas

Tratados Bilaterales de Inversiones o Tratado Bilateral de Inversión	TBIs o TBI
Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados	Convenio CIADI
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones	CIADI o Centro
Tratados “Friendship, Commerce and Navigation”	FCN
Cláusula de Nación Más Favorecida	CNMF
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CNUDMI	La Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional
Treaty Shopping	Buscar el tratado con mayor beneficio para solicitar la CNMF

2 Capítulo I.- Introducción

2.1 Introducción

Los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante “TBIs”), suelen contener una cláusula llamada “Cláusula de Nación más Favorecida” (en adelante “CNMF”). Esta cláusula estipula que los estados signatarios del tratado se otorgarán entre ellos un trato no menos favorable que el que conceden a terceros. Es aceptada su aplicación de manera sustantiva; sin embargo, su aplicación en jurisdicción es un tema aún discutido por la jurisprudencia internacional. Su aplicación dentro del ámbito de jurisdicción puede ser: para eludir el cumplimiento de un requisito previo, para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base. Este estudio se enfoca en las diversas posibilidades de aplicación antes mencionadas, explicando las ventajas y desventajas puntualizadas a través de precedentes jurisprudenciales, y, finalmente, analizando la posibilidad de su aplicación con casos utilizando TBIs vigentes que ha suscrito el Ecuador.

El primer capítulo se enfoca en la historia de los TBIs, su definición y contenido. También analiza el concepto de inversionista y de inversiones, análisis que resulta primordial para entender mejor la aplicación de la CNMF. Luego analiza el origen y la aplicación de la CNMF en el Derecho Internacional.

El segundo capítulo consiste en un análisis jurisprudencial de la aplicación de la CNMF en materia de jurisdicción. Este capítulo tiene importancia por cuanto permite entender con qué argumentos y motivación los árbitros aplican o no la CNMF al realizar su decisión respecto a su competencia.

Finalmente, el tercer capítulo analiza cómo funciona el proceso de denuncia de los TBIs en el Ecuador y cuál es la situación actual de todos los TBIs suscritos. Enfocándose en los TBIs vigentes, se estudia la posibilidad de aplicación de la CNMF para los inversionistas extranjeros, analizando tanto los argumentos favorables y aquellos en contra, así como la probabilidad de obtener resultados favorables.

2.2 Los Tratados Bilaterales de Inversión

2.2.1 Historia

Las inversiones extranjeras se pueden trazar hasta la época de los faraones en Egipto. El Estado, así como los privados mantenían inversiones en otros países. En tiempos más recientes, las inversiones extranjeras se ven reflejadas en Inglaterra, que tenía inversiones en India y Canadá a inicios del Siglo XVII tales como el “British East India Company” y el “Hudson Bay Trading Company”. Los holandeses también tenían inversiones, como, por ejemplo, el “East India Company”. Aunque a inicios del Siglo XIX las inversiones eran más indirectas, a través de préstamos y bonos del Estado, a mediados del mencionado siglo se empiezan a observar las inversiones directas modernas. Estas inversiones modernas se caracterizan por su tendencia a crecer rápidamente en cuanto a innovación tecnológica y por el crecimiento de las corporaciones u otras formas de asociación como métodos de levantar, acumular y desplazar capital¹.

Cuando los gobiernos de los Estados que acogen las inversiones extranjeras expropiaban los proyectos de los inversores, ellos buscaban acogerse al derecho internacional para defender sus intereses. Las cortes locales, sin embargo, solían ser hostiles con los inversores, obligándolos a solicitar ayuda a sus países de origen. Los países de los inversores usualmente respondían con fuerza militar (llamada “gunboat diplomacy”) o con protección diplomática².

Estas reacciones entre los Estados y los inversores ante las expropiaciones dieron origen a la Doctrina Calvo. Un abogado Argentino, Carlos Calvo, creó la doctrina Calvo en 1868, estableciendo que los inversores extranjeros tenían derecho a un trato no diferente o mejor que los nacionales del país donde invirtieron. Debían acudir a las cortes nacionales y no podían solicitar protección diplomática a sus países ni tampoco acudir a tribunales de Arbitraje Internacional. La mayoría de países capitalistas rechazaron esta doctrina, pero fue acogida por

¹ R. Doak Bishop, James Crawford y W. Michael Reisman. *Foreign Investment Disputes*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005. p. 2.

² *Id.*, p. 3.

la mayoría de países Latinoamericanos como ley internacional³. Esta doctrina es rechazada en épocas modernas, en especial desde el nacimiento de los TBIs.

Los TBIs surgen en 1778 cuando Estados Unidos de Norte América y Francia concluyeron su primer tratado comercial. Estados Unidos continuó firmando tratados con sus aliados Europeos y subsecuentemente con los Estados Latinoamericanos⁴. El contenido de estos tratados era mayormente de carácter comercial y contenían algunas reglas sobre la expropiación⁵. Posteriormente, nacieron los tratados “Friendship, Commerce and Navigation” (FCN), que también se enfocaban en el comercio pero su objetivo no era la protección de las inversiones⁶. Es recién en 1959 cuando Alemania firmó un tratado con Pakistán que inició la era moderna de los TBIs⁷. Alemania buscaba asegurar la inversión privada dentro del país luego de haber perdido muchos inversores al quebrantar las leyes internacionales e iniciar la Segunda Guerra Mundial, la iniciativa de firmar estos tratados venía del sector privado⁸. Poco tiempo después de que Alemania firmara sus primeros tratados, diversos países Europeos suscribieron otros similares, tales como Suiza (1961) y Francia (1972)⁹.

Si bien esta iniciativa entre Alemania y Pakistán fue el primer TBI moderno, no generó una ola de TBIs de manera inmediata.¹⁰ Hasta 1991 solamente existían 400 TBIs¹¹, pero ya

³ *Ibid*; Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. 365-401. p. 12.

⁴ *Id.*, p. 17.

⁵ *Ibid*.

⁶ *Id.*, p. 18; Alexandra N. Diehl., “Tracing a Success Story or “The Baby Boom of BITs”.” Editores Reinisch, August, Knahr. *International Investment Law*. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2008. pp. 7-25.

⁷ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of International Investment Law*. *Óp. cit.*, p.17.; Alexandra N. Diehl., “Tracing a Success Story or “The Baby Boom of BITs””. *Óp. cit.*, p. 7.

⁸ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of International Investment Law*. *Óp. cit.*, p.18.

⁹ *Id.*, p. 19.

¹⁰ Alexandra N. Diehl., “Tracing a Success Story or “The Baby Boom of BITs””. *Óp. cit.*, p. 8.

¹¹ *Ibid*.

para 1994 un estudio del Banco Mundial indicó que existían más de 700 TBIs¹², para 1996 ya existían 1,000 y para el 2008 ya existían 2,500 TBIs uniendo a más de 170 países.

El propósito de los TBIs es establecer las reglas por las cuales las inversiones realizadas por nacionales de los dos Estados en el territorio de ambos sean protegidas¹³. Algunos juristas consideran que los tratados brindan apoyo a los estándares de la ley internacional que parecía que iban desapareciendo. La opinión contraria es que los Estados que firman estos tratados están creando *lex specialis* entre ellos y no están reflejando la ley internacional¹⁴. El profesor SORNARAJAH considera que es posible pensar que los TBIs pueden en un futuro convertirse en ley internacional puesto que representan evidencia de consistentes acuerdos similares entre los Estados; sin embargo, recalca que esta idea es aun prematura puesto que aun existe suficiente divergencia entre tratados¹⁵.

Una crítica importante a los TBIs es que se suscriben entre Estados que no se encuentran en igualdad de condiciones, es decir un Estado desarrollado y uno en vías de desarrollo¹⁶. Sin embargo, este problema también ha progresado ya que en la década del 2000 los Estados en vías de desarrollo empezaron a firmar tratados entre si, hasta el 2006 sumaban más de 600¹⁷. Incluso, entre el 2003 y el 2006, estos tratados superaban a los tratados entre países desarrollados con países en desarrollo.

Con el surgimiento de éste número alto de TBIs, surgió una necesidad de un marco jurídico internacional aplicable a la inversión extranjera:

En 1961, tan solo dos años posteriormente a que iniciara la era moderna de los Tratados Bilaterales de Inversión, el Banco Mundial tomó ventaja entre las

¹² M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 204.

¹³ *Id.*, p. 205.

¹⁴ *Id.*, p. 206.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*. *Óp. cit.*, p. 207.

¹⁷ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. *Óp. cit.*

organizaciones económicas internacionales para abordar el marco jurídico internacional emergente de la inversión extranjera¹⁸.

Los debates se encontraban con opiniones divididas y era muy difícil encontrar un consenso entre la comunidad internacional. El Consejero Jurídico General del Banco Mundial, Aron Broches, fue quien concluyó que la mejor contribución que podía el Banco Mundial aportar a la comunidad internacional era un medio de procedimientos para resolución imparcial de disputas, sin buscar un consenso profundo en el tema sustantivo.¹⁹ La idea de Broches parecía en un principio simple y vacía; sin embargo, fue la construcción del diseño de lo que iba a convertirse en 1965 el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante “Convenio CIADI”) y para la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “CIADI”)²⁰.

Schreuer ilustra cinco características primordiales del CIADI que generan su efectividad en obtener cooperación internacional para la protección de las inversiones extranjeras. Primero, las compañías e individuos son quienes pueden presentar de manera directa una demanda en contra del Estado contratante. Segundo, la inmunidad estatal es rigurosamente restringida. Tercero, la ley internacional puede ser aplicada a la relación entre el Estado contratante y el inversor. Cuarto, en principio se encuentra excluida la regla de indemnización local. Finalmente, los laudos CIADI son directamente ejecutables frente a cualquier Estado miembro del CIADI²¹.

2.2.2 Concepto de inversionistas

¹⁸ *Id.*, p. 19.

¹⁹ *Id.*, p. 20.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

Varios tratadistas sintetizan a los inversores como: personas, compañías, nacionalidad y accionistas²². A continuación se hará una breve explicación de cada uno.

2.2.2.1 Personas y compañías

El Derecho Internacional de las inversiones se encuentra diseñado para proteger a los inversores extranjeros privados, es decir, un Estado que mantiene inversiones en otro país no puede accionar con fundamento en un TBI como si fuese un nacional. Esto no excluye la posibilidad de protección a entidades gubernamentales siempre y cuando no estén ejerciendo su poder de *imperium* y estén actuando como comerciantes. Los inversores son entonces personas (personas naturales) o compañías (personas jurídicas). La determinación de la calidad de extranjera de la inversión se encuentra plasmada en la nacionalidad del inversor, mas no se toma en cuenta el origen de la inversión o de su capital. La nacionalidad es primordial debido a dos razones: primero, determina la posibilidad de que el inversor se acoja tanto a un TBI como a tratados regionales; segundo, la competencia de un tribunal arbitral se determina, *inter alia*, aplicando la nacionalidad del inversor²³.

2.2.2.2 Nacionalidad

La nacionalidad de un individuo se determina principalmente por la ley del país cuya nacionalidad es reclamada. Un documento emitido por un país que acredite la nacionalidad de un individuo es prueba de la misma, aunque no es prueba plena. Existen diversas jurisprudencias en las cuales se ha determinado que factores, como la pérdida de la nacionalidad, doble nacionalidad, o residencia pueden influenciar en la aplicación de la nacionalidad al caso²⁴.

²² Engela C Schlemmer. "Investment, Investor, Shareholders." dentro de: Peter Munchlinkski, Federico Ortino y Cristoph Schreuer. *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. p. 69.; Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law. Op. cit.*, p.21.

²³ *Id.*, pp. 46-47.

²⁴ Engela C Schlemmer. "Investment, Investor, Shareholders." dentro de: Peter Munchlinkski, Federico Ortino y Cristoph Schreuer. *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. Nueva York:

En cuanto a las compañías, la nacionalidad se determina en función del lugar donde se encuentra inscrita la compañía. Sin embargo, existen diversas teorías, adoptadas por algunas jurisprudencias y en muchos casos contradictorias que estipulan como se debe establecer la nacionalidad de las personas jurídicas²⁵.

La nacionalidad en el caso de los conflictos planteados ante el CIADI se determina por el Artículo 25 (2)(b) del Convenio CIADI. Este artículo soluciona ciertos problemas, como por ejemplo el requerimiento de muchos países de inscribir la compañía inversora dentro del país²⁶.

2.2.2.3 Accionistas

Muchas veces las inversiones nacen a través de la adquisición de acciones en una compañía con distinta nacionalidad a la del inversor. Ha sido generalmente aceptado en el Derecho Internacional que los accionistas tienen derecho a buscar protección independiente que la de la corporación. Sin embargo, la jurisprudencia ha limitado los casos en los que esto pueda suceder²⁷.

2.2.3 Concepto de inversión

Durante mucho tiempo este término ambiguo era visto con la fórmula clásica de “propiedad, derechos e intereses”²⁸. Luego, el término se amplió para incluir activos intangibles, es decir, derechos contractuales que llevaron a que el inversionista extranjero ingrese capital y maquinaria en el país de acogida²⁹. Luego se incluyó también los derechos de propiedad, como por ejemplo, los derivados de contratos de arrendamiento o hipotecas, luego

Oxford University Press, 2008. *Óp. Cit.* Soufraki c. UAE; Olguín c. Paraguay; Champion Trading c. Egipto; Siag c. Egipto., pp. 46-47.

²⁵ Saluka c. República Checa; Yaung Chi Oo c. Myanmar; Champion Trading c. Egipto; Aguas del Tunari c. Bolivia *Id.*, pp. 52.

²⁶ *Id.*, pp. 54.

²⁷ Caso Barcelona Traction *Id.*, pp. 58-59.

²⁸ *Id.*, p. 60.

²⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment. Óp. cit.*, p. 10.

se incluyeron los derechos de propiedad intelectual³⁰. El debate de carácter económico establece que una inversión debe contener lo siguiente:

- (a) La transferencia de fondos
- (b) Un proyecto a largo plazo
- (c) Un objetivo de ingreso regular
- (d) La participación de la persona que transfiere los fondos, al menos hasta cierto punto, en el proyecto
- (e) Un riesgo de negocio³¹.

Estas características son distintivas de una inversión extranjera y la diferencian de una inversión ordinaria o de una transacción financiera³². Este criterio fue plasmado en la jurisprudencia de *Salini c. Moroco* y, por ello, es conocido como “Salini Test”. A estos requisitos el Tribunal también agrega que la inversión debe ser beneficiosa para el interés público y debe existir alguna transferencia del *know-how*. El “Salini Test” ha sido reflejado en diversas jurisprudencias, algunas lo han aceptado en su totalidad, otras parcialmente y otras han creado unos cambios pequeños³³.

La ambigüedad del término no ha sido obstáculo para su utilización. Las partes normalmente pactan sobre el alcance del término, determinando su propia definición para el mismo. Incluso cuando las partes no han acordado una definición para el término aun lo utilizan, dejando abierta la interpretación de su alcance. El CIADI también incluye el término ambiguo en la Convención CIADI para determinar que conflictos serán resueltos dentro del Centro; sin embargo, tampoco incluye una definición para el mismo³⁴.

Es cuando una de las partes dentro del arbitraje propone una excepción de jurisdicción que se debe analizar qué abarca el término inversión. Normalmente los TBIs incluyen una

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of International Investment Law*. *Óp. cit.*, p. 60.

³² *Ibíd.*

³³ Omar E. García Bolívar. *Defining an ICSID Investment: Why Economic Development Should be the Core Element*. <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/defining-an-icsid-investment-why-economic-development-should-be-the-core-element/>. (acceso: 9/10/2013).

³⁴ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of International Investment Law*. *Óp. cit.*, p. 61.

definición de inversión al inicio del tratado y, por tanto, su referencia al Artículo 25 de la Convención CIADI normalmente no se hace para definir el término “inversión”. Este doble enfoque del término “inversión” en la Convención CIADI y en los TBIs, ha llevado a diversas disquisiciones sobre su interpretación y aplicación³⁵. El profesor SCHREUER propone dos problemas principales. El primero consiste en la interpretación del término “inversión” de la Convención CIADI, que no se encuentra definido. El segundo problema se refiere a la posibilidad de que el Artículo 25 de la Convención CIADI permita que los TBIs puedan definir el término. La tendencia general para resolver estos problemas es la interpretación de manera autónoma del Artículo 25 de la Convención CIADI y de los TBIs³⁶.

Hoy en día los Tribunales consideran dos instrumentos para entender mejor lo que abarca el término inversión: el tratado de inversión, y el Artículo 25 del Convenio CIADI³⁷. El Artículo 25 de la Convención CIADI si bien se refiere a inversión no clarifica la definición del término. Más aun, el Reporte de los Directores Ejecutivos es claro cuando sostiene:

No se hizo ningún intento de definir el término "inversión", teniendo en cuenta los requisitos esenciales del consentimiento de las partes, así como los mecanismos a través del cual los Estados contratantes puedan hacer saber de antemano, si así lo desean, las clases de diferencias que serían o no considerarían presentar al Centro³⁸.

Cabe recalcar, sin embargo, que aunque esta sea la versión oficial del Centro, existió una discusión muy agitada para intentar definir el término “inversión”, y aunque fallida, se incorporan limitaciones económicas dentro del Artículo 25 por lo que sí existen limitaciones a la definición³⁹.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ *Ibíd.*

³⁷ Si bien el Artículo 25 de la Convención CIADI es aplicable únicamente para los casos de arbitraje en el CIADI, muchos de los laudos dictados por el CIADI se utilizan como relevantes para otros tratados. Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007. p. 164.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Id.*, p. 165.; Engela C Schlemmer. “Investment, Investor, Shareholders.” *Óp. cit.*, p. 63.; Noah Rubins y N. Stephan Kinsella. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A practitioner's guide*. Oxford University Press, 2005. p. 294.

En cuanto a la definición del término “inversión” en los TBIs, casi todos incluyen una definición similar para delimitarlo. Normalmente se incluyen cinco categorías de derechos: propiedad, acciones, contratos, derechos de propiedad intelectual y derechos derivados de la ley⁴⁰. Esto se encuentra reflejado en el modelo de TBI del Reino Unido que expresa:

A los efectos del presente Acuerdo:

- (a) "inversión" significa todo tipo de activo, poseído o controlado, directa o indirectamente, y, en particular, aunque no exclusivamente, incluye:
 - (i) bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales tales como hipotecas, gravámenes o prendas;
 - (ii) acciones, títulos y obligaciones de una empresa y cualquier otra forma de la participación en sociedades;
 - (iii) derechos a dinero o a cualquier prestaciones bajo contrato que tenga un valor financiero;
 - (iv) los derechos de propiedad intelectual, los procesos de fondo de comercio, técnicas y know-how;
 - (v) concesiones comerciales otorgadas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales⁴¹.

Se encuentran también provisiones similares en TBIs como los de Alemania, Francia, y Holanda⁴². El modelo de Estados Unidos varía al definir a inversión:

"Inversión " significa todo activo de propiedad que un inversionista sea dueño o controle, directa o indirectamente , que tenga las características de una inversión , incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos , la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgos. Formas que una inversión puede tomar incluyen :

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el capital de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;¹
- (d) futuros, opciones y otros derivados;

⁴⁰ Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration. Óp. cit.*, p. 171.

⁴¹ Modelo Tratado Bilateral de Inversión de Reino Unido, [http://ebooks.narotama.ac.id/files/The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%2010%20United%20Kingdom%20Model%20BIT%20\(2005,%20with%202006%20amendments\).pdf](http://ebooks.narotama.ac.id/files/The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%2010%20United%20Kingdom%20Model%20BIT%20(2005,%20with%202006%20amendments).pdf). (acceso: 15/12/2013).

⁴² Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration. Óp. cit.*, p. 171.

- (e) llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de reparto de ingresos, y otros contratos similares ;
- (f) los derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la ley local,^{2, 3}
- y
- (h) otros bienes tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los bienes relacionados con derechos, como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías colaterales.

¹ Algunas formas de deuda, como los bonos, obligaciones y pagarés a largo plazo, son más propensos a tener la características de una inversión , mientras que otras formas de deuda, tales como las reclamaciones de pago que son inmediatamente debido y el resultado de la venta de bienes o servicios, es menos probable que tengan estas características.

² El que un determinado tipo de licencia, autorización, permiso o instrumento similar (incluyendo una concesión, en la medida en que tenga la naturaleza de tal instrumento) tiene las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos que el tenedor de conformidad con la ley de la Parte. Entre las licencias, autorizaciones, permisos o instrumentos similares que no tienen las características de una inversión están aquellos que no generan derechos protegidos en la legislación nacional. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con la licencia, autorización, permiso o instrumento similar tenga las características de una inversión.

³ El término "inversión" no incluye una orden o sentencia dictada en un procedimiento judicial o administrativo⁴³.

Este modelo de Estados Unidos es más específico, probablemente genere mayor certeza para los inversionistas⁴⁴.

2.2.4 Definición y contenido de los TBIs

Los TBIs se asemejan en cuanto a contenido y a su propósito ya que nacen en su mayoría de similares fuentes⁴⁵. Antes de que existan los TBIs, se buscaba crear instrumentos

⁴³ Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de Norte América, <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf>. (acceso: 15/12/2013).

⁴⁴ Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration. Óp. cit.*, p. 172.

⁴⁵ Estas fuentes son principalmente borradores preparados en 1959 por un grupo liderado por Abs y Shawcross y en 1967 por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, o en los tratados FCN. *Id.*, p. 26.

para la protección de la inversión; sin embargo, estos instrumentos carecían de reglas fuertes y claras. Esto cambia con los TBIs, ya que se pueden ajustar más a las necesidades particulares de las partes, contener reglas específicas y no principios generales (como los Tratados Multilaterales)⁴⁶. Los TBIs también nacen en respuesta a una preocupación de los países desarrollados en cuanto al quebrantamiento de las reglas por los países en vías de desarrollo. Los regímenes contractuales en los que se fundamentaban las inversiones extranjeras se encontraban en constante cambio arbitrario para que sea más favorable a los países en vías de desarrollo y esto generaba un prejuicio evidente a los inversionistas⁴⁷.

Los TBIs contienen, por lo general, una estructura similar. Primero, se encuentra el “Preámbulo”, en donde se expresa la voluntad de las partes de mejorar la cooperación económica entre ellas y un reconocimiento que el invitar y proteger inversiones va a mejorar la cooperación económica⁴⁸.

Luego, se encuentran enmarcadas “Definiciones”, las más importantes siendo la definición de “nacional” (para determinar el alcance *ratione personae* del tratado), y la definición de “inversión” (para determinar el alcance de la jurisdicción o el alcance *ratione materiae* del tratado)⁴⁹.

Otra sección que se encuentra en la mayoría de tratados es la de “Admisión”, en donde normalmente se señala cuales son las inversiones que se encuentran promovidas dentro de las leyes del país que las recibe⁵⁰.

A continuación suele encontrarse la sección de “Derechos sustantivos” que por lo general incluye las siguientes cláusulas: tratamiento justo y equitativo, tratamiento nacional, tratamiento de nación más favorecida, plena protección y seguridad, protección de expropiación y en algunos casos, una cláusula paraguas⁵¹.

⁴⁶ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*. Óp. cit., p. 212.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Campbell McLachlan QC, Laurence Shore y Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration*. Óp. cit., p. 28.

⁴⁹ *Id.*, p. 29.

⁵⁰ *Ibíd.*

⁵¹ *Id.*, p. 29.

Posteriormente, se encuentra en la mayoría de TBIs una “Cláusula de Guerra”, en donde se determina lo que sucede en el evento de que exista una guerra civil que perjudique a la inversión por daños a la propiedad⁵².

Por lo general los TBIs tienen una “Cláusula de Libre Transferencia de Inversiones y Ganancias”. También contienen la “Cláusula de Resolución de Controversias”, la de “Subrogación”, la de “Disputas de Estado con Estado” y la cláusula de “Duración”⁵³.

2.3 La Cláusula de Nación Más Favorecida

Dentro del principio de no discriminación, se debería entender incluida la uniformidad e igualdad; sin embargo, no se puede interpretar que este principio obliga a que el Estado receptor deba dar un trato igual o similar a todos los inversores que se encuentran en su territorio⁵⁴. Un Estado puede pactar diferentes condiciones en distintos tratados si lo ameritan las circunstancias. Por esta razón, muchos tratados incluyen la CNMF, para “situaciones similares” o “circunstancias similares”⁵⁵. ACCONCI correctamente afirma que:

(...) ya que el objetivo último del principio de no discriminación es hacer que los inversores extranjeros de diferentes países y los inversionistas nacionales compitan en el mismo nivel, es suficiente con que un Estado receptor otorgue a los inversores extranjeros “ ‘un trato no menos favorable’ que el otorgado a la ‘más favorecida’ tercera nación .. y para [sus] ciudadanos” siempre y cuando el principio *ejusdem generis* se encuentre satisfecho⁵⁶.

Este principio de *ejusdem generis* quiere decir que el tratado internacional que incluye la CNMF, debe contener la misma materia que el tratado internacional que proporciona el trato más favorable para que la aplicación de la CNMF sea posible⁵⁷.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ *Id.*, pp. 81-82.

⁵⁴ Acconci, Pia. “Most-Favoured Nation Treatment”. dentro de: Peter Munchlinkski, Federico Ortino y Cristoph Schreuer. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. p. 365.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Id.*, p. 366.

La CNMF no se puede aplicar cuando únicamente inversores del mismo país han invertido en el país receptor, puesto que no existe otro trato al cual se puede comparar y considerar más favorable.

El origen de la CNMF se remonta al siglo XV y se encuentra reflejada en un tratado entre el Rey Enrique V de Inglaterra y el Duque Juan de Borgoña celebrada en Amiens el 17 de Agosto de 1417. En este tratado se concedía el derecho a los barcos Ingleses a utilizar puertos de la misma manera que los franceses, holandeses y escoceses⁵⁸. La CNMF aplicaba de manera específica a regiones señaladas en el tratado, no de manera general a terceros Estados, evidentemente ha existido una gran evolución durante los últimos seis siglos en las CNMF⁵⁹.

La CNMF se encuentra por lo general dentro de los derechos de los TBIs⁶⁰. La función de esta cláusula es garantizar que las partes se traten a ellas mismas a lo menos de la manera más favorable que tratan a terceras partes⁶¹. Para mayor entendimiento, TAWIL determina que:

Bajo una cláusula de nación más favorecida, un Estado- el Estado concedente- se obligue a conceder a otro Estado- el Estado beneficiario- o a personas o cosas en determinada relación con ese Estado, un trato no menos favorable que el que se confiera a un tercer Estado o a las personas o cosas en la misma relación con ese tercer Estado, en casos similares⁶².

Existen diversas variaciones de la CNMF, la versión más común se encuentra plasmada en el modelo de TBIs de Alemania:

⁵⁸ Guido Santiago Tawil. "Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration". Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, *et al.* (eds). *International Investment Law for the 21st Century- Essays in Honour of Christoph Schreuer*. New York: Oxford University Press, 2009. 9-30. p. 10.

⁵⁹ *Ibíd.*

⁶⁰ Noah Rubins y N. Stephan Kinsella. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution*. *Óp. cit.*, p. 228.

⁶¹ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. *Óp. cit.*, p. 186.

⁶² Guido Santiago Tawil. "Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration". *Óp. cit.*, p. 10.

(1) Ninguno Estado Contratante someterá en su territorio a las inversiones de propiedad o controladas por los inversores del otro Estado Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado.

(2) Ninguno Estado Contratante someterá a los inversionistas del otro Estado Contratante, en lo que respecta a sus actividades relacionadas con las inversiones en su territorio, a un trato menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier tercer Estado⁶³.

Existen variaciones a esta versión en la cual en lugar de referirse al mismo “trato”, se refiere a “todo lo pactado en este acuerdo”. También existen tratados en donde la CNMF se encuentra especificada en cuando a su aplicación y se limita a su aplicación para ciertos artículos del tratado. Esto nace en respuesta al problema jurídico materia de este trabajo⁶⁴.

La CNMF, como regla general, es incondicional, recíproca, e indeterminada. Las CNMF son formuladas de manera incondicional ya que suelen ser sin restricciones, automática e inmediatamente aplicables. Estas cláusulas son indeterminadas puesto que son ilimitadas *ratione materiae*, *ratione personae*, y *ratione temporis*. Son recíprocas ya que refieren a relaciones mutuas entre dos países. Sus limitaciones se encuentran plasmadas dentro de la misma cláusula, en caso de no existir limitaciones plasmadas, la cláusula es incondicional. Debido a esto, generalmente la cláusula se encuentra distinta en cada tratado, por lo que su ámbito de aplicación se convierte más difícil de determinar⁶⁵.

2.3.1 La aplicación de la CNMF en el Derecho Internacional

El profesor COLE propone tres limitaciones a la aplicación de la CNMF en el Derecho Internacional. La primera es una limitación *ratione temporis*, que consiste en la afirmación de que la CNMF únicamente tendrá efecto en cuanto al tratamiento más favorable que es posterior al tratado que contiene la CNMF. La segunda limitación es *ratione personae*, y

⁶³ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Óp. cit., p. 187.; Modelo Tratado Bilateral de Inversión de Alemania, <http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>. (acceso: 15/12/2013).

⁶⁴ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Óp. cit., p. 187.

⁶⁵ Acconci, Pia. “Most-Favoured Nation Treatment”. Óp. cit., pp. 267-268.

consiste en que, al mirar el tratamiento favorable, no debe verse únicamente en función del inversor que evoca la CNMF, sino en función a todos los inversiones que se encuentran protegidos por esta cláusula. Finalmente, es importante recalcar que la cláusula no únicamente proporciona al beneficiario tratamiento igual que la tercera parte, sino que también excluye acceso al beneficiario al tratamiento originalmente prometido⁶⁶.

Es importante recalcar el efecto autónomo e inmediato que tiene la CNMF, independiente de cualquier necesidad de invocar la existencia de la cláusula. Esto quiere decir que cuando dos países han firmado un tratado con una CNMF y uno de los Estados ofrece un trato más favorable a un tercer Estado, automáticamente el otro Estado tiene derecho a este trato más favorable⁶⁷.

Sin embargo, existe el problema de determinar si es que el Estado afectado gana un derecho a reclamar o si es que el Estado que violento el tratado gana una obligación instantánea⁶⁸. La primera forma de entender este efecto inmediato de la CNMF es que “el momento que un Estado da un trato favorable a un tercer Estado, el Estado beneficiario de la Cláusula gana un derecho a reclamar que este trato más favorable también sea otorgado a él”⁶⁹. Esta forma de ver la obligación tiene un problema, si bien en casos el trato favorable es evidente, en muchos casos el trato favorable puede ser discutido; por tanto, muchos Estados por miedo a tener que proporcionar este nuevo trato a antiguos inversores, serían mucho más cautelosos en los nuevos tratados. Sin embargo, esta visión tiene la ventaja de que al ser necesario que exista un reclamo para el trato más favorable, los Estados no serán castigados por los años de no proporcionar este trato menos favorable en buena fe, ya que el derecho del mejor trato nacería con el reclamo, mientras que el trato favorable a un tercero únicamente generaría derecho de reclamo. A la vez, esto generaría un problema al beneficiario que se

⁶⁶ Cole, Tony. “The Boundaries of Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law”. 22 de Marzo de 2011. *Social Science Research Network*. 33 Michigan Journal of International Law 537 (2012). 8 de Noviembre de 2013 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1792542>. p. 568.

⁶⁷ *Id.*, p. 569.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

vería obligado a monitorear el trato que todos los países con los que tiene acordado una CNMF tiene con terceros para poder exigir el derecho de reclamo⁷⁰.

La otra forma sería la obligación instantánea, mediante la cual se eliminaría la necesidad de invocar el derecho por parte del beneficiario. En este escenario, el Estado que da un trato más favorable a un tercer Estado, se encuentra inmediatamente obligado a dar el trato más favorable al beneficiario de la CNMF. Como consecuencia, cualquier reclamo que el Estado beneficiario haga en cuando a trato más favorable a terceros, estará vigente desde que se inició el trato más favorable, no desde el reclamo⁷¹. En cuanto a cual de las dos tesis es aplicable para el derecho internacional, aun existe controversia sobre el tema, aunque el profesor COLE considera que es más afín a los principios de Derecho Internacional la obligación instantánea⁷².

2.4 Conclusiones del Capítulo

Las inversiones extranjeras se pueden trazar hasta la época de los faraones en Egipto, ya que el Estado así como los privados tenían inversiones en otros Estados. Los TBIs nacen como respuesta tanto al gran crecimiento de inversiones en épocas actuales, como a la necesidad de protección de estos inversionistas.

Los TBIs usualmente contienen la CNMF, que ha sido definida como una cláusula mediante la cual un Estado se obliga a conceder a otro Estado y a personas relacionadas con el Estado, un trato no menos favorable que el que se le confiera a un tercer Estado.

Este trabajo estudia a continuación la aplicación de la CNMF en temas de jurisdicción. No existe duda sobre su aplicación en temas sustantivos, la jurisprudencia es uniforme. Sin embargo, esta cláusula genera dificultoso debate en su aplicación en jurisdicción, materia que será profundizada.

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Ibíd.*

3 Capítulo II.- La Aplicación de la Cláusula de Nación Más Favorecida en Materia de Jurisdicción

3.1 Introducción al tema

El consentimiento al arbitraje de inversiones proviene generalmente de tres fuentes principales⁷³. La primera se encuentra en los contratos firmados por los Estados receptores de inversión con los inversionistas. La segunda en la forma de una oferta de arbitraje dentro de la legislación del Estado receptor, junto con la aceptación por escrito del inversor; y, finalmente, la tercera forma de consentimiento es la que se encuentra plasmada en los TBIs⁷⁴. Dentro de la tercera forma de consentimiento se encuentra la CNMF. La CNMF, según el profesor PÉREZ CORTÉS:

(...) una cláusula de un tratado por medio de la cual, un Estado parte asume la obligación de otorgar a otro Estado parte, o a personas o cosas en una determinada relación con este último, un trato no menos favorable que el otorgado a un tercer Estado o a personas o cosas en la misma relación con ese tercer Estado⁷⁵.

La mayoría de juristas llega a esta misma conclusión en cuanto a la naturaleza de la CNMF; es decir, su propósito es asegurar que las partes tengan un trato que sea, por lo menos no menos favorable que aquel ofrecido a terceras partes⁷⁶.

⁷³ Ignacio Pérez Cortés y María Alejandra Etchegorry. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. dentro de: Carlos Alberto Soto Coaguila. *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011. p. 247.; Schreuer, Cristoph. “Consent to Arbitration”. dentro de: Peter Munchlinkski, Federico Ortino y Cristoph Schreuer. *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. pp. 830-867. p. 830.

⁷⁴ Ignacio Pérez Cortés y María Alejandra Etchegorry. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. *Óp. cit.*, p. 248.; Schreuer, Cristoph. “Consent to Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 830.

⁷⁵ Ignacio Pérez Cortés y María Alejandra Etchegorry. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. *Óp. cit.*, p. 249.

⁷⁶ Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. *Óp. cit.*, p. 186; Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 11.; Kaj Hobér. “MFN Clauses and Dispute Resolution in Investment Treaties: Have we reached the end of the road?” Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, et al. (eds). *International Investment Law for the 21st Century- Essays in Honour of*

Diversos inversores han invocado la CNMF dentro de procesos arbitrales con el fin de aplicar cláusulas de solución de controversias más favorables que se encuentran dentro de otros tratados de inversión. El uso de la CNMF para jurisdicción ha despertado amplio debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, desde que el caso *Maffezini*⁷⁷ permitió la aplicación de la cláusula en este sentido⁷⁸.

Es primordial establecer si existe una regla o principio general para la aplicación de la CNMF en asuntos de jurisdicción; al respecto se han establecido dos reglas generales y contradictorias dentro de los precedentes jurisprudenciales:

<p>Tesis 1</p> <p>La CNMF sólo es aplicable a los derechos sustanciales del inversor, no a cuestiones adjetivas relativas a la solución de controversias, salvo que el TBI de que se trate disponga lo contrario o se demuestre que la intención de las partes en el tratado era que la CNMF se aplicase a ese tipo de cuestiones</p>	<p>Tesis 2</p> <p>La CNMF es aplicable a cuestiones adjetivas sobre solución de controversias, a menos que el TBI de que se trate disponga expresamente lo contrario o que se demuestre que la intención de las partes era que la CNMF no aplique a ese tipo de cuestiones⁷⁹.</p>
---	--

Dependiendo de cuál tesis se adopte, varía la carga de la prueba. Si el tribunal adopta la Tesis 1, el inversor es quien debe demostrar que “el TBI invocado permite expresamente aplicar la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias o que fue intención de las partes que la CNMF se aplicase a ese tipo de cuestiones”⁸⁰. Por otro lado, en caso de

Christoph Schreuer. Nueva York: Oxford University Press, 2009. pp. 31-41. p. 33.; R. Doak Bishop, James Crawford y W. Michael Reisman. *Foreign Investment Disputes*. *Óp. cit.*, p. 1156.; M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*. *Óp. cit.*, p. 236.

⁷⁷ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000.

⁷⁸ Ignacio Pérez Cortés y Maria Alejandra Etchegorry. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. *Óp. cit.*, p. 250.; Acconci, Pia. “Most-Favoured Nation Treatment”. *Óp. cit.*, pp. 387.

⁷⁹ Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 11.; Ignacio Pérez Cortés y Maria Alejandra Etchegorry. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. *Óp. cit.*, p. 251.

⁸⁰ Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 13.; Ignacio Pérez Cortés y Maria Alejandra Etchegorry. “El

admitirse la segunda tesis, es el Estado quien debe demostrar que se encuentra frente a una excepción⁸¹.

Para delimitar la problemática, es importante distinguir que existen dos grupos de casos en cuanto a la aplicación de la CNMF a cuestiones de jurisdicción:

Grupo 1	Grupo 2
Se ha invocado la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo para acceder al Arbitraje Internacional.	La CNMF ha sido invocada para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base ⁸² .

En cuanto al primer grupo de controversias, existe jurisprudencia mediante la cual se ha intentado eludir el cumplimiento de un requisito para que cierta inversión pueda ser sometida a arbitraje. El caso más común es el del requisito de que el inversionista se someta a los tribunales locales del Estado receptor de la inversión durante cierto tiempo, como condición previa⁸³.

En el segundo grupo, los inversores intentaron utilizar la CNMF para “importar” el consentimiento al arbitraje de un tratado distinto al aplicable. Dentro del caso *RosInvest*⁸⁴ el

Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. *Óp. cit.*, p. 252.

⁸¹ *Ibíd.*

⁸² Ignacio Pérez Cortés y María Alejandra Etchegorry. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. *Óp. cit.*, p. 260.; Christoph Schreuer y Rudolf Dolzer., *The Oxford Handbook of International Investment Law*. *Óp. cit.*, Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*

⁸³ Ignacio Pérez Cortés y María Alejandra Etchegorry. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. *Óp. cit.*, p. 260.

⁸⁴ *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación de Rusia*, No.V 079 / 2005. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Octubre 2007.

tribunal resolvió positivamente sobre su competencia aplicando la CNMF. Sin embargo, este es el único caso en donde se ha resuelto favorablemente⁸⁵.

3.1.1 Aplicación de la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo

La aplicación de la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo es un problema jurídico que ha generado discusiones en el mundo académico durante varios años. Se podría decir de manera general que existe un consenso en la jurisprudencia de que no hay una única y válida interpretación de las CNMF. La jurisprudencia analiza a profundidad la “redacción de cada cláusula, el contexto mediante el cual fue redactada, y el objeto y propósito del tratado que lo contiene”⁸⁶. Tres casos en la Corte Internacional de Justicia traen a colación este problema (Caso de la Petrolera Anglo-Iraní, Caso concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos y Caso Ambatielos) y, posteriormente, el caso emblemático *Maffezini* se fundamenta en estos tres casos para resolver sobre su competencia⁸⁷. Por otro lado, el caso *Salini* versa sobre el mismo problema jurídico llegando a una conclusión distinta.

3.1.1.1 Caso de la Petrolera Anglo-Iraní

En abril de 1933, el gobierno de Irán pactó un acuerdo con la empresa Anglo-Iranian Oil Company. Durante el año de 1951 se promulgaron leyes en Irán mediante las cuales se nacionalizó el petróleo y consecuentemente la compañía Anglo-Iranian Oil. El Reino Unido hizo suya la causa e, invocando su derecho a la protección diplomática, inició un procedimiento ante la Corte Internacional de Justicia. Irán rechazó la competencia de la Corte.

Reino Unido intentó utilizar la CNMF para que la Corte resuelva positivamente sobre su competencia. Para analizar sobre su jurisdicción, la Corte discutió sobre la posibilidad de que los tratados firmados por Irán (invocados por Reino Unido) antes de la Declaración

⁸⁵ *Id.*, p. 263.

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 12.

Universal de los Derechos Humanos (en adelante, “la Declaración”) sean aplicables. La Corte llegó a la conclusión de que no es posible aplicar estos tratados pues solamente se pueden aplicar tratados que hayan sido suscritos después de la Declaración y con una votación resultante de 9 votos contra 5; consideró que Reino Unido no puede fundamentar la competencia de la Corte en tratados anteriores y se declaró incompetente para conocer el caso.⁸⁸

El caso *Maffezini*⁸⁹ citó a este caso y consideró que la relevancia del mismo se resulta de la delimitación del principio *res inter alios acta*. Citó como relevante del caso las siguientes declaraciones de la Corte: “Un tratado con un tercero, independiente y aislado del tratado básico, no produce efecto jurídico alguno entre el Reino Unido e Irán: es *res inter alios acta*”⁹⁰.

Cabe recalcar que la razón por la cual no se aplicó la CNFM en este caso es porque los TBIs invocados por el Reino Unido eran posteriores a la Declaración. La Corte sostuvo que los argumentos sobre la temporalidad son válidos pero que no puede fundamentarse en una interpretación meramente gramatical y que debe observar también la intención de Irán al momento de suscribir la Declaración. La Corte determinó que de la lectura natural del texto se desprende que solamente se deben considerar los tratados posteriores a la ratificación y para llegar a otra conclusión se debieron presentar razones que el Reino Unido nunca presentó. Además, la Corte analizó que Irán tenía una intención de formular su declaración de una forma muy restrictiva puesto que durante esa época también había denunciado muchos tratados y que, por lo tanto, sería erróneo pensar que su intención era aprobar la Declaración y aceptar que se sometieran las controversias relativas a todos esos tratados a un Tribunal Internacional.

Es importante notar que en este caso el rechazo de la Corte Internacional de Justicia a utilizar la CNMF no se debió a la cláusula en sí, sino que no se aceptó la utilización de la CNMF ya que los tratados de terceros con los que Reino Unido fundamentaba sus derechos

⁸⁸ Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Excepción Preliminar). *Cátedra I de Derecho Internacional Público C.I.J. Resúmenes (1948-2014)*. Facultad de Derecho Universidad Católica de La Plata. <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/16.pdf>. (acceso: 3/4/2014).

⁸⁹ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000. *Óp. Cit.*

⁹⁰ Caso de la Anglo-Iranian Oil Co., Corte Internacional de Justicia, Reports 1952, <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>. (acceso: 3/4/2014).

más favorables no podían ser considerados por la Corte debido a su temporalidad anterior a la Declaración. Es posible que la decisión de la Corte hubiese sido distinta si los Tratados solicitados hubieren cumplido con el requisito de temporalidad y de esta forma, se hubiese analizado el fondo de la aplicación de la CNMF. Sin embargo, el Tribunal en *Mafezzini* utilizó esta jurisprudencia para fundamentar su decisión, misma que será objeto de análisis posteriormente.

3.1.1.2 Caso concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos

El caso concerniente a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos fue presentado en contra de los Estados Unidos por una solicitud del gobierno de la República francesa⁹¹. En este caso, la Corte Internacional de Justicia debió decidir si una CNMF contenida en un tratado de comercio incluía el derecho a ejercer la jurisdicción consular derivada de un tratado con terceros⁹².

En este caso la Corte tampoco analizó a la CNMF ya que llegó a la conclusión que este tratado con terceros ya no estaba vigente y, por tanto, no se podía utilizar la CNMF para valerse de derechos con terceros con fundamento en un tratado que no se encontraba vigente.

El Tribunal de *Maffezini*⁹³ también citó este caso para fundamentar su jurisdicción, a pesar de que tampoco analizó el fondo de la CNMF, al igual que en el caso anterior (el caso de la Compañía Petrolera Anglo-Iraní). En éste caso no se pudo analizar la CNMF puesto que el

⁹¹ Caso Relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos. 2014. *Catedra I de Derecho Internacional Público C.I.J. Resúmenes (1948-2014)*. Facultad de Derecho Universidad Católica de la Plata. <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/17.pdf>. (acceso: 1/4/2014).; Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Excepción Preliminar). *Cátedra I de Derecho Internacional Público C.I.J. Resúmenes (1948-2014)*. Facultad de Derecho Universidad Católica de La Plata. <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/16.pdf>. (acceso: 3/4/2014).

⁹² Caso de los derechos de los Nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos. Corte Internacional de Justicia, Reports 1952. <http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>. (acceso: 3/4/2014).

⁹³ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000. *Óp. Cit.*

tratado mediante el cual es accionante fundamentaba los derechos más favorables ya no se encontraba vigente.

3.1.1.3 Caso Ambatielos

En el caso Ambatielos entre Grecia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Grecia inició un procedimiento, mediante el cual el Estado griego, en representación de su ciudadano (Ambatielos), solicitó a la Corte Internacional de Justicia el someter a arbitraje una reclamación sobre la base de los tratados suscritos en 1886 y el 1926 entre las partes⁹⁴.

La reclamación y la solicitud de que la controversia fuera sometida al arbitraje fue fundamentada en la CNMF. La Corte no trató la CNMF, el caso fue remitido a la Comisión de Arbitraje de la Corte Internacional de Justicia, que sí analizó la cláusula.

La Comisión de Arbitraje analizó nuevamente la relevancia de la regla *ejusdem generis* y consideró que la CNMF solamente puede incluir materias de la misma categoría de asuntos a los que se refiere la propia cláusula⁹⁵. Sin embargo, el alcance de la regla se definió de manera amplia por la Comisión:

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 Tratado⁹⁶.

⁹⁴ Caso Ambatielos (Fondo del Asunto). 2014. *Catedra I de Derecho Internacional Público C.I.J. Resúmenes (1948-2014)*. Facultad de Derecho Universidad Católica de La Plata. <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/18.pdf>. (acceso: 1/4/2014).

⁹⁵ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000.

⁹⁶ Reporte de Laudos Arbitrales Internacionales Caso Ambatielos. VOLUME XII pp. 83-153. Naciones Unidas, 2006. p. 107.

En este caso es importante considerar que, al igual que en los casos analizados anteriormente, la CNMF no fue aplicada. La inaplicación de la CNMF obedece a la existencia de elementos adicionales dentro del caso, más que al alcance mismo y aplicación de la cláusula. Es decir, se analizaron derechos que se consideraban más favorables, llegando así a la conclusión de que no existen derechos más favorables en los tratados invocados; y, por esta razón, no se aplicó la CNMF. Por consiguiente, nunca se analizó si la CNMF era aplicable. Es posible que si la Corte llegaba a la conclusión que en efecto existían derechos más favorables en los tratados invocados, se hubiera pronunciado a favor de la aplicación de la CNMF.

Estos hechos son primordiales para analizar el caso *Maffezini*, ya que podría considerarse extraño que en este caso emblemático, en el cual sí se aplicó la CNMF, se utilicen estos casos analizados cuando los mismos no concedieron a las partes la posibilidad de utilizar la CNMF que fue solicitada.

3.1.1.4 Caso Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España

Emilio Agustín Maffezini, nacional de la República Argentina interpuso un arbitraje en contra del Reino de España ante el CIADI. Maffezini tenía una compañía para la fabricación y distribución de productos químicos en la región española de Galicia y el arbitraje trató sobre su inversión. Maffezini buscó aplicar la CNMF utilizando el TBI suscrito entre República de Chile y España, que contenía derechos más favorables. Alegó que dicho tratado otorgaba derechos más favorables en específico sobre dos temas: el agotamiento de recursos internos en España y la obligación de someter el caso ante tribunales españoles durante cierto tiempo antes de poder acudir a Arbitraje Internacional⁹⁷.

La CNMF plasmada en el TBI Argentina-España estipulaba:

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 país⁹⁸.

⁹⁷ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000.

⁹⁸ *Ibíd.*, párr. 38.

Para resolver sobre su competencia el Tribunal primero analizó de manera extensiva las tres jurisprudencias que fueron citadas anteriormente en el presente trabajo⁹⁹. Fundamentándose en estas jurisprudencias el Tribunal creó importantes precedentes respecto a los principios *ejusdem generis* y *res inter alios acta*; parámetros establecidos para resolver sobre su competencia.

En cuanto al principio de *ejusdem generis*, el Tribunal consideró que se respeta este principio siempre y cuando el tratado celebrado con un tercero también se refiera a la misma materia del tratado básico. Una de las interrogantes absueltas por el Tribunal fue si el TBI versa sobre la protección de inversiones extranjeras o sobre la promoción de comercio, entonces se podría entender que las disposiciones sobre la solución de controversias aplicarían en contexto de estas materias¹⁰⁰.

El Tribunal analizó diversas formas en que la CNMF puede ser aplicable: en los TBIs que suscribe Reino Unido, la CNMF tiene una referencia directa a las cláusulas de solución de controversias, por tanto, es evidente que en estos casos sí se incluye la solución de controversias. Otros TBIs disponen “todos los derechos contenidos en el presente Acuerdo” o “todas las materias regidos por el presente acuerdo”, como, por ejemplo, en el TBI entre Argentina y España. En cuanto al principio de *ejusdem generis* el Tribunal concluyó 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 comercio¹⁰¹.

El Tribunal consideró que la aplicación de la CNMF puede llevar a un resultado de armonización y ampliaciones del alcance de los mecanismos de solución de controversias, pero deben existir límites:

⁹⁹ Caso de la Petrolera Anglo-Iraní (véase p. 31), Caso concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (véase p. 33) y Caso Ambatielos (véase p. 34)

¹⁰⁰ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000. *Óp. Cit.*, párr. 53.

¹⁰¹ *Id.*, párr. 54.

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 frecuencia¹⁰².

Deberán las partes o los Tribunales identificar estos elementos que se consideren de política pública. El Tribunal consideró importante dejar claro que existe una “legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula”¹⁰³ y, por otro lado, una “alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas”¹⁰⁴.

Para decidir en cuál de los dos parámetros se aplica al caso que se encontraba analizando el Tribunal, los árbitros investigaron el contenido de los demás TBIs suscritos por España y observaron que no es de política del país establecer límites en la cláusula resolución de controversias. Incluso, solamente en el TBI suscrito con la República Argentina existe esta disposición mientras que en los demás TBIs la práctica preferida de España es permitir el arbitraje, sin condiciones previas ni necesidad de acudir a la jurisdicción nacional¹⁰⁵. Al finalizar este análisis el Tribunal sostuvo:

A la luz de las consideraciones expuestas, el Tribunal es de la opinión que el Demandante ha demostrado convincentemente que la cláusula de la nación más favorecida incluida en el ABI Argentina-España comprende las disposiciones sobre solución de controversias de este tratado. Por consiguiente, sobre la base de los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile-España y la política jurídica adoptada por España respecto del tratamiento de sus propios inversores en el extranjero, el Tribunal concluye que el Demandante tiene derecho a someter la controversia actual al arbitraje sin presentarla previamente a los tribunales españoles. El Tribunal considera que la exigencia de recurrir previamente a los tribunales nacionales contenida en el ABI Argentina-España no responde a un aspecto fundamental de la política pública considerada en el contexto del tratado, de las

¹⁰² *Id.*, párr. 62.

¹⁰³ *Id.*, párr. 63.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*; Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 14.

negociaciones relacionadas con él, de los otros mecanismos jurídicos o de la práctica subsiguiente de las partes¹⁰⁶.

Esta jurisprudencia fue la primera en aplicar positivamente la CNMF que permite eludir el cumplimiento de un requisito previo para acceder al Arbitraje Internacional. Es importante recalcar que esta jurisprudencia analizó de manera individual la tendencia de España al firmar TBIs para poder concluir si los límites van en contra de la política pública. En caso de que hubiese concluido que los límites van en contra de la política pública, el resultado sería distinto. Para el Tribunal es importante que el beneficiario de la cláusula no pueda tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que tenían previstas las partes contratantes “como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado”¹⁰⁷.

Para llegar a esta conclusión el Tribunal fundamentó sus argumentos en los términos de la CNMF y en el objeto y propósito del TBI¹⁰⁸. Según el Tribunal, no se requiere una indicación explícita dentro de la cláusula que incluya la resolución de conflictos. La cláusula en este caso cumplió su función de evitar que exista discriminación entre las partes e inversores extranjeros de países terceros países que tengan suscritos TBIs que permitan acceso directo al arbitraje¹⁰⁹.

3.1.1.5 Caso Siemens c. Argentina

El demandante del presente caso inició el arbitraje luego de que el gobierno de Argentina haya rescindido un contrato que había sido adjudicado a Siemens tras ganar un concurso convocado por dicho gobierno. En el 2001, Siemens notificó a la Demandada una

¹⁰⁶ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000. *Óp. Cit.*, párr. 64.

¹⁰⁷ *Id.*, párr. 62.

¹⁰⁸ Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 14.

¹⁰⁹ *Id.*

violación del TBI entre la República Federal de Alemania y la República Argentina abriéndose un período de negociaciones por seis meses, conforme al Tratado. Representantes de las dos partes se reunieron en varias ocasiones pero no llegaron a ningún acuerdo. En el 2002, Siemens inició un proceso arbitral ante el CIADI¹¹⁰.

La parte demandante se acogió a la CNMF para evadir el sometimiento previo de la controversia a los Tribunales locales como estipulaba el TBI. Se fundamentó en los derechos más favorables del TBI entre la República Argentina y la República de Chile, en el cual no se establecían estos requisitos previos¹¹¹.

Para resolver sobre la aplicación de la CNMF, el Tribunal analizó varios puntos trascendentales. Primero analizó el carácter específico o general de las CNMF en el Artículo 3. Existen tres cláusulas dentro del TBI que hacen referencia a la CNMF. El Tribunal analizó las que se encuentran contenidas en el Artículo 3:

Artículo 3(1): Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante o a las inversiones en las que mantengan participaciones los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, a un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de nacionales y sociedades de terceros Estados.

Artículo 3(2): 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 Estados¹¹².

El tribunal estipuló que el término “trato” no tiene ningún calificativo ni ninguna descripción. Así mismo, el término “actividades” es igual un término general y el hecho de que existan excepciones justamente confirma que es un término general. La intención de las partes no fue limitar la cláusula al contenido del Artículo 3 puesto que si esa hubiese sido la intención, los términos “trato” y “actividades” hubiesen sido restringidos más allá de las excepciones

¹¹⁰ Siemens c. República Federal de Argentina. No. ARB/02/08. CIADI. 3 de Agosto de 2004. párr. 1.

¹¹¹ *Id.*, párr. 32.

¹¹² *Id.*, párr. 82.

expuestas¹¹³.

Segundo, el Tribunal analizó el trato de los inversores y solución de controversias. En cuanto a la discusión sobre si la solución de controversias forma parte de la protección de la CNMF, el tribunal analizó los casos de la Petrolera Anglo-Iraní, de los Derechos de los nacionales de Estados Unidos de Norte América en Marruecos y Ambatielos.

Refiriéndose al primer caso, el caso de la Petrolera Anglo-Iraní, el Tribunal llegó a la conclusión que no se aplica la CNMF debido a que la CIJ excluía la aplicación de tratados ejecutados con anterioridad a la fecha de la declaración, pero que nunca analizó el verdadero el significado o ámbito de aplicación de la CNMF¹¹⁴.

Para analizar el caso de los Derechos de los nacionales de Estados Unidos de Norte América en Marruecos el Tribunal consideró que la “CIJ aceptó que las cláusulas NMF se pudieran extender a disposiciones relacionadas con cuestiones jurisdiccionales, aunque ésta no era realmente la cuestión entre las partes”¹¹⁵. El Tribunal consideró que en este caso “España y el Reino Unido habían renunciado a sus derechos y privilegios capitulares y EEUU sostuvo que sus derechos a través de la CNMF continuaban vigentes más allá de esa renuncia”¹¹⁶. La CIJ no estuvo de acuerdo y consideró que debido a que estos derechos habían sido renunciados, EEUU no podía resultar beneficiado de los mismos. La CIJ estableció que la CNMF otorga ventajas que se encuentran válidas siempre y cuando se mantenga vigente el TBI que otorga esas ventajas. El Tribunal concluyó que si España y el Reino Unido no hubiesen renunciado a sus derechos capitulares, EEUU sí hubiese tenido la posibilidad de solicitar esos derechos en virtud de la CNMF.

Para analizar el caso Ambatielos, el Tribunal citó a la CIJ, cuando se refiere a la posibilidad de que la CNMF incluya la administración de justicia

¹¹³ *Id.*, párr. 85.

¹¹⁴ *Id.*, párr. 95.

¹¹⁵ *Id.*, párr. 97.

¹¹⁶ *Id.*, párr. 99.

(...) no se puede afirmar que la administración de justicia, en lo concerniente a la protección de estos derechos, deba necesariamente ser excluida del campo de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, cuando esta última incluye “todas las cuestiones vinculadas al comercio y la navegación”¹¹⁷.

Sin embargo, la CIJ utilizó otras razones para no aplicar la CNMF, razones que no tienen que ver con el alcance de la cláusula.

Finalmente, el Tribunal analizó el efecto en el ámbito de aplicación de la CNMF del derecho del Estado a llevar la controversia ante sus tribunales. El Tribunal consideró la posibilidad de que derecho del Estado a llevar la controversia a Tribunales locales (como establece el TBI) impedía la aplicación de la CNMF a la solución de controversias en virtud del Tratado. Llegó a la conclusión que el “Estado podría haber demandado a la Demandante ante sus propios tribunales en cualquier momento antes de que éste se valiese de esta instancia”¹¹⁸.

En definitiva, con fundamento en los argumentos antes expuestos, el Tribunal aplicó la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo.

3.1.1.6 Otros casos en los cuales se aplica la CNMF favorablemente

Se ha discutido en diversos casos sobre la CNMF y su aplicación para eludir un requisito previo. Argumentos similares se presentaron en ambos casos que presentó *Camuzzi*¹¹⁹ en contra de Argentina con fundamento en la CNMF del TBI Bélgica-Luxemburgo-Argentina. En uno de los casos el Tribunal consideró innecesario tomar una decisión ya que Argentina logró probar que si se había presentado ante las cortes locales. En el segundo caso, el Tribunal decidió que la CNMF si era aplicable. En ambos casos,

¹¹⁷ *Id.*, párr. 101.

¹¹⁸ *Id.*, párr. 107.

¹¹⁹ *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*. No. ARB/03/7. CIADI. 10 de junio de 2005.; *Camuzzi International S.A. c. República Argentina*. No. ARB/03/2. CIADI. 11 de mayo de 2005.

inusualmente a las prácticas anteriores de Argentina, no hubo objeción a la aplicación de la CNMF¹²⁰.

En *Gas Natural c. Argentina*¹²¹. El inversor solicitó la aplicación de una cláusula más beneficiosa contenida en el TBI suscrito por Argentina y EEUU que permitía el acceso directo a Arbitraje. El tribunal analizó si la resolución de controversias se podía considerar parte de la protección de la CNMF y si se podía sobrepasar un requisito de acudir a las Cortes Nacionales por 18 meses y resolvió favorablemente en ambos casos¹²².

Similar fue la resolución en el caso *Telefónica c. Argentina*¹²³. En este caso el tribunal además enfatizó que si bien la CNMF varía entre tratado y tratado, son estándares y por tanto deben ser construidas sobre la base del Artículo 31 de la Convención de Viena, y resolvió favorablemente¹²⁴.

En el Anexo 1 se encuentra reflejado un cuadro elaborado por el profesor PÉREZ CORTÉS mediante el cual se pueden observar los casos en los que se ha resuelto favorablemente sobre la aplicación de la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo.

La mayoría de estas decisiones a favor de la aplicación de la CNMF tienen un patrón en común: consideran a la resolución de controversias como un elemento básico de la protección otorgada a los inversores¹²⁵. Según TAWIL, esto se debe a que las protecciones proporcionadas por los TBIs en cuestionamiento no varían mucho de la legislación interna. La mayoría de estas decisiones tienen una visión de la construcción de la CNMF similar, una

¹²⁰ Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 16.; R. Happ, N. Rubins, *Digest of ICSID Awards and Decisions 2003-2007*. New York: Oxford University Press, 2009. pp. 137, 142.

¹²¹ Gas Natural SGD, SA c. República Argentina. No. ARB/03/10. CIADI. 17 de junio de 2005.

¹²² Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 16.; R. Happ, N. Rubins, *Digest of ICSID Awards and Decisions 2003-2007*. *Óp. cit.*, p. 146.

¹²³ Telefónica S.A c. República Argentina. No. ARB/03/20. CIADI. 25 de mayo de 2006.

¹²⁴ Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 17.

¹²⁵ Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 19.

cláusula que no es restrictiva, pero respetando las reglas de la Convención de Viena respecto de la interpretación y tomando en consideración los términos de la cláusula para llegar a la mejor interpretación de la intención de las partes¹²⁶. En estas decisiones se aplica la Segunda Tesis a la que nos referimos anteriormente¹²⁷. La CNMF es aplicable a cuestiones sobre solución de controversias, a menos que el TBI de que se trate disponga expresamente lo contrario o que se demuestre que la intención de las partes era que la CNMF no fuese aplicable a ese tipo de cuestiones.

3.1.1.7 Caso Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina

En este caso se expuso el argumento de que mediante la CNMF contenida en el TBI Argentina-Alemania los demandantes deben adquirir el derecho de evitar acudir a los tribunales locales durante 18 meses, y de invocar el mecanismo de solución de controversias del TBI celebrado entre Argentina y Estados Unidos¹²⁸.

El Tribunal de este caso analizó profundamente la aplicación extensiva de la CNMF para decidir sobre la misma, e interpretó los tres casos emblemáticos de los CIJ; Caso de la Petrolera Anglo-Iraní, Caso concerniente a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos y Ambatielos.

En cuanto al primer caso, Caso de la Petrolera Anglo-Iraní, el Tribunal determinó que la regla de *res inter alios acta* también aplica a los tratados con CNMF. Citó a la Corte, “ ‘un tratado con un tercero, independiente del tratado básico y aislado del mismo, no puede producir ningún efecto jurídico’ entre las Partes Contratantes del tratado básico”¹²⁹.

Este caso también es utilizado por *Maffezzini*, por su importancia justamente en el tema de *res inter alios acta*; sin embargo, el análisis difiere sustancialmente. Es importante notar que en el Caso de la Petrolera Anglo-Iraní el rechazo de la Corte Internacional de Justicia a utilizar la CNMF no se debió propiamente a la cláusula. Se rechazó la utilización de la CNMF

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ Véase p. 29.

¹²⁸ Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina. No. ARB/04/14. CIADI. 8 de Diciembre de 2008.

¹²⁹ *Ibíd.*

puesto que los tratados con terceros en donde Reino Unido fundamentaba sus derechos más favorables no podían ser considerados por la Corte debido a su temporalidad anterior a la Declaración. Es tanto así, que la Corte expresamente descarta que su decisión de excluir tenga relación directa con la CNMF:

Sin considerar el significado y ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, la Corte se limita a afirmar que esta cláusula está presente en los Tratados de 1857 y 1903 entre Irán y el Reino Unido, que no son posteriores a la ratificación de la Declaración Iraní [aceptando la jurisdicción de la Corte]. Mientras Irán está obligado a cumplir con estos Tratados siempre y cuando se mantengan vigentes, el Reino Unido no tiene derecho a apoyarse en ellos para establecer la jurisdicción de la Corte, ya que están excluidos por la Declaración¹³⁰. (énfasis añadido)

Por esta razón, quedó claro que la Corte en el caso de la Petrolera Anglo-Iraní en ningún momento estableció que la CNMF debe ser limitada por el principio *res inter alios acta*. Al contrario, es posible afirmar que la Corte hubiese aplicado la CNMF si no fuese por la temporalidad de los tratados invocados.

Luego, el Tribunal continúa brevemente mencionando el Caso concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos y concluye que “la Corte (CIJ) se limitó a reafirmar la opinión generalmente aceptada de que la cláusula de la nación más favorecida representaba el principio de igualdad de trato en el campo del comercio exterior”¹³¹.

Sin embargo, el Tribunal ignora por completo afirmaciones primordiales que se hicieron en este caso. La CIJ afirma lo siguiente:

Consecuentemente, EEUU adquirió, en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, jurisdicción consular civil y criminal en todos los casos en los que los ciudadanos de EEUU fueran los demandados¹³².

¹³⁰ Caso de la Anglo-Iranian Oil Co., Corte Internacional de Justicia, Reports 1952. <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>. (acceso: 1/4/2014).

¹³¹ Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina. No. ARB/04/14. CIADI. 8 de Diciembre de 2008.

¹³² Caso de los derechos de los Nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos. Corte Internacional de Justicia, Reports 1952. <http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>. (acceso: 3/4/2014).

Claramente, la CIJ aceptó la aplicación extensiva de la CNMF. Sin embargo, en este caso no se resolvió favorablemente debido a motivos distintos a la CNMF. En este caso, España y Reino Unido habían renunciado a sus derechos y Estados Unidos sostiene que sus derechos continuaban vigentes a través de la CNMF más allá de la renuncia. La Corte no estuvo de acuerdo con este argumento porque consideraba que los derechos que se obtenían por la CNMF se mantienen vigentes siempre y cuando se mantenga vigente el tratado que los otorga, y en este caso ese tratado no se encontraba vigente¹³³. Es evidente que la Corte en este caso hizo mucho más que afirmar que la CNMF mantiene la igualdad en el comercio. Claramente el Tribunal del caso *Wintershall* es muy restrictivo en su interpretación del caso resuelto por la CIJ.

El Tribunal continúa analizando el caso *Ambatielos*. Dividió el caso en un análisis del caso de CIJ y del caso resuelto por la Comisión de Arbitraje, al que llama *Ambatielos I* y *II*. Para resolver sobre *Ambatielos I*, el Tribunal se limita a afirmar que la Corte en este caso se declaró incompetente por mayoría. Para analizar *Ambatielos II*, utiliza la opinión disidente conjunta, del entonces Presidente de la Corte Sir Arnold McNair y los jueces Basdevant, Klaestad y Read. Es con base en esta opinión disidente que el Tribunal encontró sus argumentos para rechazar su jurisdicción y para aplicar la CNMF de manera restrictiva.

Indudablemente el análisis del Tribunal para rechazar la aplicación de la CNMF contiene diversos errores. En la primera jurisprudencia que analizó, se limitó a utilizar una cita que se encuentra fuera de contexto. En la segunda jurisprudencia, hizo una afirmación superficial sin considerar la importancia real de la jurisprudencia, ignoró completamente la sustancia de la misma. Para fundamentar su decisión no recurre a jurisprudencia alguna, únicamente toma como fundamento la opinión disidente, que carece de motivación suficiente y por esta misma razón es disidente y no es la opinión mayoritaria. Es debido a esto que *Wintershall* es la única jurisprudencia generada hasta hoy en dónde se rechazó la aplicación extensiva de la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo, como se encuentra ilustrado en el Anexo 1.

¹³³ Siemens c. República Federal de Argentina. No. ARB/02/08. CIADI. 3 de Agosto de 2004.

3.1.2 Aplicación de la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base.

En cuanto al siguiente tema a tratar, la aplicación de la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base, la jurisprudencia en su mayoría se ha pronunciado de manera negativa.

3.1.2.1 Caso Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. c. Reino Hachemita de Jordania

El caso *Salini* fue fundamentado en el TBI Italia-Jordania y trató de una disputa sobre la construcción del Proyecto de represa Karameh. Los demandantes solicitaron que se resolviera un problema de falta de pago del contrato firmado para la construcción del proyecto; sin embargo, el contrato establecía otro mecanismo de solución de controversias. Los demandantes alegaron que:

(..) incluso si el mecanismo de solución de controversias en virtud del Contrato se mantuvo vigente y prevalece sobre la opción TBI, se podría resolver no más de las reclamaciones contractuales. Aquí, sin embargo, los demandantes también alegan que el demandado ha violado los derechos bajo el TBI¹³⁴.

Además, los demandantes agregaron que el Tribunal debía fundamentar su competencia en la CNMF, solicitando derechos más favorables del TBI de EEUU-Jordania o de Reino Unido-Jordania:

- (i) Artículo 3 del Convenio Bilateral, que contiene la cláusula de la nación más favorecida, y en virtud del mismo,
- (ii) Artículo IX del TBI de Jordania y los Estados Unidos de América, Tratado Bilateral de Inversiones que da a los inversionistas estadounidenses en Jordania el derecho a someter las controversias de inversión con el Estado anfitrión al CIADI a

¹³⁴ Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. c. Reino Hachemita de Jordania. No. ARB/02/13. CIADI. 29 de Noviembre de 2004. párr. 20. (traducción propia del original en Inglés)

pesar de cualquier cláusula en el acuerdo de inversión que prevé una solución de controversias distinto mecanismo¹³⁵.

La parte demandada alegó que la CNMF no puede aplicarse a las cuestiones de jurisdicción, refiriéndose a las sentencias dictadas por la Corte Internacional de Justicia. Consideró que la decisión adoptada en el caso *Maffezini* no es vinculante para el Tribunal y agregó que:

(...) aun suponiendo que la cláusula de la nación más favorecida, en teoría, se aplica a las disposiciones de solución de controversias, está sujeta a consideraciones imperiosas de política pública, reconocidas por el Tribunal del CIADI en el caso *Maffezini*¹³⁶.

Para resolver, el Tribunal mencionó los tres casos emblemáticos de la CIJ: Caso de la Petrolera Anglo-Iraní, Caso concerniente a los derechos de nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos, y *Ambatielos*. Procedió a desestimar los primeros dos casos porque concluyó que en estos casos no hubo aporte importante al tema.

Al analizar el caso *Ambatielos*, citó la opinión disidente de los jueces de la CIJ. Posteriormente, citó a la decisión de la Comisión de Arbitraje, “la cláusula de la nación más favorecida sólo puede atraer a los asuntos que pertenecen a la misma categoría de asuntos que aquél al que la propia cláusula se refiere”¹³⁷. Sin embargo, el Tribunal también reconoció lo dicho por la Comisión de Arbitraje:

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 Tratado¹³⁸.

Al analizar esta afirmación de la Corte en el caso *Ambatielos*, el Tribunal concluyó que en el caso Grecia invocó la CNMF para obtener la aplicación de disposiciones sustantivas y no a la

¹³⁵ *Id.*, párr. 21.

¹³⁶ *Id.*, párr. 103.

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ Reporte de Laudos Arbitrales Internacionales Caso *Ambatielos*. VOLUME XII pp. 83-153. Naciones Unidas, 2006. p. 107.

aplicación de la cláusula de solución de controversias. Por esta razón el Tribunal estableció que no se puede tomar en cuenta esta jurisprudencia.

Posteriormente, el Tribunal analizó el caso *Maffezini* y sostuvo que concuerda con los riesgos que el Tribunal determinó como posibles. El Tribunal de *Maffezini* expresó que la CNMF no debía servir a los beneficiarios como un medio para prevalecer sobre la política pública “que las partes contratantes podrían haber previsto como condiciones fundamentales para su aceptación del acuerdo”¹³⁹. El Tribunal consideró posible que en el presente caso se esté utilizando la CNMF para la aplicación de la figura “treaty shopping”.

El Tribunal consideró la estructura de la CNMF y determinó que algunos TBI son específicos en incluir a “solución de controversias” dentro los temas que cubre la cláusula mientras otros tratados son abiertos y utilizan las palabras “todos los derechos”. Sin embargo, consideró que en el presente caso no se cumplen estas circunstancias:

...el artículo 3 del TBI entre Italia y Jordania no incluye ninguna disposición que extienda su ámbito de aplicación a la solución de controversias. No contempla "todos los derechos y todas las cuestiones cubiertas por el acuerdo." Por otra parte, los demandantes han presentado nada de los que pueda establecerse que la intención común de las partes era que la cláusula de la nación más favorecida se aplica a la solución de diferencias¹⁴⁰.

Por el contrario, el Tribunal consideró que la intención expresada en el Artículo 9 (2) del TBI fue de excluir de la jurisdicción del CIADI, con el fin de que estas disputas puedan ser resueltas de conformidad con los procedimientos establecidos en los contratos de inversión. El Artículo 9 (2) del TBI disponía que en “caso que un inversor y una entidad de las Partes Contratantes hayan estipulado un Contrato de Inversión, el procedimiento expuesto en tal mencionado Contrato debe aplicarse”¹⁴¹.

Si bien en el caso *Salini* el Tribunal analizó la aplicación de la CNMF a través de un estudio de la jurisprudencia, este artículo del TBI es expreso en cuanto a la exclusión de la aplicación de la CNMF a cuestiones relativas a solución de controversias. Sería casi imposible

¹³⁹ *Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. c. Reino Hachemita de Jordania*. No. ARB/02/13. CIADI. 29 de Noviembre de 2004. *Óp. Cit.* párr. 114.

¹⁴⁰ *Id.*, párr. 118.

¹⁴¹ *Id.*, párr. 119.

aplicar una CNMF cuando existe una cláusula expresa. Este caso es diferente a los analizados anteriormente puesto que el objetivo de la CNMF era que el Tribunal sea competente *ratione materiae* en unas alegaciones en las que no tiene competencia. En los casos anteriores los Tribunales se han declarado competentes cuando carecían de competencia *ratione temporis*; sin embargo, ninguno se ha declarado competente cuando carecía de competencia *ratione materiae*.

3.1.2.2 Caso Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria

La compañía demandante, Plama Consortium Limited, alegó que Bulgaria interfirió de manera ilegal con Nova Plama, una compañía que poseía una refinería de petróleo. El demandante presentó la demanda ante el CIADI fundamentándose en el Tratado sobre la Carta de la Energía y el TBI Chipre-Bulgaria¹⁴². La jurisdicción se fundamentó en el Artículo 4 del TBI, que establecía arbitraje *ad hoc*:

Artículo 4

4.1 La legalidad de la expropiación deberá comprobarse a petición del inversor en cuestión mediante el procedimiento administrativo y legal regular de la parte contratante que se habían tomado las medidas de expropiación. En caso de litigio en relación con el importe de la compensación, que los conflictos no se resolvieron en una orden administrativa, el inversionista en cuestión y los representantes legales de la otra Parte Contratante deberán celebrar consultas para la fijación de este valor. Si dentro de los 3 meses después del inicio de las consultas no se llega a un acuerdo, el monto de la compensación a petición del inversor en cuestión deberá comprobarse, ya sea en un procedimiento regular jurídico de la Parte Contratante que había tomado la medida de expropiación o por una Corte de Arbitraje Internacional "ad hoc"¹⁴³.

El TBI establecía el arbitraje únicamente para casos en los que se discutía el monto de la expropiación, por lo que el demandante pretendía aplicar la CNMF para emplear el TBI Finlandia-Bulgaria y su cláusula de resolución de controversias. El Tribunal analizó el caso y concluyó que los términos de la CNMF establecida en el TBI no presentaban ninguna

¹⁴² Guido Santiago Tawil. "Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration". *Óp. cit.*, p. 22.

¹⁴³ Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria. No. ARB/03/24. CIADI. 08 de 02 de 2005. p. 273.

indicación de que la voluntad de las partes haya sido que la CNMF se aplique para la resolución de controversias¹⁴⁴.

El Tribunal en particular analizó que la práctica de Bulgaria posterior del TBI Bulgaria-Chipre era más liberal e incluso incluía arbitraje CIADI; sin embargo, las partes habían negociado la CNMF específicamente contemplando la posibilidad de incluir la resolución de controversias pero a la final esto no se incluyó en el TBI. Por tanto, el tribunal consideró que, en vista de estos antecedentes, se puede concluir que las partes no tenían la intención de que la CNMF sea de aplicación extensiva¹⁴⁵.

El Tribunal concluyó apoyando a la Tesis 1 que se analizó anteriormente¹⁴⁶, que estipulaba que la CNMF sólo es aplicable a los derechos sustanciales del inversor, no a cuestiones relativas a la solución de controversias, salvo que el TBI de que se trate disponga lo contrario o que se demuestre que la intención de las partes en el tratado era que la CNMF se aplicase a ese tipo de cuestiones¹⁴⁷. Afirmó el Tribunal:

Una cláusula de Nación Más Favorecida en un tratado básico no incorpora por referencia las disposiciones sobre solución de disputas que en su totalidad o en parte se establece en otro tratado, a menos que la cláusula de Nación Más Favorecida en el tratado básico no deje ninguna duda de que las Partes Contratantes pretenden incorporarlo¹⁴⁸.

3.1.2.3 Vladimir Berschader And Moïse Berschader c. La Federación de Rusia

El caso de Vladimir Berschader And Moïse Berschader contra la Federación de Rusia¹⁴⁹ surgió luego de una anulación de un proyecto de construcción y remodelación de los edificios de las cortes en Moscú. Los demandantes fundamentaron la competencia del

¹⁴⁴ Guido Santiago Tawil. “Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration”. *Óp. cit.*, p. 22.

¹⁴⁵ *Íbid.*

¹⁴⁶ Véase p. 29.

¹⁴⁷ *Íbid.*

¹⁴⁸ Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria. No. ARB/03/24. CIADI. 08 de febrero de 2005. *Óp. Cit.*, párr. 223.

¹⁴⁹ Vladimir Berschader And Moïse Berschader c. La Federación de Rusia. NO. 080/2004. Arbitration Institute Of The Stockholm Chamber of Commerce. 21 abril 2006.

Tribunal en el TBI Bélgica-Luxemburgo-Rusia¹⁵⁰, en específico el artículo 10 que estipula: "Toda controversia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, en la cantidad o en el pago de las indemnizaciones debidas en virtud de artículo 5 ..." ¹⁵¹. Ciertamente el artículo es limitante por lo que la parte demandante busca aplicar la CNMF para aplicar la cláusula de resolución de controversias estipulada en el TBI de Noruega-Rusia o Dinamarca-Rusia¹⁵².

Para resolver sobre el tema de jurisdicción el tribunal consideró primero que los TBIs suscritos en la época en la que se firmó el TBI en cuestión tenían una política restrictiva para las cláusulas de resolución de controversias. Posteriormente, esta política cambió con la disolución de la Unión Soviética. Segundo, el Tribunal analizó que si bien no existe una regla general en cuanto a cuáles tratados deben ser interpretados de manera restrictiva, debe tenerse mucho cuidado al momento de decidir sobre la intención de las partes al intentar la incorporación por referencia de una CNMF. Tercero, consideró que la CNMF es únicamente aplicable en caso de derechos sustantivos, y que conforme se estipuló en el caso *Plama*, el Tribunal de *Maffezini* fue por sobre la intención de las partes. Cuarto, si bien la CNMF del presente caso estipulaba "todas las materias cubiertas en este Tratado", el Tribunal afirmó que esto no se puede interpretar de manera literal. Finalmente, el Tribunal nunca accede a las tratativas del TBI, señaló que el hecho de que el TBI fue suscrito antes de que exista esta discusión en la jurisprudencia, las partes no podían haber nunca contemplado este problema de la CNMF y su aplicación en resolución de controversias¹⁵³.

En este caso existió una opinión disidente del profesor WEILER, que expresó que el Tribunal se enfocó mayoritariamente en un análisis de la intención de las partes el momento de la redacción del TBI, mientras que en su opinión se debían fundamentar más en una

¹⁵⁰ Guido Santiago Tawil. "Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration". *Óp. cit.*, p. 23.

¹⁵¹ Vladimir Berschader And Moïse Berschader c. La Federación de Rusia. NO. 080/2004. Arbitration Institute Of The Stockholm Chamber of Commerce. 21 abril 2006. p. 14.

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ Guido Santiago Tawil. "Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration". *Óp. cit.*, pp. 23-24.

interpretación de los términos establecidos en TBI, tomando en consideración de la mejor forma la intención. El árbitro consideró lo siguiente en cuanto al alcance de la CNMF:

Tengo que estar en desacuerdo con mis colegas estimados con respecto a la interpretación y su aplicación de la cláusula de Nación Más Favorecida, el artículo 2. Se parece mucho en su amplitud de “todas las materias” en las cláusulas encontradas en Maffezini, Gas Natural y Siemens citados por los demandantes. Los términos del Artículo 2 diferente de las cláusulas de NMF encontradas en Salini y Plama, citadas en oposición por mis colegas¹⁵⁴.

Para el árbitro WEILER la CNMF debía ser interpretada de manera extensiva, aunque sus colegas no estuvieron de acuerdo. En el Anexo 1 se encuentra reflejado un cuadro elaborado por el profesor PÉREZ CORTÉS los casos en los que se no se ha resuelto favorablemente sobre la aplicación de la CNMF:

3.1.2.4 Casos favorables para la aplicación de la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base.

Si bien parecería que la jurisprudencia es uniforme en cuanto al problema jurídico de reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base, este tema controvertido aún no tiene solución. Existe un caso en donde se ha permitido la aplicación de la CNMF para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje bajo el tratado base.

En el caso de RosInvestCo UK Ltd. contra la Federación de Rusa, un nacional británico que mantenía inversiones en una compañía denominada Yukos Oil presentó una

¹⁵⁴ Vladimir Berschader And Moïse Berschader c. La Federación de Rusia. NO. 080/2004. Arbitration Institute Of The Stockholm Chamber of Commerce. 21 abril 2006. Opinión disidente por Todd Weiler. párr. 21.

demanda tras ser nacionalizada por una supuesta falta de pago de impuestos¹⁵⁵. En este caso existió una discusión en cuanto a las palabras que se utilizan en el TBI Reino Unido-Unión Soviética; sin embargo, el Tribunal rápidamente desestimó estas alegaciones y se declaró competente sobre la base del TBI¹⁵⁶.

La discusión se centra en la utilización de la CNMF *ratione materiae*. La parte demandada fundamentó que el artículo 8 del TBI Reino Unido-Unión Soviética sostiene que la jurisdicción se encontraba limitada a las disputas legales que sean en relación con la cantidad o procedimiento del pago de indemnización o en relación con cualquier otro asunto consecuente en un acto de expropiación¹⁵⁷.

La parte actora sostuvo que el Tribunal tiene competencia *ratione materiae*, principalmente en virtud del artículo 8 del TBI Reino Unido- Unión Soviética, y de manera subsidiaria en virtud del artículo 8 del TBI Dinamarca-Rusia; que alegó que se encuentra incorporado en virtud de la CNMF contenida en el artículo 3 del TBI Reino Unido- Unión Soviética¹⁵⁸.

El Tribunal realizó un breve análisis del artículo 8 del TBI y concluyó que bajo dicho artículo no tiene jurisdicción para conocer sobre la legalidad de la expropiación. Sin embargo, procedió a analizar si es que puede tener jurisdicción con base en la CNMF. La CNMF del TBI ofrece protección a los inversores y a las inversiones:

Artículo 3

Tratamiento de las Inversiones

(1) Ninguna Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones sujetos o ganancias de inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el otorgado a las inversiones o ganancias de inversores de cualquier tercer Estado.

(2) Ninguna Parte Contratante otorgará en su territorio a los inversores sujetos de la otra Parte Contratante, en cuanto a su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición

¹⁵⁵ Kenneth Juan Figueroa, *La Jurisprudencia sobre Las Cláusulas De Nación Más Favorecida, Un intento de llegar a un marco analítico consistente*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, Universidad Nacional Autónoma de México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3386/11.pdf>. (acceso: 5/4/2014).

¹⁵⁶ RosInvestCo UK Ltd. c. Federación de Rusia, No.V 079 / 2005. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Octubre 2007. *Óp. Cit.*

¹⁵⁷ *Id.*, párr. 23.

¹⁵⁸ *Id.*, párr. 99.

de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a los inversionistas de cualquier tercer Estado¹⁵⁹.

El Tribunal analizó si se podría incluir en cláusula de arbitraje a la expropiación. Consideró que es difícil afirmar que una expropiación podría ser considerada como un tratamiento de la inversión por parte del Estado receptor de la inversión y concluyó que la protección de una cláusula de arbitraje que cubre la expropiación es un aspecto importante del tratamiento, el hecho de que la expropiación sólo pueda ser discutida en los tribunales nacionales se consideraría que afecta a los derechos del inversionista, más no a la inversión directamente. Por tanto, el Tribunal analizó la aplicación en cuanto a la segunda parte del artículo 3¹⁶⁰.

El Tribunal consideró que el efecto de la CNMF es generalmente aceptado en el contexto de protección sustantiva y que por tanto no encuentra ninguna razón por la cual no se deba aceptar en el contexto de procedimiento. El Tribunal expresa que “una cláusula de arbitraje, por lo menos en el contexto de la expropiación, es del mismo valor protector como cualquier protección sustantiva”¹⁶¹.

El Tribunal luego provee una lista de jurisprudencias alegadas por las partes y considera que no existe necesidad de discutir las detalladamente puesto que si bien se pueden extraer diversas conclusiones de la aplicación de la CNMF, dependiendo de cómo la cláusula se encuentra formulada y buscar similitudes para establecer generalizaciones, “la principal función de este Tribunal para resolver el litigio de que en lugar de desarrollar aún más el debate general sobre la aplicabilidad de las cláusulas NMF de solución de controversias”¹⁶². Por todas las consideraciones expuestas el Tribunal considera que tiene jurisdicción *ratione materiae* para decidir sobre la validez y legalidad de las expropiaciones.

Este Tribunal es muy convincente al decidir sobre la aplicación de la CNMF puesto que consideró que si bien existe una apretada discusión en la jurisprudencia sobre la extensión de la aplicación de la CNMF, no quiso analizar la discusión doctrinaria sino más bien escogió

¹⁵⁹ *Id.*, párr. 23.

¹⁶⁰ *Id.*, párr. 115.

¹⁶¹ *Id.*, párr. 137.

¹⁶² *Ibíd.*

lo que resulta ser más práctico y brinda mayor protección para las partes litigantes puesto que de otra forma es difícil para el Tribunal analizar el precio y el pago de la expropiación cuando no pudo analizar la validez de la misma. En el Anexo 1 se encuentra un breve análisis mediante una tabla sobre el caso expuesto.

3.1.3 Conclusiones del capítulo

El uso de la CNMF para jurisdicción ha despertado amplio debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, desde que el caso *Maffezini* permitió la aplicación de la cláusula de esta forma. Diversos inversores han invocado la CNMF en varios arbitrajes para atraer cláusulas de solución de controversias más favorables de otros tratados de inversión. El propósito de la CNMF es asegurar que las partes se traten de una forma por lo menos no menos favorable que la que tratan a terceras partes.

Este intento de la aplicación de la CNMF en cuestiones relativas a jurisdicción se puede dividir en dos grupos, el primero es cuando la CNMF se invoca para eludir el cumplimiento de un requisito previo para acceder al Arbitraje Internacional: y el segundo es cuando la CNMF se invoca para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base.

En el primer grupo, existe una posición bastante uniforme en la jurisprudencia, efectuando un caso. La mayoría de casos llegan a la conclusión de que la CNMF sí puede ser aplicada en cuanto a temas de requisitos pre procesales. Hacen un análisis de carácter gramatical y de la intención de las partes para determinar si la naturaleza de cada cláusula permite una interpretación extensiva de la misma. Sin embargo, existe una jurisprudencia, del caso *Wintershall*, en donde el Tribunal considera que no se puede hacer una interpretación extensiva de la CNMF, que debe ser limitada a cuestiones sustantivas.

En el segundo grupo, ha existido también una posición homogénea de la jurisprudencia. En su mayoría la jurisprudencia no ha aceptado la posibilidad de utilizar la CNMF para reemplazar un sistema de solución de controversias, aun no existe una jurisprudencia en la que se resuelva lo contrario. Asimismo, la jurisprudencia en su mayoría ha

determinado que no se puede utilizar la cláusula para ampliar el conocimiento *ratione materiae* del tribunal. Sin embargo, en este caso si existe una jurisprudencia que ha aceptado la aplicación de la CNMF, el caso *RosInvest*, en donde el Tribunal consideró que si es que las partes hubiesen querido limitar el ámbito de aplicación de la cláusula lo hubiesen hecho dentro de la misma cláusula, así como limitaron su ámbito en otras materias.

4 Capítulo III.- Problemática en el Ecuador

La CNMF y su controversial aplicación en materia de jurisdicción abre muchas posibilidades para los inversionistas extranjeros que mantienen inversiones en el Ecuador. Desde el año 2008 y con fundamento en la nueva constitución y en específico del Art 422 que establece:

Art. 422.- **No se podrá celebrar tratados** o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano **ceda jurisdicción soberana a instancias de Arbitraje Internacional**, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.
Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia (...)¹⁶³. (énfasis añadido)

El Ecuador inició un proceso de denuncia de diversos TBI y también de convenios que establecen instancias de Arbitraje Internacional como el CIADI. Este proceso dejó sin vigencia a diversos TBI y también se ha denunciado el Convenio CIADI, hechos que han generado una preocupación en el inversionista extranjero. Sin embargo, es importante analizar detenidamente el proceso de denuncia y en qué momento se encuentra, para lograr determinar cuáles son los TBIs que se encuentran vigentes. Asimismo, es posible analizar la aplicación de la CNMF en los TBIs que aún se encuentran vigentes, para abrir posibilidades de su aplicación

¹⁶³ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 422.

en jurisdicción, generando posibilidades de acudir a Arbitraje Internacional para los inversionistas extranjeros en el Ecuador.

4.1 ¿Cómo funciona el proceso de denuncia de los TBIs?

La Constitución del Ecuador determina un proceso específico para la aprobación, ratificación y denuncia de los tratados internacionales que deben ser observados por parte del Presidente de la República y de la Asamblea Nacional. Los artículos 418, 419, 420 de la Constitución disponen:

Art. 418.- A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales. (...)

Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: (...)

4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio (...)

Art. 420.- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República.

La denuncia de un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó¹⁶⁴.

En consecuencia, es necesario que todos los TBIs (ya que su materia claramente califica dentro de los incisos citados del Art. 419) sean ratificados por el Presidente de la República y la Asamblea Nacional. Para su denuncia, es necesario que sea presentada por el Presidente de la República, tal y como lo estipula el Art. 420, y cuente con aprobación de la Asamblea Nacional conforme al Art. 419.

El proceso inicia cuando el Presidente de la República remite a la Corte Constitucional el tratado para su ratificación o denuncia. Esto debe hacerse en un “plazo razonable” y, en caso de no hacerlo, la Corte Constitucional puede de oficio conocer sobre el tratado, tal y

¹⁶⁴ *Id.*, Arts. 418, 419, 420.

como lo estipula el Artículo 111, numeral 2, inciso a) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

- a) La Presidenta o Presidente de la República enviará a la Corte Constitucional copia auténtica de los tratados internacionales, en un plazo razonable. En caso de no hacerlo, la Corte Constitucional lo conocerá de oficio¹⁶⁵.

A continuación, la Corte Constitucional deberá generar una publicación para que en 10 días cualquier ciudadano que desee intervenir lo pueda hacer. La Corte Constitucional tendrá 30 días término para resolver:

- b) La Corte Constitucional deberá resolver dentro del término de treinta días contados a partir de la finalización del término para la publicación antes mencionada. En caso de no hacerlo, se entenderá que existe informe favorable de constitucionalidad, y el respectivo tratado será remitido para la aprobación legislativa¹⁶⁶.

Finalizado este proceso de la Corte Constitucional, conforme al Artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en un plazo de diez días de emitido el dictamen de la Corte Constitucional, el Presidente de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional el tratado junto con el referido dictamen. El Presidente de la Asamblea Nacional deberá entonces enviar el tratado a la Comisión Especializada, que dentro de un plazo máximo de veinte días emitirá un informe que será puesto en conocimiento del Pleno de la Asamblea Nacional y deberá obtener aprobación por mayoría absoluta¹⁶⁷.

Para que el TBI quede denunciado y se culminen sus efectos debe cumplirse el proceso antes mencionado. En el Ecuador han sido denunciados todos los TBIs; sin embargo, esto no quiere decir que ya no encuentren vigentes ya que es primordial que primero se cumpla con

¹⁶⁵ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 111 numeral 2 inciso a).

¹⁶⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009. Artículo 111 numeral 2 inciso b).

¹⁶⁷ Ley Orgánica de la Función Legislativa. Registro Oficial Suplemento No. 642 de 27 de julio de 2009. Artículo 108.

todo el proceso descrito para que luego sea notificado a la otra parte y comiencen a aplicarse los plazos establecidos en la cláusula de supervivencia del TBI. En el país se encuentran sin vigencia (ya cumplieron el proceso y fueron notificados) solamente algunos de los TBIs denunciados.

También existen diversos TBI que ya se encuentran notificados y por tanto ya ha culminado el proceso de denuncia pero contienen cláusulas de supervivencia mantienen el TBI vigente por un tiempo determinado.

Por tanto, y existiendo TBIs aún vigentes en el Ecuador cabe realizar un análisis del alcance de la CNMF, que puede ser utilizada para eludir el cumplimiento de pasos procesales o para importar jurisdicción de otros tratados que aún se encuentran vigentes.

4.2 Situación actual de los TBIs en Ecuador

El Presidente de la República denunció los TBIs en dos ocasiones, una en el año 2008 (TBIs suscritos con: Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Nicaragua, Cuba, Guatemala, Honduras, Uruguay, Paraguay y Rumania) y otra en el año 2010 (TBIs suscritos con: Argentina, Canadá Chile, China, Alemania, Francia, Italia, Perú, Venezuela, Países Bajos, Suiza, Reino Unido, Estados Unidos de Norteamérica, Suecia y Finlandia), mediante Oficio N.º T.4766-SNJ-10-21 de fecha 6 de enero del 2010. Los tratados con Bolivia y España fueron denunciados por la Corte Constitucional de Oficio.

Considerando los requisitos antes mencionados se investigó cuáles son los TBIs que han sido denunciados pero que aún están vigentes puesto que no se ha concluido el proceso de denuncia. También se ha incluido los TBIs sobre los cuales, si bien ha terminado el proceso de denuncia, continúan vigentes para inversionistas que realizaron inversiones mientras se encontraba vigente el TBI, en consecuencia de una cláusula de supervivencia. Se realizó un análisis de su contenido, si contienen una CNMF y qué abarca, qué tipo de resolución de conflictos establece y otra información.

TBI que continúan Vigentes				
País	¿Contiene CNMF?	Tipo de resolución de controversias aplicado	¿Contiene Pasos pre procesales?	¿Existe ya la resolución del pleno?
Canadá	Si, (inversiones	CIADI o Ad-	6 meses previos	No

	y beneficios de los inversionistas)	hoc con reglas UNCITRAL		
Chile	Si, (plena protección legal)	Tribunales locales o CIADI	6 meses previos	No
China	Si, inversiones y actividades relacionadas	Tribunales locales o Ad-hoc (monto de expropiación)	6 meses previos	No
Venezuela	Si, (pena protección legal)	Tribunales locales o CIADI, si no disponible por cualquier razón, ad-hoc con reglas CNUMDI	6 meses previos	No
Países Bajos	Si, (en ningún caso)	Tribunales locales, CIADI o ad-hoc con reglas CNUMDI	6 meses previos	No
Argentina	Si, (plena protección legal)	Tribunales locales, CIADI o ad-hoc con reglas CNUMDI	6 meses previos	No
EEUU	Si, (actividades afines, situaciones similares)	Tribunales locales, CIADI, ad-hoc CNUMDI	6 meses	No
Suiza	No	N-A	N-A	No
Bolivia	Si (Plena protección legal)	Tribunales locales, CIADI, ad-hoc CNUMDI	6 meses desde que haya sido planteada	No
España	Si, (trato justo y equitativo a las inversiones)	Tribunales locales, CIADI, ad-hoc CNUMDI	6 meses con notificación escrita	No
Costa Rica	Si, (trato favorable a la inversión)	Tribunales locales, CIADI, ad-hoc CNUMDI	6 meses notificaciones escritas	No
Perú	Si, (trato)	Tribunal local o CIADI	6 meses desde notificación	No
Italia	Si, aplicable a inversiones y a	Convenio de inversiones,	6 meses fecha de solicitud de	No

	ingresos de las inversiones	Tribunal local, Ad-hoc con UNCITRAL o CIADI	resolución por escrito		
República Dominicana	No.	N-A	N-A	No	
El Salvador	Si, (plena protección legal)	Tribunal local o CIADI	6 meses desde que haya sido planteada	No	
Nicaragua	Si, (plena protección legal)	Tribunal local o CIADI	6 meses desde que haya sido planteada	No	
Cuba	Si, aplicable a inversiones y a ingresos de las inversiones	Tribunal local, Ad-hoc con reglas CNUMDI	6 meses desde que haya sido planteada	No	
Honduras	No	N-A	N-A	No	
Paraguay	Si, (tratamiento justo y equitativo)	Tribunal local, CIADI o Ad-hoc con reglas CNUMDI	6 meses desde solicitud	No	
Rumania	Si, protección legal	Tribunal local, CIADI o Ad-hoc con reglas CNUMDI	6 meses desde que haya sido planteada	No	
Guatemala	No	N-A	N-A	No	
Uruguay	No	N-A	N-A	No	
TBI no vigentes pero que pueden ser utilizados por inversionistas por cláusulas de supervivencia					
País	¿Contiene CNFM?	Tipo de resolución de controversias aplicado	¿Contiene Pasos pre procesales?	Fecha Resolución del Pleno de la Asamblea	¿Cláusula de supervivencia?

Gran Bretaña	Si, (en cuanto a su gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de sus inversiones)	Recursos locales o CIADI	6 meses	2010-09-14 ¹⁶⁸	20 años cláusula de supervivencia
Alemania	Si, establece “actividades”, sin excepciones en jurisdicción	Tribunal local, tribunal arbitral convenido	6 meses desde que la haya hecho valer, para arbitraje cuando ya ha sido presentado demanda local, 18 meses ante tribunal local	2010-09-14 ¹⁶⁹	15 años para inversiones efectuadas dentro de su vigencia
Francia	Si, establece “actividades”, sin excepciones en jurisdicción	CIADI	6 meses recursos jurisdiccionales previo a arbitraje	2011-03-15 ¹⁷⁰	15 años para inversiones efectuadas dentro de su vigencia
Finlandia	Si, (en cuanto a su gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de sus inversiones)	CIADI o Ad-hoc UNCITRAL	6 meses solicitud de resolución amistosa	2010-11-23 ¹⁷¹	10 años para inversiones efectuadas dentro de su vigencia
Suecia	Si, (aplicará a las inversiones)	CIADI o Ad-hoc	6 meses notificación por	2011-03-15 ¹⁷²	15 años para inversiones

¹⁶⁸ Asamblea Nacional República del Ecuador,

<http://www.asambleanacional.gob.ec/legislamos/resoluciones?created=&title=inversiones>, (acceso: 1/7/2014).

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ Asamblea Nacional República del Ecuador,

http://www.asambleanacional.gob.ec/noticia/convenios_y_tratados_internacionales, (acceso: 1/7/2014).

¹⁷² Asamblea Nacional República del Ecuador,

<http://www.asambleanacional.gob.ec/legislamos/resoluciones?created=&title=inversiones>, (acceso: 1/7/2014).

	un trato no menos favorable)	UNCITRAL	escrito		efectuadas dentro de su vigencia
--	------------------------------	----------	---------	--	----------------------------------

De la investigación se desprende que casi todos los TBIs aunque hayan sido denunciados siguen aún vigentes puesto que no se ha culminado el proceso de denuncia. Los únicos TBI en los que se ha culminado el proceso son: Gran Bretaña, Finlandia, Alemania, Suecia, Francia. Estos TBI continúan vigentes para los inversionistas que efectuaron inversiones dentro de su vigencia debido a cláusulas de supervivencia.

4.3 Posibilidades de aplicación de la CNMF para inversionistas

Con este marco jurídico de TBIs vigentes, es posible para inversionistas de los países con los que Ecuador ha suscrito TBIs, el solicitar la aplicación de la CNMF para evadir requisitos previos o incluso para intentar reemplazar el sistema de resolución de controversias. Inversionistas ecuatorianos también podrían intentar aplicar la CNMF investigando los TBIs vigentes que tienen estos países con otros en caso de contener disposiciones más favorables. Por motivo de ejercicio académico me concentraré en las posibilidades que tienen los inversionistas extranjeros de países que han sido signatarios de TBIs con Ecuador, actualmente, de aplicar la CNMF para ejecutar disposiciones más favorables que tenga Ecuador con terceros países.

Para esto analizaré los puntos más controversiales de la aplicación de la CNMF. Primero, me enfocaré en la interpretación gramatical de la CNMF, su carácter específico o general para su aplicación restrictiva o extensiva. Segundo, estudiaré su posible aplicación para eludir requisitos previos. Tercero, consideraré la posibilidad de la aplicación de la CNMF para “importar” jurisdicción. Finalmente, analizaré la posibilidad de la aplicación de la CNMF para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base.

4.3.1 Interpretación del carácter específico o general de la CNMF

La CNMF debe ser abierta de manera gramatical para poder realizar una interpretación extensiva, puesto que si la cláusula se encuentra limitada gramaticalmente es claro que su aplicación se encontraría limitada a lo sustantivo. Los tribunales tienden a negar la aplicación de las CNMF que se limitan a la protección de las inversiones de manera específica, como por ejemplo la que se encuentra plasmada en el TBI de Ecuador con Finlandia:

Artículo 3

Tratamiento de inversiones

2. Los inversionistas de una Parte Contratante recibirán por parte de la otra Parte Contratante, en relación con la **administración, mantenimiento, uso, goce o enajenación de sus inversiones**, un tratamiento no menos favorable que el que dicha Parte Contratante concede a sus propios inversionistas o a inversionistas de la nación más favorecida, el que sea más favorable al inversionista¹⁷³. (Énfasis es propio)

Si bien existe una CNMF, es discutible si la resolución de controversias podría encontrarse incluida en las limitaciones que establece la misma cláusula. Como mencionó el Tribunal del caso *Wintershall*, refiriéndose a la CNMF:

(...) ese artículo no menciona que el “trato” de la nación más favorecida con respecto a las inversiones y actividades vinculadas con las inversiones deba aplicarse a “todas las relaciones” o que se extienda a “todos los aspectos” o abarque “todas las cuestiones del tratado”¹⁷⁴.

Se puede observar que los tribunales tienden a negar la interpretación extensiva de una CNMF que no se encuentra abierta de manera gramatical. Más aun, entraría en consideración el principio *ejusdem generis*. La CNMF no puede abarcar cuestiones que no correspondan a la misma categoría del asunto al que se refiere la misma cláusula, que debe ser determinada con la intención de las partes y deducida de una interpretación razonable del Tratado¹⁷⁵. Al

¹⁷³ Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, Registro Oficial No. 483, de 28 de Diciembre del 2001. Artículo 3.

¹⁷⁴ *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*. No. ARB/04/14. CIADI. 8 de Diciembre de 2008, *Óp. cit.*, párr. 162.

¹⁷⁵ *Id.*, párr. 163.

limitarse la cláusula de manera específica, una interpretación extensiva iría en contra del principio de *ejusdem generis*.

Es importante recalcar que si bien la tendencia de la jurisprudencia es rechazar aquellas cláusulas que son gramaticalmente cerradas, si existen diversos casos en los que se han sido aceptadas. En el caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra La República Argentina, existía una CNMF con el mismo contenido y estructura que las analizadas:

(2) Ninguna Parte Contratante someterá en su territorio a los inversores de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer Estado¹⁷⁶.

En este caso el Tribunal resolvió favorablemente sobre la aplicación extensiva de la CNMF, y aplicó la cláusula para evadir un paso procesal.

Por otro lado, existen CNMF que se encuentran gramaticalmente abiertas, tal como se puede observar en los casos de los TBIs que suscribió Ecuador con Estados Unidos de Norteamérica o con Argentina:

Art. 2.-

1. Cada Parte permitirá y tratará las **inversiones y sus actividades afines** de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable¹⁷⁷. (énfasis añadido)

ARTICULO III

Protección de Inversiones

(2) Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, concederá **plena protección legal** a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las

¹⁷⁶ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. contra La República Argentina. No. ARB/03/19. CIADI. 16 de mayo del 2006. párr. 56.

¹⁷⁷ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección recíproca de Inversiones. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre del 2005. Artículo 2.

inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados¹⁷⁸. (énfasis añadido)

En el caso de una CNMF que se encuentra gramaticalmente abiertas de esta forma, es más probable que un Tribunal acepte su aplicación extensiva. El Tribunal en el caso *Siemens* analizó justamente una cláusula que contenía asimismo el término “actividades”:

El término “actividades” es igualmente general. La necesidad de excepciones confirma la generalidad del significado de trato o actividades en vez de poner límites más allá de lo que se afirma en las excepciones¹⁷⁹.

El Tribunal decidió favorablemente sobre la aplicación de la CNMF puesto que consideró que las partes utilizan un término general (“actividades”), lo que permite realizar una interpretación extensiva, más aun cuando en la cláusula existen excepciones específicas, como sucede en el caso del TBI con Estados Unidos y también en diversos otros TBI (por ejemplo, Canadá, Chile, China, entre otros). Se puede observar este tipo de listas de límites en la CNMF en el TBI con Canadá:

- (3) El inciso (3) (b) del Artículo 11 y los párrafos (1) y (2) de este Artículo no son aplicables al tratamiento otorgado por cualquiera de las Partes Contratantes en aplicación de cualquier acuerdo bilateral o multilateral existente o futuro.
 - (a) que establece, fortalece o amplía una zona de libre comercio o unión aduanera;
 - (b) negociado dentro del marco del GATT o su organización sucesora y que liberaliza el comercio y los servicios; o
 - (c) relacionado con:
 - (i) aviación;
 - (ii) redes portadoras de telecomunicaciones y servicios portadores de telecomunicaciones;
 - (iii) pesca;
 - (iv) asuntos marítimos, incluyendo recuperación; o
 - (v) servicios financieros¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Argentina para la promoción y protección recíproca de inversiones. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre del 2005.

¹⁷⁹ *Siemens c. República Federal de Argentina*. No. ARB/02/08. CIADI. 3 de Agosto de 2004. *Óp. cit.*, párr. 85.

¹⁸⁰ Convenio entre el gobierno del Ecuador y el gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre del 2005. Artículo 3 inciso 3.

El establecer un término general como “actividades” genera la posibilidad de una aplicación extensiva de la CNMF, a la vez que se respeta el principio de *ejusdem generis*. Este argumento es especialmente fortalecido cuando en el TBI se incluye una lista de excepciones a la aplicación de la CNMF puesto que la intención de las partes se ve claramente reflejada en limitar la aplicación de la CNMF a ciertos aspectos, y de no incluirse jurisdicción, es decir, no se aprecia una intención de limitar la aplicación por tanto se debe entender que la intención de las partes fue la aplicación extensiva.

4.3.2 Aplicación de la CNMF para eludir requisitos de procedimiento

Se ha analizado la jurisprudencia que ha resuelto el tema de la aplicación de la CNMF para eludir requisitos de procedimiento. En su mayoría, la jurisprudencia se ha pronunciado favorablemente. En el caso de los TBIs suscritos por Ecuador, el TBI firmado con Francia se encuentra vigente para inversionistas que mantuvieron inversiones en el momento de su vigencia. Este TBI establece: “Si surgiera una controversia y esta no se pudiera resolver entre las Partes en el plazo de seis meses **por medio de recursos jurisdiccionales en el ámbito nacional** (...)”¹⁸¹. Este es un requisito previo de procedimiento que podría intentarse ser eludido aplicando la CNMF. Se podría utilizar cualquier otro TBI que se encuentra vigente puesto que ningún otro contiene un requisito previo de recursos jurisdiccionales en el ámbito nacional.

Es muy probable obtener resultados favorables, tanto como porque el criterio de los tribunales, en su mayoría, acepta favorablemente la elusión de requisitos procesales utilizando la CNMF, sino también porque el Ecuador tiene la costumbre internacional de no utilizar requisitos pre procesales en sus TBI. En el caso *Maffezini* estos hechos fueron de gran consideración: el Tribunal analizó los TBIs que España había suscrito y cómo estos TBI se encontraban formulados, a diferencia del TBI en análisis¹⁸². Por lo que es posible concluir que

¹⁸¹ Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 778 de 11 de septiembre de 1995. Artículo 9.

¹⁸² Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000. *Óp. cit.*, párr. 61.

la práctica que mantienen los países en los demás tratados tiene una influencia en la interpretación de los TBIs.

Casi todos los TBIs suscritos por Ecuador contienen en la Cláusula de Resolución de Controversias un tiempo de 6 meses de negociación o de intentar resolver el conflicto (solamente el de Francia contiene la necesidad de hacerlo ante instancias jurisdiccionales nacionales). Sin embargo, algunos de los TBIs exigen que estos seis meses se cuenten desde una notificación por escrito, como, por ejemplo, el TBI con Italia:

Artículo 9

2. Si la controversia no puede ser resuelta por la vía amistosa en un plazo de seis meses desde la fecha de la solicitud de **resolución enviada por escrito (...)**¹⁸³ (énfasis añadido)

Sin embargo, otros TBI no exigen este requisito de una resolución enviada por escrito, como, por ejemplo, el TBI con Perú o con El Salvador

Artículo 8

2. Si una controversia en el sentido del párrafo (1) no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las Partes en la controversia **la haya notificado** a la otra (...) ¹⁸⁴. (énfasis añadido)

Artículo 10

- (2) Si la controversia no hubiere podido ser solucionada en el término de seis meses, a partir del momento **en que fue planteada por una** u otra de las Partes (...) ¹⁸⁵. (énfasis añadido)

Sería posible que un inversionista Italiano intente la aplicación de la CNMF para que esta notificación no requiera ser realizada por escrito, de esta manera, el inversionista no tiene la necesidad de volver a realizar la notificación por escrito y esperar 6 meses nuevamente. Esta

¹⁸³ Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Italiana para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 537 de 4 de marzo de 2005. Artículo 9 inciso 3.

¹⁸⁴ Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005. Artículo 8 inciso 2.

¹⁸⁵ Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de El Salvador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005. Artículo 10 inciso 2.

es claramente una disposición más favorable de carácter procesal que podría ser eludida utilizando la CNMF. La jurisprudencia se encuentra en su mayoría a favor de la elusión de requisitos procesales con la CNMF por lo que el inversionista tendría una gran posibilidad de obtener un resultado favorable.

4.3.3 Aplicación de la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias

La utilización de la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias ha tenido en su mayoría un rechazo por la jurisprudencia. El 9 de julio de 2009 el Ecuador Denunció el Convenio CIADI, denuncia que surtió efecto el 9 de enero del 2010.

La mayoría de TBI que ha suscrito el Ecuador contienen jurisdicción del Centro, por lo que esto presenta un problema para los inversionistas de los TBIs que no tienen otra opción más que el CIADI. Es posible iniciar una demanda en otro centro o ante un Tribunal *ad-hoc* fundamentándose en la CNMF. Si bien es cierto que algunos juristas consideran que, con fundamento en el Artículo 72 del Convenio CIADI, estos inversionistas tendrían derecho a presentar sus demandas ante el CIADI¹⁸⁶, también existen otros que concluyen que este artículo solamente aplicaría cuando ha existido un consentimiento previo a la denuncia por escrito por el inversor y el Estado¹⁸⁷. Ya que una demanda ante el CIADI sería muy riesgosa, podría ser más prudente y menos riesgoso el intentar otra jurisdicción, ya que esta sería más favorable que la jurisdicción de cortes nacionales o que una demanda fallida ante el CIADI.

Por ejemplo, un inversionista Chileno que desea utilizar el TBI de Ecuador con Chile para acudir a arbitraje, solamente tiene la opción de las Cortes Locales o de CIADI, conforme establece el TBI:

Artículo X
(...)

¹⁸⁶ Nigel Blackaby, “ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup?”. Dentro de: *The Paris Journal of International Arbitration, Les Cahiers de l’Arbitrage*. 2010. p. 55.

¹⁸⁷ Oscar M. Garibaldi. “On the denunciation of the ICSID Convention, consent to ICSID jurisdiction, and the Limits of the Contract analogy”. Binder, Christina, Kriebaum, Ursula, Reinisch, August, *et al.* (eds), *et al.* (eds). *International Investment Law for the 21st Century- Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Nueva York: Oxford University Press, 2009. p. 254. pp. 251-277.

(2) Si la controversia no hubiere podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que fue planteada por una u otra de las Partes, podrá ser sometida, a pedido del inversionista:

- O bien a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión

- O bien al Arbitraje Internacional en las condiciones descritas en el inciso (3).

(...)

(3) En caso de recurso al Arbitraje Internacional, la controversia deberá ser sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I), creado por el Convenio sobre Arreglo Diferencias Relativas a las inversiones entre Estados Nacionales de otros Estados, abierto a la firma Washington el 18 de marzo de 1965¹⁸⁸.

Este inversionista se encontraría en desventaja y en condiciones menos favorables que otros inversionistas que tienen opciones de arbitraje diferentes. Podría este inversionista chileno, invocar la aplicación de la CNMF para acudir a un arbitraje *ad-hoc*, como el que se encuentra establecido en el TBI de Ecuador con Países Bajos:

2) Si la disputa legal no puede ser resuelta de forma amistosa en un plazo de seis meses desde la fecha de la solicitud de arreglo amistoso, cada una de las partes en la disputa tendrá derecho a someter el caso o bien a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a Arbitraje Internacional. En el último caso, el inversionista tiene la opción de someter el caso a:

a. El Centro Internacional para el Arreglo de Disputas por Inversiones (CIADI), establecido de conformidad con la Convención para el Arreglo de Disputas por Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta para su firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o,

b. Un Tribunal de Arbitraje *ad hoc*, que a menos que las partes en la disputa acuerden lo contrario, será establecido en virtud de las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)¹⁸⁹.

Este TBI contiene una disposición que genera una situación privilegiada para los inversionistas de Países Bajos. Si bien es cierto que la mayoría de los tribunales ha rechazado esta posibilidad, y, considerando que la jurisprudencia no es vinculante, se puede argumentar

¹⁸⁸ Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección recíprocas de Inversiones. Registro Oficial Suplemento 153 del 25 de noviembre de 2005. Artículo X.

¹⁸⁹ Convenio para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la república del Ecuador y el Reino de los Países Bajos. Registro Oficial Suplemento 153 del 25 de noviembre de 2005. Artículo 11.

este punto. Se podría fundamentar esto en argumentos como los que utilizó el Accionante en el caso *Plama*:

(...) Bulgaria accedió al arbitraje del CIADI de este litigio en virtud de la cláusula NMF del ese tratado. La Demandante sostiene que la cláusula NMF debe ser interpretado como que se extiende a los mecanismos de solución de controversias más favorables que las del TBI Bulgaria-Chipre, que están contenidas en otros tratados de inversión celebrados por Bulgaria¹⁹⁰.

Si bien el Tribunal no falló de manera favorable en este caso, los argumentos son completamente motivados, lo suficiente como para que un Tribunal pueda fallar a favor. Se debe reflexionar también que en este caso, Plama quería utilizar CIADI cuando el TBI establecía arbitraje *ad-hoc* con reglas CNUMDI, mientras que en el caso hipotético presentado, el inversionista no tiene ya la opción de acudir a arbitraje en el CIADI, está buscando acudir a arbitraje ya que el arbitraje establecido en el TBI de su país ya no es posible acceder. Este argumento daría aun más motivación a esta posibilidad.

4.3.4 Aplicación de la CNMF para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base

La posibilidad de aplicar la CNMF para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base ha sido aceptada en el caso de *RosInvest* y es de interesante análisis para Ecuador. En el caso del TBI suscrito entre Ecuador y China el arbitraje se limita a temas del monto de compensación por expropiación:

Artículo 9

3.- Si un conflicto **relacionado con el monto de compensación por expropiación** no puede ser resuelto en un plazo de seis meses después de recurrir a las negociaciones tal como se especifica en el Numeral 1 de este Artículo, dicho conflicto podrá ser presentado por petición de cualquiera de las partes a un tribunal de arbitraje *ad-hoc*¹⁹¹.
(énfasis añadido)

¹⁹⁰ Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria. No. ARB/03/24. CIADI. 08 de 02 de 2005. *Óp. cit.*

¹⁹¹ Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Popular de China para el fomento y protección recíprocos de inversiones. Registro Oficial Suplemento 169 de 12 de abril de 2010.

Sin embargo, un inversionista Chino puede utilizar la CNMF para discutir otros temas en Arbitraje Internacional, utilizando cualquiera de los TBIs que no se encuentre limitados. El Tribunal dentro del caso de *RosInvest* analiza justamente esta posibilidad, y para decidir sobre la aplicación de la CNMF considera al analizar la cláusula las excepciones específicas:

Esto demuestra que los dos Países consideraron la cuestión de cuales problemas no deben beneficiarse de la protección NMF. Ahora bien, no se necesita mayor explicación que, así como los impuestos es un asunto muy importante para un inversor, así lo es la sumisión a arbitraje que "protege" al inversor, en caso de litigio con el Estado anfitrión, de tener que depender de Tribunales Nacionales del mismo Estado anfitrión. En vista de la redacción cuidadosa del artículo 8 y el lenguaje que limita en la misma, que puede luego, no cabe presumir que las Partes "se olvidaron" del arbitraje en la elaboración y el acuerdo sobre el artículo 7. **Si tenían intención las partes que la cláusula NMF no deba aplicarse a arbitraje, habría sido fácil agregar un inciso (c) a tal efecto en el artículo 7.** El hecho de que esto no se hizo, en opinión del Tribunal, es una confirmación más de que la cláusula NMF en el artículo 3 también es aplicable por la presentación al arbitraje en los demás Tratados¹⁹². (énfasis añadido)

Con fundamento en este argumento el Tribunal de este caso acepta la posibilidad de someter a Arbitraje Internacional una controversia sobre la existencia y legalidad de una expropiación, cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación y a las consecuencias de la expropiación. Por tanto, si bien la mayoría de la jurisprudencia rechaza esta posibilidad, es aún abierto a amplia discusión y podría también ser aceptada por un Tribunal.

4.4 Conclusiones del Capítulo

La aplicación de la CNMF en materia de jurisdicción es un tema muy controversial tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Si bien es cierto que en el Ecuador se ha iniciado un proceso de denuncia fundamentándose en el Artículo 422 de la Constitución de diversos TBI y de Convenios que establecen Arbitraje Internacional, la mayoría de estos TBI continúan vigentes puesto que no se ha culminado el proceso de denuncia y los que ya no se encuentran vigentes tienen cláusulas de supervivencia que son extensas.

¹⁹² *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación de Rusia*, No.V 079 / 2005. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Octubre 2007. *Óp. cit.*, párr. 135.

Este hecho abre a la posibilidad de los inversionistas de invocar la CNMF para diversas solicitudes. Primero se analizó la posibilidad de la aplicación de la cláusula para eludir requisitos previos. Este análisis fue bastante favorable ya que los TBIs son similares a los que se han invocado en la jurisprudencia, con resultados positivos de aceptación de la aplicación extensiva de la cláusula.

Luego se consideró la posibilidad de la aplicación de la CNMF para “importar” jurisdicción. Este tema queda bastante abierto aun, ya que la jurisprudencia ha sido siempre negativa; sin embargo, las condiciones especiales en las que se encuentran los inversionistas extranjeros en el Ecuador pueden brindar una nueva luz a un tribunal para aceptar con argumentos motivados esta posibilidad.

Finalmente, se observó la posibilidad de la aplicación de la CNMF para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base. Este punto si bien es incierto, la jurisprudencia ha sido favorable en una ocasión previa por lo que es posible que vuelva a serlo, poniendo en una posición favorable a los inversionistas que desean intentar esta aplicación de la CNMF.

5 Capítulo IV.- Conclusiones

Las inversiones internacionales han ido creciendo con el tiempo, generando una nueva necesidad de protección para los inversionistas. Un mecanismo que ha resultado como consecuencia a esta necesidad son los TBIs. Los TBIs usualmente contienen una CNMF, que ha generado un debate a nivel jurisprudencial sobre sus posibilidades de aplicación. El Arbitraje Internacional ha demostrado ser un mecanismo célere e imparcial que ha generado que la mayoría de TBIs lo utilicen como mecanismo de solución de controversias entre el inversionista y el Estado receptor. La CNMF abre la posibilidad de reemplazar algunos aspectos de la cláusula de resolución de controversias establecida en el TBI, tanto en cuestiones de procedimiento como en cuestiones *ratione materiae* e incluso la posibilidad de acudir a un foro arbitral distinto al establecido.

Este intento de aplicar la CNMF en cuestiones relativas a jurisdicción se puede dividir en dos grupos, el primero es cuando la CNMF se invoca para eludir el cumplimiento de un

requisito previo para acceder al Arbitraje Internacional; y el segundo es cuando la CNMF se solicita para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles *ratione materiae* de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base.

La jurisprudencia ha sostenido una posición favorable mayoritaria en cuanto a la posibilidad de la aplicación extensiva de la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo para acceder a Arbitraje Internacional. El análisis que hicieron los Tribunales para llegar a esta conclusión consiste en un análisis primeramente gramatical y de la intención de las partes y luego observan el cumplimiento de los principios de *ejusdem generis* y *res inter alios acta*.

En cuanto a la aplicabilidad de la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles *ratione materiae* de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base también existe una cierta uniformidad en la jurisprudencia, en este caso de resultado negativo. Sin embargo, si hay una jurisprudencia que ha aceptado la aplicación de la CNMF, en cuanto a su ampliación *ratione materiae*, el caso *RosInvest*, en donde el Tribunal consideró que si las partes hubiesen querido limitar el ámbito de aplicación de la cláusula lo hubiesen hecho dentro de la misma cláusula, así como limitaron su ámbito en otras materias.

Esta jurisprudencia tiene importante relevancia para los inversionistas que mantienen inversiones en el Ecuador. Desde la denuncia masiva de los TBIs se piensa que el Arbitraje Internacional ya no es cuestión de relevancia para el Ecuador ni para los inversionistas extranjeros dentro del país pero esto es erróneo. Si bien es cierto que el Ecuador ha mantenido una imagen en contra de los TBIs y en contra del Arbitraje Internacional, sustentándose erróneamente en el Artículo 422 de la Constitución, el Ecuador aun mantiene la mayoría de sus TBI vigentes y por tanto la posibilidad de someter los problemas a la decisión de un tribunal arbitral internacional, se encuentra perfectamente aplicable.

Este hecho abre a la posibilidad de los inversionistas de invocar la CNMF para intentar distintas solicitudes en cuanto a jurisdicción. Los inversionistas podrían intentar la aplicación de la cláusula para eludir requisitos previos. Este análisis fue bastante favorable ya que los

TBIs son similares a los que se han invocado en la jurisprudencia, con resultados positivos de aceptación de la aplicación extensiva de la cláusula.

También es posible intentar la aplicación de la CNMF para “importar” jurisdicción. Si bien esta acción es todavía ambigua, ya que la jurisprudencia ha sido siempre negativa; sin embargo, las condiciones especiales en las que se encuentran los inversionistas extranjeros en el Ecuador pueden brindar nuevos argumentos a considerar para un tribunal que resulte en un laudo favorable.

Finalmente, podrían los inversionistas solicitar la aplicación de la CNMF para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a Arbitraje Internacional en virtud del tratado base. Si bien intentar esta acción podría arrojar un resultado incierto, cabe recalcar que la jurisprudencia ha resultado favorablemente en una previa ocasión, por lo que es posible que vuelva a serlo en un futuro.

El tema motivo de estudio es sin duda importante para el mundo jurídico del arbitraje internacional y para el Ecuador. El Ecuador aún tiene TBI que se encuentran vigentes. Por otro lado, no debemos olvidar que tratados que han sido denunciados se mantienen vigentes en virtud de las cláusulas de supervivencia que abren la posibilidad de arbitraje a inversionistas de ciertos países que ya se encuentran establecidos en el país. Es, por tanto, de importancia analizar las posibilidades y los temas controversiales dentro del Derecho de Inversiones.

La CNMF en aplicación a jurisdicción es un tema de mucha controversia y por tanto brinda cuantiosas posibilidades que pueden beneficiar a inversionistas. Como se ha analizado, es claro que el tema queda aún en controversia puesto que existen argumentos para su aplicación favorable y también para la denegación de aplicación extensiva de la cláusula.

Con fundamento en la doctrina y la jurisprudencia analizada se puede afirmar que la aplicación de la CNMF en jurisdicción depende de diversos factores. Primero, depende de cómo se busca su aplicación. Si se busca su aplicación para eludir requisitos de procedimiento existe una mayor posibilidad, con fundamento en la jurisprudencia, de obtener resultados favorables. Un Tribunal que analiza esta posibilidad se concentrará en la interpretación, tanto gramatical como de la intención de las partes de la cláusula. Es posible que miren cómo se han formulado todos los TBI que el Ecuador forma parte para llegar a sus conclusiones.

Si se busca la aplicación de la CNMF para importar jurisdicción, la probabilidad de obtener un resultado favorable es baja. Si bien es cierto que los inversionistas que mantienen inversiones en Ecuador tendrían argumentos motivados para esta solicitud, no existe aun ningún caso favorable. Aun así, es importante recalcar que la jurisprudencia en cuanto a la CNMF ha sido bien volátil y por supuesto que es posible que empiece a haber jurisprudencia favorable.

Finalmente, un inversionista puede intentar aplicar la CNMF para ampliar, *ratione materiae*, la demanda arbitral. También es un tema abierto a interpretación del tribunal, con alto riesgo de resultados negativos pero aún así con una posibilidad de obtener un resultado favorable ya que si ha sido antes aceptado por la jurisprudencia.

A futuro es importante considerar que aunque siguen vigentes ciertos TBI, se encuentran en proceso de denuncia. En caso de concluir estos procesos deberá mirarse de manera individual las cláusulas de supervivencia de cada uno. Es evidente que este problema jurídico, lamentablemente, se encontraría resuelto el momento en que todos los TBI pierdan su vigencia en el Ecuador. Sin embargo, las cláusulas de supervivencia en la mayoría de los TBI son extensas, algunas de hasta 20 años por tanto abren la posibilidad de discusión por un considerable tiempo.

6 Bibliografía

DOCTRINA

- Acconci, Pia. “Most-Favoured Nation Treatment”. dentro de: Munchlinkski, Peter, Ortino, Federico y Schreuer, Cristoph. *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. 365-401.
- Asamblea Nacional República del Ecuador,
<http://www.asambleanacional.gob.ec/legislamos/resoluciones?created=&title=inversiones>, (acceso: 1/7/2014)
- Bishop, R. Doak, Crawford, James y Reisman, W. Michael. *Foreign Investment Disputes*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005.
- Blackaby, Nigel. “ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup?”. Dentro de: *The Paris Journal of International Arbitration*, Les Cahiers de l’Arbitrage. 2010.
- Cole, Tony. “The Boundaries of Most Favoured Nation Treatment in International Investment Law.” 22 de Marzo de 2011. *Social Science Research Network*. 33 Michigan Journal of International Law 537 (2012).
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1792542. (acceso: 8/11/2013).
- Diehl, Alexandra N. “Tracing a Success Story or “The Baby Boom of BITs”.” Editores Reinisch, August, Knahr. *Internacional Investment Law*. The Netherlands: Eleven International Publishing, 2008. pp. 7-25.
- Figueroa, Kenneth Juan., *La Jurisprudencia sobre Las Cláusulas De Nación Más Favorecida, Un intento de llegar a un marco analítico consistente*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3386/11.pdf>. (acceso: 3/5/2014)
- García Bolivar, Omar E. *Defining an ICSID Investment: Why Economic Development Should be the Core Element*. <http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/defining-an-icsid-investment-why-economic-development-should-be-the-core-element/>. (acceso: 9/10/2013).
- Garibaldi, Oscar M. “On the denunciation of the ICSID Convention, consent to ICSID jurisdiction, and the Limits of the Contract analogy”. Binder, Christina, Kriebaum, Ursula, Reinisch, August, *et al.* (eds), *et al.* (eds). *International Investment Law for the 21st Century- Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Nueva York: Oxford University Press, 2009.
- Happ, R., Rubins, N. *Digest of ICSID Awards and Decisions 2003-2007*. New York: Oxford University Press, 2009.

- Hobér, Kaj. “MFN Clauses and Dispute Resolution in Investment Treaties: Have we reached the end of the road?” Binder, Christina, Kriebaum, Ursula, Reinisch, August, *et al.* (eds)., *et al.* (eds). *International Investment Law for the 21st Century- Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Nueva York: Oxford University Press, 2009. 31-41.
- McLachlan QC, Campbell, Shore, Laurence y Weiniger, Matthew. *International Investment Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los Estados Unidos de Norte América. 2012. 28 de Octubre de 2013,
<http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1028.pdf>. (acceso: 3/4/2014).
- Modelo de Tratado Bilateral de Inversión del Reino Unido. 2006. 26 de Octubre de 2013
[http://ebooks.narotama.ac.id/files/The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%2010%20%20United%20Kingdom%20Model%20BIT%20\(2005,%20with%202006%20amendments\).pdf](http://ebooks.narotama.ac.id/files/The%20International%20Law%20of%20Investment%20Claims/Appendix%2010%20%20United%20Kingdom%20Model%20BIT%20(2005,%20with%202006%20amendments).pdf). (acceso: 3/4/2014).
- Modelo Tratado Bilateral de Inversión de Alemania.
<http://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>. (acceso: 3/4/2014).
- Pérez Cortés, Ignacio, Etchegorry, Maria Alejandra. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. dentro de: Soto Coaguila, Carlos Alberto. *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral* . Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.
- Reporte de Laudos Arbitrales Internacionales Caso Ambatielos. VOLUME XII pp. 83-153. Naciones Unidas, 2006. p. 107
- Rubins, Noah, Kinsella, N. Stephan. *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A practioner's guide*. Oxford University Press, 2005.
- Schlemmer, Engela C. “Investment, Investor, Shareholders.” dentro de: Munchlinkski, Peter, Ortino, Federico y Schreuer, Cristoph. *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- Schreuer, Christoph y Dolzer, Rudolf., *The Oxford Handbook of Internacional Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. 365-401.
- Schreuer, Cristoph. “Consent to Arbitration.” Munchlinski, P, Ortino, F, Schreuer, C. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008. pp. 830-867.

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

Tawil, Guido Santiago. "Most Favoured Nation Clauses and Jurisdictional Clauses in Investment Treaty Arbitration". Binder, Christina, Kriebaum, Ursula, Reinisch, August, *et al.* (eds). *International Investment Law for the 21st Century- Essays in Honour of Christoph Schreuer*. New York: Oxford University Press, 2009. 9-30.

JURISPRUDENCIA

Camuzzi International S.A. c. República Argentina. No. ARB/03/7. CIADI. 10 de junio de 2005.

Camuzzi International S.A. c. República Argentina. No. ARB/03/2. CIADI. 11 de mayo de 2005.

Caso de los derechos de los Nacionales de Estados Unidos de América en Marruecos. Corte Internacional de Justicia, Reports 1952. <http://www.icj-cij.org/docket/files/11/1927.pdf>. (acceso: 3/4/2014)

Caso de la Anglo-Iranian Oil Co. (Excepción Preliminar). *Cátedra I de Derecho Internacional Público C.I.J. Resúmenes (1948-2014)*. Facultad de Derecho Universidad Católica de La Plata. <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/16.pdf>. (acceso: 3/4/2014).

Caso de la Anglo-Iranian Oil Co., Corte Internacional de Justicia, Reports 1952, <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>. (acceso: 3/4/2014).

Caso Relativo a los derechos de los nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos. 2014. *Catedra I de Derecho Internacional Público C.I.J. Resúmenes (1948-2014)*. Facultad de Derecho Universidad Católica de la Plata. <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/17.pdf>. (acceso: 3/4/2014).

Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. No. ARB/97/7. CIADI. 25 de Enero de 2000.

Gas Natural SGD, SA c. República Argentina. No. ARB/03/10. CIADI. 17 de junio de 2005.

Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria. No. ARB/03/24. CIADI. 08 de 02 de 2005.

RosInvestCo UK Ltd. c. Federación de Rusia, No.V 079 / 2005. Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Octubre 2007.

Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. c. Reino Hachemita de Jordania. No. ARB/02/13. CIADI. 29 de Noviembre de 2004.

Siemens c. República Federal de Argentina. No. ARB/02/08. CIADI. 3 de Agosto de 2004.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina. No. ARB/03/19. CIADI. 16 de mayo del 2006.

Técnicas medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos. No. ARB (AF)/00/2. CIADI. 29 de 05 de 2003.

Telefónica S.A c. República Argentina. No. ARB/03/20. CIADI. 25 de mayo de 2006.
Vladimir Berschader And Moïse Berschader c. La Federación de Rusia. NO. 080/2004. Arbitration Institute Of The Stockholm Chamber of Commerce. 21 abril 2006

Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina. No. ARB/04/14. CIADI. 8 de Diciembre de 2008.

PLEXO NORMATIVO

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Popular de China para el fomento y protección recíprocos de inversiones. Registro Oficial Suplemento 169 de 12 de abril de 2010.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección recíprocas de Inversiones. Registro Oficial Suplemento 153 del 25 de noviembre de 2005.

Convenio para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la republica del Ecuador y el Reino de los Países Bajos. Registro Oficial Suplemento 153 del 25 de noviembre de 2005.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Italiana para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 537 de 4 de marzo de 2005.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de El Salvador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial 778 de 11 de septiembre de 1995.

Convenio entre el gobierno del Ecuador y el gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre del 2005.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Argentina para la promoción y protección recíproca de inversiones. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre del 2005.

Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, Registro Oficial No. 483, de 28 de Diciembre del 2001.

Ley Orgánica de la Función Legislativa. Registro Oficial Suplemento No. 642 de 27 de julio de 2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección recíproca de Inversiones. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre del 2005.

7 ANEXO 1- Tabla de Jurisprudencias

Casos a favor de la aplicación de la CNMF en cuestiones de procedimiento.

Demandante	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor
Emilio Agustín Maffezini	España	CIADI No. ARB/97/7	Decisión sobre jurisdicción	25/01/2000	-Francisco Orrego Vicuña -Thomas Buergenthal -Maurice Wolf	Argentina-España	Posibilidad de acceder directamente al Arbitraje Internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses
Siemens AG	Argentina	CIADI No. ARB/02/8	Decisión sobre Jurisdicción	03/08/2004	-Andrés Rigo Sureda -Charles N. Brower -Domingo Bello Janeiro	Alemania-Argentina	Posibilidad de acceder directamente al Arbitraje Internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses
Gas Natural SDG, S.A.	Argentina	CIADI No. ARB/03/10	Decisión sobre Jurisdicción	17/06/2005	-Andreas F. Lowenfeld -Henri C. Álvarez -Pedro Nikken	España-Argentina	Posibilidad de acceder directamente al Arbitraje Internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses

Suez, SGAB S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.	Argentina	CIADI No. ARB/03/17	Decisión sobre Jurisdicción	16/05/2006	-Jeswald W. Salacuse -Gabrielle Kaufmann-Kohler -Pedro Nikken	Francia-Argentina España-Argentina	Posibilidad de acceder directamente al Arbitraje Internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses
Telefónica S.A.	Argentina	CIADI No. ARB/03/20	Decisión sobre Jurisdicción	25/05/2006	-Giorgio Sacerdoti -Charles N. Brower -Eduardo T. Siquieros	España-Argentina	Posibilidad de acceder directamente al Arbitraje Internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses
National Grid PLC	Argentina	Arbitraje CNUDMI	Decisión sobre Jurisdicción	20/06/2006	-Andrés Rigo Sureda -E. Whitney Debevoise -Alejandro Garro	Reino Unido-Argentina	Posibilidad de acceder directamente al Arbitraje Internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses
Suez, SGAB S.A. y Vivendi Universal S.A. / AWG Group Ltd.	Argentina	CIADI No. ARB/03/19 / Arbitraje CNUDMI	Decisión sobre Jurisdicción	03/08/2006	-Jeswald W. Salacuse -Gabrielle Kaufmann-Kohler -Pedro Nikken	Francia-Argentina España-Argentina Reino Unido-Argentina	Posibilidad de acceder directamente al Arbitraje Internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses

Caso en contra de la aplicación de la CNMF en cuestiones de procedimiento

Demandante	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor
Wintershall AG	Argentina	CIADI No. ARB/04/14	Laudo	08/12/2008	-Fali S. Nariman -Santiago Torres Bernárdez -Piero Bernardini	Alemania-Argentina	Posibilidad de acceder directamente al Arbitraje Internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses

Casos en contra de la aplicación de la CNMF en cuestiones de jurisdicción

Demandante	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor
Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A.	Jordania	CIADI No. ARB/02/13	Decisión sobre jurisdicción	29/11/2004	-Guilbert Guillaume -Bernardo Cremades -Sir Ian Sinclair	Italia-Jordania	Posibilidad de someter la controversia al CIADI cuando el TBI establecía que en caso de que el inversor y una entidad de la una Parte Contratante hubieran celebrado un acuerdo de Inversión, el procedimiento de solución de controversias previsto en el acuerdo de inversión era el aplicable.

Técnicas medioambientales Tecmed S.A.	México	CIADI No. ARB(AF)/00/2	Laudo	29/05/2003	-Horacio A. Grigera Naon -José Carlos Fernández Rozas -Carlos Bernal Verea	España-México	Posibilidad de extender la competencia del Tribunal a violaciones del TBI ocurridas con anterioridad a su entrada en vigor
Plama Consortium Limited	Bulgaria	CIADI No. ARB/03/24	Decisión sobre Jurisdicción	08/02/2005	-Carl F. Salans -Arbert Jan van den Berg -V.V. Veeder	Chipre-Bulgaria	Posibilidad de someter la controversia al CIADI cuando el TBI establecía arbitraje <i>ad hoc</i> CNUDMI sólo para determinar el monto de la indemnización en caso de expropiación
Vladimir Berschader y Moïse Berschader	Rusia	SCC No. 080/2004	Laudo	21/04/2006	-Bengt Sjöval -Sergei Lebedev -Todd Weiler	Bélgica-Luxemburgo U.R.S.S.	Posibilidad de someter a Arbitraje Internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato distintos de la expropiación, cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje las controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación

Telenor Mobile Communications A.S.	Hungría	CIADI No. ARB/04/15	Laudo	13/09/2006	-Sir Roy Goode -Nicholar W. Allard -Arthur L. Marriott	Noruega-Hungría	Posibilidad de someter a Arbitraje Internacional una controversia por violación del estándar de trato justo y equitativo cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje los reclamos por expropiación
Renta 4 S.V.S.A. y otros	Rusia	SCC No.V 024/2007	Laudo sobre Jurisdicción	20/03/2009	-Charles N. Brower -Toby T. Landau -Jan Paulsson	España-U.R.S.S.	Posibilidad de someter a Arbitraje Internacional una controversia que no se limitaba a la cuestión de la indemnización por expropiación, tal como exigía la cláusula de solución de controversias del TBI
Tza Yap Shum	Perú	CIADI No. ARB/07/6	Decisión sobre Jurisdicción	19/06/2009	-Judd Kessler -Hernando Otero -Juan Fernández-Armesto	China-Perú	Posibilidad de someter a Arbitraje Internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato distintos de la expropiación, cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje los reclamos por expropiación

Austrian Airlines	Eslovaquia	Arbitraje CNUDMI	Laudo	09/10/2009	-Gabrielle Kaufmann- Kohler -Charles Brower -Vojtěch Trapl	Austria- Checoslovaquia	Posibilidad de someter a Arbitraje Internacional una controversia sobre la legalidad de una expropiación y otros reclamos distintos de la expropiación cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje controversias relativas al monto y a las condiciones de pago de la indemnización por expropiación y las relativas a las obligaciones sobre transferencias
--------------------------	------------	---------------------	-------	------------	--	----------------------------	--

Caso a favor de la aplicación de la CNMF en cuestiones de jurisdicción

Demandante	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor
RosInvestCo UK Ltd.	Rusia	SCC NoV 079/2005	Laudo sobre jurisdicción	10/2007	-Karl-Heinz Böckstiegel -Lord Steyn -Sir Franklin Berman	Reino Unido- U.R.S.S.	Posibilidad de someter a Arbitraje Internacional una controversia sobre la existencia y legalidad de una expropiación cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación y a las consecuencias de la expropiación

193

¹⁹³ Ignacio Pérez Cortés y María Alejandra Etchegorry. “El Consentimiento al Arbitraje Internacional de Inversión y la Cláusula de Nación Más Favorecida”. *Óp. cit.*, p. 264-272.