

## OPINIÓN CONCURRENTE Y DISIDENTE

1. La presente opinión versa sobre la cuestión de la jurisdicción del Tribunal, que, en mi opinión, no puede fundamentarse en función del uso de la cláusula NMF.
2. Habiendo llegado en primer lugar a la conclusión de que el Tribunal no tenía jurisdicción sobre el caso, procedí a abordar la etapa de fondo del caso sobre la base de la decisión de la mayoría, es decir, examiné el caso como si hubiera existido jurisdicción. En la presente opinión no hago ningún comentario acerca de la etapa de fondo más que señalar que estoy de acuerdo con los resultados del Laudo en cuanto a las cuestiones sustantivas allí planteadas.
3. La cuestión del alcance de las cláusulas NMF en los TBI es un tema complejo, especialmente cuando se relaciona con las disposiciones relativas a los mecanismos de resolución de controversias. En un estudio realizado por la CNUDMI se señala que “existen argumentos sólidos tanto a favor como en contra de la aplicación de la cláusula NMF a la resolución de conflictos. A fin de cuentas, es probable que esta cuestión requiera mayor análisis por parte de la jurisprudencia internacional relativa a inversiones”<sup>1</sup> (traducción del Árbitro). Creo que el presente caso es una buena oportunidad para promover dicho análisis. Desafortunadamente, tal como señala mi colega árbitro Pedro Nikken “no he tenido la inteligencia ni la capacidad de convencer a mis colegas en este Tribunal”<sup>2</sup>, pero al promover el debate intenso y reflexivo que existió entre los miembros del Tribunal, expreso mi esperanza de contribuir en forma modesta pero constructiva al debate permanente sobre la manera en que las cláusulas NMF deberían aplicarse al arbitraje relativo a inversiones.
4. El Laudo de la mayoría reconoce la existencia de decisiones conflictivas:

Es cierto, tal como fue señalado, que la jurisprudencia en torno a la aplicación de las cláusulas NMF a las normas de resolución de controversias no es congruente. Sin embargo, en aquellos casos en que la cláusula NMF ha hecho referencia a “todas las demás cuestiones” o a “toda cuestión” regulada por el TBI, la conclusión ha sido casi unánime en el sentido de incluir las normas de resolución de controversias. Sobre esta base, la mayoría del Tribunal concluye que Impregilo tiene derecho a sustentar su reclamo, en este aspecto, sobre la base de las normas de resolución de controversias contenidas en el TBI Argentina-Estados Unidos y que no puede desestimarse el caso por la falta de cumplimiento con los requisitos establecidos en los Artículos 8(2) y 8(3) del TBI Argentina-Italia<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> BILATERAL INVESTMENT TREATIES 1995-2006: TRENDS IN INVESTMENT RULEMAKING, UNCTAD/ITE/IIA/2006/5, UN Pub. New-York, Ginebra, 2007, p. 42.

<sup>2</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, Opinión Separada del Árbitro Pedro Nikken, como así también *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre Responsabilidad del 30 de julio de 2010, Opinión Separada del Árbitro Pedro Nikken, párrafo 27.

<sup>3</sup> Laudo, párrafo 108. Énfasis añadido.

5. De hecho, es dable destacar que, respecto de todos los casos que abordan las cláusulas NMF y la resolución de controversias se pone de manifiesto, si se observa el número de árbitros que están a favor de la aplicación de la cláusula NMF a la resolución de conflictos en lugar del número de laudos, que la situación está prácticamente equilibrada dada la participación reiterada de algunos de los árbitros. De todos modos, no creo que apoyarse en casos anteriores como si fueran precedentes vinculantes sea un argumento convincente desde el punto de vista jurídico.

6. Dicho esto, es bien sabido que *Maffezini*<sup>4</sup> es el caso que abrió las compuertas de este conflicto al haber tomado una decisión sin precedentes<sup>5</sup>. Tal como ha sido señalado por Zachary Douglas, “[l]a decisión en el caso *Maffezini* fue la primera que permitió que una parte pudiera basarse en una cláusula NMF para modificar el mandato jurisdiccional de un tribunal arbitral. En los cientos de años de actividad de las cortes y los tribunales internacionales que precedieron a *Maffezini*, sólo habían existido pronunciamientos judiciales contrarios a dicho mecanismo, incluidas la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Anglo-Iranian Oil Company* y la decisión adoptada por la Comisión Mixta de Reclamaciones Británico-Venezolana en el caso *Aroa Mines*”<sup>6</sup> (traducción del Árbitro). Sin embargo, con posterioridad al caso *Maffezini*, algunos tribunales del CIADI han seguido el mismo camino, tal como lo ha hecho la mayoría del Tribunal en el presente caso.

7. Otros han reaccionado a esta innovación en el sentido de regresar a la interpretación clásica de la cláusula NMF. Los dos primeros casos que siguieron esta línea de razonamiento con posterioridad al caso *Maffezini* fueron *Salini c. Jordania*<sup>7</sup> y *Plama c. Bulgaria*<sup>8</sup>, que, a su vez, fueron seguidos por algunos tribunales del CIADI.

8. El Artículo 3 que contiene la cláusula NMF y el Artículo 8 relativo a la resolución de controversias del TBI Argentina-Italia, que es el tratado base, se citan a continuación en sus partes pertinentes para mejor referencia:

*Artículo 3. Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación más Favorecida*

(1) Cada Parte Contratante, en el ámbito de su territorio, acordará a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante, a las ganancias y actividades vinculadas con aquéllas y a todas las demás cuestiones reguladas

---

<sup>4</sup> *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2000.

<sup>5</sup> Con excepción de un *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Concerning the Rights of Nationals of the United States of America in Morocco* (Francia c. EE.UU), *ICJ Reports* 1952, p. 190.

<sup>6</sup> Zachary Douglas, *The MFN Clause in Investment Treaty Arbitration: Treaty Interpretation off The Rails*, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 1–17, p. 5, se omitieron las citas.

<sup>7</sup> *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Jordania*, Caso CIADI No. ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción del 9 de noviembre de 2004.

<sup>8</sup> *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2005.

por este Acuerdo, un trato no menos favorable a aquél otorgado a sus propios inversores o a inversores de terceros países.

**ARTÍCULO 8. Solución de Controversias entre Inversores y Partes Contratantes**

1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre un inversor de una de las Partes Contratantes y la otra Parte, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas entre las partes en la controversia.

2. Si esas consultas no aportaran una solución, la controversia podrá ser sometida a la jurisdicción administrativa o judicial competente de la Parte Contratante en cuyo territorio está situada la inversión.

3. Si todavía subsistiera una controversia entre inversores y una Parte Contratante, luego de transcurrido un plazo de dieciocho meses desde la notificación del comienzo del procedimiento ante las jurisdicciones nacionales citadas en el párrafo 2, la controversia podrá ser sometida a arbitraje internacional.

9. A fin de evitar la obligación de someter su controversia ante los tribunales de Argentina durante dieciocho meses, la Demandante intentó – y logró – utilizar la cláusula NMF contenida en el Artículo 3 para poder presentar su caso directamente en un arbitraje internacional basándose en un aspecto procesal aislado de un *procedimiento completamente diferente* para la solución de controversias relativas a inversiones establecido en el Artículo VII del TBI Argentina-Estados Unidos, que es el tratado con un tercero, el cual dispone:

2. ...En caso de surgir una controversia, las partes en la controversia procurarán primero solucionarla mediante consultas y negociaciones. Si la controversia no pudiera ser solucionada en forma amigable, la sociedad o el nacional involucrados podrán elegir someter la controversia para su solución:

- (a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la controversia; o
- (b) A los procedimientos de solución de controversias aplicables, previamente acordados; o
- (c) A lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

3. (a) En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio:

- (i) del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Controversias Relativas a Inversiones ("el Centro"), establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio CIADI") siempre que la Parte sea parte del Convenio; o

(ii) del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a él; o

(iii) de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.); o

(iv) de cualquier otra institución arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia.

10. Surge a primera vista que el procedimiento de resolución de controversias planteado en el tratado base a ser aplicado en nuestro caso, el TBI Argentina/Italia, es fundamentalmente diferente de aquel establecido en el tratado con un tercero, el TBI Argentina/Estados Unidos; mientras que uno *exige* recurrir a los tribunales locales antes de poder acceder al arbitraje internacional, el otro *prohíbe* acudir a los tribunales locales para poder acceder al arbitraje internacional, tal como fue bien explicado por el tribunal en el caso *Wintershall*<sup>9</sup>, al abordar cláusulas similares. En vista de ello, no resulta sencillo, como mínimo, comparar el procedimiento contenido en el tratado base y aquel contenido en el tratado con un tercero a fin de decidir cuál es el más favorable para proteger la inversión. En otras palabras, me resulta más que claro que importar únicamente un plazo de un mecanismo a otro realmente no tiene ningún sentido, dado que no puede basarse en una comparación seria entre dos cláusulas cuya lógica subyacente es absolutamente diferente.

11. Según la posición de la mayoría, la cuestión es si “la *opción* de recurrir a un procedimiento local o al arbitraje internacional, tal como ocurre con el TBI Argentina-Estados Unidos, es más favorable para el inversor que un procedimiento local obligatorio antes de poder tener acceso al arbitraje”. La mayoría no tiene ninguna duda: “la respuesta a esta pregunta es evidente: un sistema que brinda una opción es más favorable para el inversor que un sistema que no brinda opción alguna”<sup>10</sup>. Esta conclusión parece ser un tanto apresurada<sup>11</sup>: aquí se sugiere que también podría argumentarse que un sistema que brinda la posibilidad de utilizar en forma acumulativa dos foros diferentes (aunque uno se demore durante dieciocho meses) es más favorable que un sistema que obliga a optar por una sola posibilidad en perjuicio de la otra.

12. Cabe agregar que el resultado concreto no otorga a Impregilo el mecanismo de resolución de controversias existente más favorable, que es el supuesto objetivo de las cláusulas de NMF, sino un mecanismo *sui generis* que fue interpretado por el

<sup>9</sup> *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párrafo 175.

<sup>10</sup> Laudo, párrafo 101. Énfasis en el original.

<sup>11</sup> Que puede explicarse con el postulado, que comparten los inversores, de que necesariamente se prefiere el arbitraje internacional por sobre los tribunales nacionales, una idea que ha sido criticada en algunos comentarios doctrinarios. Véase Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION*, Oxford, Oxford U. Press, 2007, p. 257, donde se señala: “Sería injusto que los tribunales internacionales determinaran... que la adjudicación por parte del Estado de derechos en virtud de un tratado es necesariamente inferior al arbitraje internacional” (traducción del Árbitro).

razonamiento de los árbitros y que no estaba previsto ni en el tratado base ni en el tratado con un tercero. De hecho, tal como ocurrió también, por ejemplo, en el caso *Siemens*, Impregilo terminó encontrándose en una posición mejor que aquella en la que habría estado un inversor en virtud del TBI Argentina/Italia o un inversor en virtud del TBI Argentina/Estados Unidos, dado que no se vio limitada en su acceso al arbitraje internacional por un período de espera de dieciocho meses por un lado, ni en sus opciones por aplicación de la cláusula de elección del foro, llamada “bifurcación de caminos” [“*fork-in-the-road*”, en inglés] por el otro. En sentido estricto, el Laudo no le otorgó a Impregilo el trato más favorable sino un trato favorable inexistente. El inversor extranjero obtuvo lo mejor de ambos tratados, pero ello no se correspondía con ninguna situación real en ningún tratado.

13. Aclarado esto, desearía aprovechar esta oportunidad para presentar algunas observaciones más generales sobre la jurisprudencia existente y proponer algunos caminos para abordar la cuestión de las cláusulas NMF en el derecho internacional de inversiones.

14. Para ser clara, estoy absolutamente convencida de que las cláusulas NMF no deberían aplicarse a los mecanismos de resolución de controversias y, por lo tanto, no estoy de acuerdo con el resultado al que se arribó en los casos *Maffezini* y otros<sup>12</sup>; en consecuencia, estoy de acuerdo con la conclusión a la que se arribó en los casos *Plama* y otros. De hecho, el primer grupo de casos se basa en la presunción de que las disposiciones sobre resolución de conflictos son invariablemente alcanzadas por la cláusula NMF de un TBI, a menos que se demuestre claramente lo contrario; el segundo grupo se basa en la presunción contraria de que las disposiciones de resolución de conflictos nunca son alcanzadas por la disposición de NMF en un TBI, a menos que se demuestre claramente lo contrario.

15. Si bien estoy completamente de acuerdo con el segundo grupo de casos, no me satisfacen cabalmente los argumentos sobre los que se basan las diferentes decisiones, que probablemente no explican de manera absolutamente satisfactoria la solución aplicada. Es decir, si bien todas las decisiones que rechazan el uso de una cláusula NMF para importar un mecanismo de resolución de controversias o modificarlo apuntan a determinados aspectos importantes del contexto que deben considerarse al interpretar dicha cláusula, ninguna explica cabalmente, en mi opinión, la conclusión a la que se arribó.

16. El objetivo de esta opinión separada es intentar explicar por qué, en principio, una cláusula NMF no puede importar, total o parcialmente, un mecanismo de resolución de controversias desde un TBI celebrado con un tercero a un TBI que es el tratado base aplicable a la diferencia. En última instancia, tal como será explicado más adelante en

---

<sup>12</sup> Véase un artículo de mi autoría donde critico el caso *Maffezini*, escrito con anterioridad a la decisión en *Plama*, “ICSID Arbitration and the State’s Increasingly Remote Consent: Apropos the *Maffezini* Case”, en Steve Charnovitz, Debra Steger & Peter Van den Bossche (eds), *LAW IN THE SERVICE OF HUMAN DIGNITY. ESSAYS IN HONOUR OF FLORENTINO FELICIANO*, Cambridge, Cambridge U. Press, 2005, pp. 246-260.

detalle, la razón principal por la que una cláusula NMF no puede aplicarse a la resolución de controversias está íntimamente ligada a la esencia del derecho internacional.

17. Naturalmente, debe hacerse una salvedad importante en este punto. La interpretación de la cláusula NMF sólo es necesaria cuando la intención de las partes respecto de su aplicabilidad o inaplicabilidad al mecanismo de resolución de controversias no está expresamente manifestada o claramente determinada. Resulta evidente que si existe una cláusula NMF que incluye o excluye expresamente los procedimientos de resolución de conflictos, no hay necesidad de interpretación alguna.

18. De hecho, existen casos en que las partes expresamente manifiestan que la cláusula NMF se aplica al mecanismo de resolución de conflictos. Es el caso, por ejemplo, de los redactores del Modelo de TBI del Reino Unido, quienes establecieron en el Artículo 3(3) que “para evitar toda duda, el trato de NMF se aplicará a ciertas disposiciones específicas del TBI incluida aquella referida a la resolución de conflictos” (traducción del Árbitro).

19. También existe la hipótesis opuesta en que las partes expresamente excluyen el mecanismo de resolución de controversias de la interacción de la cláusula NMF. Un buen ejemplo de esta posición se encuentra en el borrador del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) del 21 de noviembre de 2003, en respuesta a *Maffezini*, cuya nota al pie 13 señala:

Las Partes desean hacer mención de la reciente decisión del tribunal de arbitraje en el caso *Maffezini (Arg.) vs. Reino de España*, en la cual se determinó que una cláusula de nación más favorecida excepcionalmente amplía en un acuerdo entre Argentina y España incluía procedimientos de solución de controversias internacionales. ... En contraste, el artículo sobre nación más favorecida del presente Acuerdo limita expresamente el ámbito de aplicación a “lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. Las Partes comparten la interpretación y la intención de que esta cláusula no abarque mecanismos de solución de controversias internacionales...

20. La difícil interrogante surge cuando no existe una declaración expresa en la cláusula NMF relativa al mecanismo de resolución de conflictos. En primer lugar, brindaré algunas observaciones acerca de por qué siento que los análisis actuales que excluyen la posibilidad de utilizar una cláusula NMF para modificar el mecanismo de resolución de conflictos, si bien brindan elementos contextuales muy valiosos y llegan a lo que considero una sabia solución, no son plenamente satisfactorios en términos jurídicos; luego, presentaré un razonamiento posible de aplicación general en torno a la aplicación de las cláusulas NMF a la resolución de controversias, sujeto por supuesto a la consideración necesaria de la redacción específica de cada cláusula.

**Consideración del análisis que rechaza la aplicación de la cláusula NMF a los procedimientos de resolución de controversias con base en el argumento de la cláusula especialmente negociada**

21. En cuanto a la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida en relación con los acuerdos sobre resolución de conflictos, el Tribunal en el caso *Plama*, al criticar fuertemente la decisión adoptada en *Maffezini*, hizo especial hincapié en el hecho de que tales acuerdos eran “específicamente negociado[s]”<sup>13</sup> (traducción del Árbitro) por las partes del tratado:

Tampoco resulta evidente que cuando las partes han llegado a un acuerdo en un TBI particular respecto de un mecanismo de resolución de controversias específico, tal como ocurre con el TBI Bulgaria-Chipre (arbitraje *ad hoc*), su consentimiento al trato de nación más favorecida significa que su intención era que, por aplicación de la cláusula NMF, su *acuerdo específico sobre dicho mecanismo de resolución de controversias* pudiera ser reemplazado por un mecanismo de resolución de conflictos completamente diferente (arbitraje ante el CIADI). Una cosa es agregar al trato establecido en el tratado un trato más favorable previsto en otro. Es una cosa totalmente distinta reemplazar un procedimiento *específicamente negociado* por las partes por un mecanismo completamente distinto<sup>14</sup> (traducción del Árbitro).

22. Esta línea de pensamiento ha sido en cierta forma reiterada en el caso *Tza Yap Shum c. República del Perú*<sup>15</sup>, donde el tribunal insistió en la especificidad de las disposiciones referidas al mecanismo de resolución de controversias en comparación con la generalidad del texto de la cláusula NMF.

23. Si bien no cabe duda de que los Estados son muy cautelosos al aceptar mecanismos de arbitraje internacional y aún más al negociar su alcance, me es difícil aceptar de lleno el argumento de que las cláusulas de resolución de conflictos deberían excluirse únicamente por haber sido “específicamente negociad[as]”. Tal como fue acertadamente señalado en un artículo sobre cláusulas NMF “(e)stas declaraciones, de un modo un tanto absurdo, implican que las disposiciones relativas a la resolución de controversias son negociadas más específicamente que otras disposiciones del tratado. Sin embargo, se presume que al celebrar un tratado, las partes estatales tienen la intención de escribir lo que escriben. No existe ninguna diferencia en cuanto a la naturaleza, en términos de redacción, entre el estándar de trato justo y equitativo, la prohibición de expropiar sin compensación, la prohibición de ejercer una conducta discriminatoria o arbitraria o las disposiciones referidas a la resolución de controversias”<sup>16</sup> (traducción del Árbitro).

---

<sup>13</sup> La misma idea se manifestó en *Tecmed*, aunque no en relación con el efecto de una cláusula NMF sobre un mecanismo de resolución de conflictos sino en relación con el efecto de una cláusula NMF sobre la aplicación *ratione temporis* del TBI. El Tribunal consideró que la cláusula NMF no podía aplicarse a una disposición que integra “el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes”, *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003, párrafo 69.

<sup>14</sup> *Plama*, *op. cit.* nota 8, párrafo 209. Énfasis añadido.

<sup>15</sup> *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción del 19 de junio de 2009 (Español), párrafos 216 y 220.

<sup>16</sup> Yas Banifatemi, *The Emerging Jurisprudence on the Most-Favoured-Nation Treatment in Investment Arbitration*, en Andrea Björklund, Ian Laird & Sergey Ripinsky (eds.), *INVESTMENT TREATY LAW: CURRENT ISSUES III*, Londres, BIICL, 2009, p. 269.

24. Comparto este punto de vista y, por lo tanto, no puedo considerar que la inaplicabilidad de la cláusula NMF a los mecanismos de resolución de controversias pueda justificarse únicamente con el argumento de que ha sido específicamente negociada – aunque este razonamiento resalta acertadamente la importancia de los mecanismos de resolución de controversias mediante los cuales un Estado restringe su soberanía a favor de los inversores extranjeros.

**Consideración del análisis que rechaza la aplicación de la cláusula NMF a los procedimientos de resolución de controversias con base en la distinción entre cuestiones sustantivas y cuestiones procesales**

25. Según este enfoque, los derechos sustantivos serían derechos que brindan un trato determinado, ya sea al inversor extranjero y/o a la inversión extranjera<sup>17</sup>, mientras que el acceso a un mecanismo de arbitraje internacional sería una cuestión – procesal o jurisdiccional – diferente.

26. Un ejemplo de este análisis que distingue entre derechos sustantivos y derechos procesales y que establece que la cláusula NMF involucra sólo a los derechos sustantivos puede encontrarse en el caso *Telenor Mobile*:

“En ausencia de un texto o contexto que indique lo contrario, el sentido corriente de ‘se le concederá a las inversiones un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones realizadas por inversores de un tercer Estado’ es que los *derechos sustantivos* del inversor respecto de las inversiones serán tratados de manera no menos favorable que la que se establece en un TBI entre el Estado receptor y un tercer Estado y nada permite interpretar que la frase mencionada involucre también los *derechos procesales*”<sup>18</sup> (traducción del Árbitro).

27. Creo que no puede objetarse que hasta la decisión adoptada en el caso *Maffezini*, “el sentido corriente que haya de atribuirse” – para utilizar los términos del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – al término “trato” involucraba la protección de los derechos sustantivos y no comprendía ningún acceso a los procedimientos específicos de resolución de conflictos relacionados con dichos derechos, que siempre son una excepción en el derecho internacional.

28. Pueden presentarse muchos elementos para respaldar esta posición, que ha sido adoptada por algunos tribunales del CIADI y que cuenta con algunos defensores fuertes dentro de la doctrina jurídica<sup>19</sup>. La idea básica es que las cuestiones sustantivas y las

<sup>17</sup> Dependiendo de la redacción de la cláusula NMF.

<sup>18</sup> *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/04/15, Laudo del 13 de septiembre de 2006, párrafo 92. Énfasis en el original.

<sup>19</sup> Uno de ellos, Zachary Douglas, presentó recientemente un impresionante argumento en favor de esta distinción y adujo diversas y sólidas justificaciones para respaldarlo: la separabilidad de la cláusula de arbitraje en el derecho privado internacional, que se basa en la noción de que dicha cláusula es de una naturaleza jurídica diferente de las otras obligaciones contenidas en el contrato; el hecho de que las obligaciones sustantivas se dirijan a ambos Estados Parte del TBI mientras que el mecanismo de arbitraje se dirige al inversor y al tribunal arbitral; el hecho de que sólo puede accederse a cualquier tribunal internacional sólo en base a la cláusula de arbitraje contenida en el tratado base y que la incorporación de

cuestiones procesales son de naturaleza distinta, lo que significa que el principio *ejusdem generis* no permite equipararlas e impide también que pueda aplicarse la cláusula NMF referida al trato a los mecanismos de resolución de controversias.

29. Estoy de acuerdo con este enfoque, pero no estoy convencida de que, más allá de esta declaración, se haya presentado hasta ahora una justificación jurídica sólida para tal dicotomía. En otras palabras, si bien creo que las cláusulas NMF no deberían aplicarse a los mecanismos de resolución de controversias, no considero que ello pueda explicarse completamente y de manera satisfactoria mediante la mera distinción entre aspectos sustantivos y aspectos procesales/jurisdiccionales sin más. O, para expresarme con mayor precisión, considero que aunque esta distinción debe ser tenida en cuenta dado que tiene un potencial explicativo fuerte, la razón que la sustenta no ha podido esclarecerse por completo hasta ahora.

30. En busca de tal explicación uno podría considerar en este punto la famosa distinción realizada por Hart entre normas primarias (normas sustantivas) y normas secundarias (normas que regulan la violación de las normas primarias, incluidas aquellas relativas a la resolución de controversias sobre dicha violación)<sup>20</sup>. Sin embargo, no existe ninguna doctrina y jurisprudencia sólida que respalde esta distinción académica, tal como fue señalado, acertadamente en mi opinión, en el caso *Renta 4*:

Puede ser que algunos abogados internacionales adopten de manera refleja la dicotomía de obligaciones primarias/secundarias planteada por la Comisión de Derecho Internacional. Ello podría explicar la tentación de considerar el “trato” como una cuestión vinculada a las normas primarias o sustantivas y por ello diferente a las normas “secundarias” – como las vías de reparación – en caso de incumplimiento.

...

No existe doctrina o jurisprudencia alguna que respalde la proposición de que la cláusula NMF se limita a las normas “primarias”. En realidad, el criterio apropiado establecido es el principio *ejusdem generis*<sup>21</sup> (traducción del Árbitro).

31. Estoy de acuerdo con este análisis. Dicho esto, debe admitirse que los derechos y los medios para protegerlos son dos “criaturas legales” diferentes. Por ejemplo, mientras que no existe la posibilidad de formular una reserva a las obligaciones sustantivas aceptadas por los Estados en la Convención sobre Genocidio, sí es posible formular una reserva a la jurisdicción de la CIJ establecida en el Artículo 9 de la Convención para decidir sobre la responsabilidad de los Estados por la violación de las normas sustantivas, lo que demuestra una clara distinción entre normas sustantivas y normas jurisdiccionales.

---

otra cláusula de arbitraje a través de la cláusula NMF modifica el acuerdo de arbitraje sobre el que se sustenta la jurisdicción del tribunal una vez comenzado el proceso. *Op. cit.* nota 6. También cabe agregar una mención de la Convención de Roma de la UE 1990 (llamada actualmente Roma II) que distingue en el derecho internacional, en relación con las normas sobre conflicto de leyes de la UE, entre contratos de derecho civil y contratos de derecho procesal civil tales como (expresamente) los acuerdos de arbitraje, que es un indicio más de su naturaleza jurídica diferente.

<sup>20</sup> Herbert HART, en *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 77.

<sup>21</sup> *Renta 4 S.V.S.A y otros c. Federación Rusa*, Caso SCC N° 24/2007, Decisión sobre Excepciones Preliminares del 20 de marzo de 2009, párrafos 99-100.

Además, todo el mundo conoce la separabilidad de la cláusula de arbitraje en un contrato, algo que también apunta a una naturaleza jurídica diferente de las obligaciones sustantivas asumidas en un contrato respecto de los medios jurisdiccionales disponibles para hacer exigibles dichas obligaciones<sup>22</sup>, sin mencionar el hecho de que en numerosos tratados relativos al derecho de las inversiones, el capítulo referido al trato no desarrolla lo relativo a los mecanismos de resolución de controversias, sino que éstos se abordan en un capítulo diferente.

32. Todo esto es claramente cierto, pero debo admitir que se contrapone a una fuerte percepción común de que, en el derecho de las inversiones, la posibilidad de recurrir al arbitraje probablemente sea la parte más importante del “trato” que el inversor extranjero espera obtener. En otras palabras, es difícil discutir el hecho de que para los inversores, y por lo tanto para los Estados de su nacionalidad cuando negocian los TBIs, el acceso directo al arbitraje internacional para la solución de controversias relativas a inversiones en lugar del mecanismo de protección diplomática es una característica clave del trato internacional concedido hasta la fecha por los TBI.

33. Ello ha sido reconocido, con justificaciones sutilmente dispares, en muchas decisiones: el acceso al arbitraje fue considerado como una protección jurisdiccional “inseparablemente vinculad[a]” al trato sustantivo<sup>23</sup>, incluso como “parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores”<sup>24</sup>, como “parte integrante del régimen de protección de las inversiones”<sup>25</sup> o, más aun, considerado en sí mismo como un “mecanismo de protección importante”<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> Esta comparación también fue mencionada en *Plama*, *op. cit.* nota 8, párrafo 212: “También puede considerarse que esta cuestión forma parte del principio generalmente aceptado en nuestros días de la separabilidad (autonomía) de la cláusula de arbitraje. Las disposiciones sobre resolución de conflictos constituyen un acuerdo en sí mismas ...” (traducción del Árbitro).

<sup>23</sup> En *Maffezini*, el tribunal sostuvo 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”, *op. cit.* nota 4, párrafo 54. Véase también párrafo 55: “... [los] mecanismos de solución de controversias...están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado”. Énfasis añadido.

<sup>24</sup> El tribunal en el caso *Siemens*, del que Charles Brower, uno de los miembros que formó la mayoría de este Tribunal sobre la cuestión de la cláusula NMF, formaba parte, señaló que los tratados relativos a inversiones tienen “como característica distintiva mecanismos especiales de solución de controversias que no están normalmente abiertos a los inversores. El acceso a estos mecanismos *es parte de la protección* otorgada en virtud del Tratado. Forma *parte del trato* a las inversiones extranjeras y a los inversores...”, *Siemens AG c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004, párrafo 102. Énfasis añadido.

<sup>25</sup> *Suez c. República Argentina*, *op. cit.* nota 2, párrafo 57: “Desde el punto de vista de la promoción y protección de las inversiones, que son los objetivos declarados del TBI Argentina-España, la solución de controversias es tan importante como otras materias reguladas por el TBI y *forma parte integrante del régimen de protección de las inversiones*”. Énfasis añadido.

<sup>26</sup> *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/10, Decisión del Tribunal sobre preguntas preliminares sobre jurisdicción del 17 de junio de 2005, párrafo 31: “El Tribunal considera que la disposición referente al arbitraje internacional entre el inversor y el Estado contenida en los tratados bilaterales de inversiones constituye *un incentivo y un mecanismo de protección importante* para los inversores extranjeros”. Énfasis añadido.

34. Las decisiones que favorecen la extensión de las cláusulas jurisdiccionales a través de una cláusula NMF, basadas en la asimilación de los derechos sustantivos y los procesales, se han respaldado con frecuencia en el caso *Ambatielos*. Desde mi punto de vista, esta no es una referencia relevante<sup>27</sup>, dado que existe un aspecto que suele pasarse por alto en el fragmento frecuentemente citado de *Ambatielos II*: es un hecho que la cláusula NMF no fue utilizada para modificar las condiciones de acceso a un procedimiento sino para otorgarle a los nacionales de Grecia la protección sustantiva de una administración de justicia “de conformidad con la ‘justicia’, el ‘derecho’ y la ‘equidad’” (traducción del Árbitro), tal como fue correctamente señalado por los tribunales en los casos *Salini c. Jordania*<sup>28</sup> y *Plama*<sup>29</sup>. Así, la asimilación planteada en *Maffezini* y sus seguidores no puede respaldarse en *Ambatielos*, un caso que ha sido interpretado en forma completamente errónea.

35. Si se aceptaran algunas de las premisas utilizadas por los tribunales internacionales en casos relativos a inversiones como fundamento para justificar su decisión sobre los efectos de una cláusula NMF – es decir, el hecho de que la resolución de controversias es parte integrante del trato y el hecho de que todo trato que no esté incluido en el tratado base puede ser importado – entonces no existe ningún impedimento lógico para importar una cláusula del CIADI a un tratado que directamente no prevé el arbitraje internacional. Estoy segura de que pocos árbitros, incluso aquellos que favorecen la expansión de la resolución de controversias mediante la cláusula NMF, aceptarían ese resultado.

36. Dicho esto, si bien el trato y la resolución de conflictos no pueden equipararse en sentido riguroso, considero que no es absurdo aceptar que el arbitraje internacional, en el que, como sabemos, los inversores extranjeros confían plenamente para su protección, es considerado hoy día por esos mismos inversores extranjeros, *en un plano subjetivo*, como un aspecto significativo e importante del trato que reciben sus inversiones por parte de un Estado receptor. En este sentido, es decir, en el sentido que podría darle por ejemplo un empresario común o un diplomático, puedo concordar con la observación formulada por el Tribunal en el párrafo 99 del Laudo, donde se señala que “(e)l Tribunal Arbitral opina que el término ‘trato’ en sí mismo es lo suficientemente amplio como para aplicarse también a las cuestiones procesales, tales como la resolución de controversias”.

37. La cuestión entonces es cómo puede reconciliarse esta percepción subjetiva con el análisis jurídico ¿Puede considerarse a la resolución de controversias como parte integrante del trato otorgado al inversor y puede al mismo tiempo considerarse que el trato sustantivo y la resolución de controversias son de naturaleza diferente y, por lo tanto, no ser susceptibles de asimilación por aplicación del principio *ejusdem generis*? Intentaré responder a esta pregunta al demostrar que, en mi opinión, de hecho existen dos tipos de trato *en términos jurídicos*, dos tipos de trato diferentes que no implican que deban

---

<sup>27</sup> Zachary Douglas realiza el mismo análisis al afirmar que “(u)n error cometido por el tribunal en *Maffezini*, y en diversos laudos posteriores que han adoptado su postura, es haber determinado que el laudo de la Comisión de Arbitraje en el caso *Ambatielos Case* respalda la aplicación de la cláusula NMF a las disposiciones jurisdiccionales de un tercer tratado” (traducción del Árbitro), *op. cit.* nota 6, p. 6.

<sup>28</sup> *Salini*, *op. cit.* nota 7, párrafo 112.

<sup>29</sup> *Plama*, *op. cit.* nota 8, párrafo 215.

cumplirse las mismas condiciones para que puedan existir. En otras palabras, intentaré demostrar que el trato sustantivo y el trato jurisdiccional deben ser tratados de manera diferente según el principio *ejusdem generis* precisamente porque las condiciones de admisibilidad para beneficiarse con cada tipo de trato no son las mismas. Llegué a esta conclusión mientras trataba de comprender por qué el trato sustantivo y el trato jurisdiccional no deberían tratarse como si fueran iguales en su naturaleza.

38. En otros términos, estoy de acuerdo con la distinción entre trato sustantivo/trato jurisdiccional, pero por razones que intentaré desarrollar más adelante en esta opinión.

**Consideración del análisis basado en la distinción entre una cláusula NMF referida a la protección de las inversiones y otra referida a la protección de los inversores.**

39. Asimismo, la distinción entre derechos sustantivos y derechos procesales no siempre es evidente y ha resultado en sutiles aunque extrañas ramificaciones, como es el caso de *RosInvestCo*<sup>30</sup>. En dicho caso, la cláusula NMF incluida en los párrafos relevantes del Artículo 3 del TBI Reino Unido-Unión Soviética establecía:

Trato a las Inversiones

(1) Ninguna Parte Contratante someterá dentro de su territorio a las *inversiones* o a las ganancias de los inversores de la otra Parte Contratante a un trato menos favorable que el que le conceda a las inversiones o a las ganancias de los inversores de un tercer Estado.

(2) Ninguna Parte Contratante someterá dentro de su territorio a los *inversores* de la otra Parte Contratante, con respecto a la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición de sus inversiones, a un trato menos favorable que el que le conceda a los inversores de un tercer Estado (énfasis añadido) (traducción del Árbitro).

40. En vista de estas declaraciones paralelas, resulta sorprendente – al menos para mí – que se haya considerado que el primer párrafo se limita a los derechos sustantivos y que el segundo incluye también derechos procesales, aunque el acceso al arbitraje internacional no se mencionó en la larga lista de los diferentes aspectos del trato de los inversores que se benefician de la cláusula NMF.

41. Comenzando por el análisis del párrafo (1) del Artículo 3, el tribunal formuló la siguiente pregunta: “¿Es posible que el término *trato* incluya la protección de una cláusula de arbitraje?” (énfasis en el original) (traducción del Árbitro). La respuesta es negativa al menos en lo que respecta al trato de las inversiones: según el tribunal, “si bien la protección de una cláusula de arbitraje que incluye la expropiación es un aspecto muy relevante de dicho ‘trato’... no afecta directamente a las ‘inversiones’”<sup>31</sup> (traducción del Árbitro). La solución es inversa en lo que respecta al trato de los inversores, aunque cabe señalar una vez más que la enumeración de los aspectos de la situación del inversor que

<sup>30</sup> *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso SCC N° V079/2005, Laudo sobre Jurisdicción, octubre de 2007.

<sup>31</sup> *Íd.*, párrafo 128.

se mencionan expresamente en la cláusula NMF no incluye el mecanismo de resolución de controversias<sup>32</sup>. A pesar de ello, el tribunal consideró a continuación que “es difícil tener alguna duda de que una expropiación interfiere con el uso y goce de la inversión por parte del inversor y que el sometimiento al arbitraje forma una parte muy importante de la protección correspondiente para el inversor al otorgarle, en caso de interferencia con su ‘uso’ y ‘goce’, opciones procesales que revisten una importancia obvia y significativa en comparación con la única opción de impugnar dicha interferencia ante los tribunales locales del estado receptor”<sup>33</sup> (traducción del Árbitro). Sobre esta base, el tribunal consideró que tenía jurisdicción más allá de la que ofrecía el Artículo 8 del TBI Reino Unido/Unión Soviética.

42. Si se lee esta decisión en forma literal, significa que cuando la cláusula NMF se refiera únicamente a las inversiones y no a los inversores, no debería aplicarse al mecanismo de resolución de conflictos dado que ello es un derecho jurisdiccional del que sólo puede ser titular un inversor y no una inversión. Aplicado al caso que nos ocupa, en el que el TBI Argentina/Italia le brinda un trato de NMF a las inversiones, este análisis resultaría en el rechazo de la incorporación de cualquier aspecto de la disposición sobre resolución de controversias contenida en el TBI Argentina/Estados Unidos al tratado base y privaría a nuestro Tribunal de competencia para entender en el caso

43. Sin embargo, me parece que esta es una distinción artificial, que resultaría en decisiones diversas para cláusulas NMF muy similares y, sobre este punto en especial, me convence más la conclusión adoptada en el caso *Siemens* en cuanto a que “a efectos de aplicación de la CNMF, no cabe dar un significado especial al empleo de los términos ‘inversor’ e ‘inversión’ en el Tratado”, ello como resultado de que “el trato de las inversiones incluye trato de los inversores”<sup>34</sup> como también ocurre en *Plama*, donde se siguió la misma postura y el tribunal señaló que “no le otorga una relevancia particular al uso de los diferentes términos”<sup>35</sup> (traducción del Árbitro) y en *Renta 4*, donde el tribunal declaró: “(q)ue el trato NMF se establezca en el TBI correspondiente como relativo a los inversores y no a las inversiones carece, en principio, de toda relevancia”<sup>36</sup> (traducción del Árbitro).

**El análisis propuesto de la cláusula NMF basado en una distinción entre condiciones de admisibilidad para el acceso a los derechos y los derechos, que justifica jurídicamente la distinción entre trato sustantivo y trato jurisdiccional**

44. La cuestión principal que debe abordarse en este punto involucra la interpretación de la cláusula NMF del TBI Argentina/Italia, que no se refiere expresamente a los procedimientos de resolución de controversias. Según la Demandante, “(e)n función de la cláusula NMF, Impregilo invocó la cláusula de solución de controversias del TBI Argentina-EE.UU., que no contempla el procedimiento de los 18 meses de espera para

<sup>32</sup> Puede mencionarse que las Partes del ALCA consideraron precisamente que dicha enumeración, como se mencionó previamente, excluía el mecanismo de resolución de controversias.

<sup>33</sup> *RosInvest*, op. cit. nota 30, párrafo 130.

<sup>34</sup> *Siemens*, op. cit. nota 24, párrafo 92.

<sup>35</sup> *Plama*, op. cit. nota 8, párrafo 190.

<sup>36</sup> *Renta 4*, op. cit. nota 21, párrafo 101.

que los tribunales internos resuelvan la controversia antes de que el inversor pueda recurrir al arbitraje internacional. El TBI Argentina-EE.UU. se limita a contemplar un período de consultas de seis meses destinado a intentar resolver la controversia en términos amistosos. El período de seis meses contemplado en la cláusula de solución de controversias del TBI Argentina-EE.UU. constituye un trato más favorable, ya que le permitiría a Impregilo eludir un paso ritualista, inútil y excesivamente oneroso previsto en el TBI<sup>37</sup>. Luego, la Demandante se basa en el texto amplio de la cláusula para aplicarlo al procedimiento de resolución de conflictos: “Respecto del primer párrafo, la forma en que está redactada la frase “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” en la cláusula NMF del TBI es particularmente amplia. El sentido corriente de los términos “todas las demás cuestiones reguladas por este Acuerdo” es que quedan comprendidas *todas* las cuestiones tratadas en el TBI, y en el texto no consta restricción alguna a tal amplio alcance”<sup>38</sup>. Así, la cuestión es cómo interpretar esta referencia de la cláusula NMF a “todas las demás cuestiones”.

45. Desde mi punto de vista, incluso si el acceso al arbitraje puede ser considerado en términos generales como parte del trato, tal como fue explicado precedentemente, el inversor no tiene acceso a los *dos aspectos del trato* al que tiene derecho en virtud del TBI *en su totalidad* bajo las mismas condiciones y esta es la justificación, en última instancia, para no asimilar ambos aspectos. Esto es así porque existe una profunda diferencia entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el ordenamiento jurídico internacional. A nivel nacional, cuando existe un derecho sustantivo siempre existe automáticamente un medio para proteger ese derecho mediante el sistema jurisdiccional. En otras palabras, a nivel nacional, el trato jurisdiccional es inherente al trato sustantivo. Por el contrario, a nivel internacional, la mayoría de los derechos no pueden hacerse valer mediante un proceso jurisdiccional; ello sólo ocurre, a modo excepcional, cuando el Estado ha prestado su consentimiento – a otros Estados al aceptar la jurisdicción de la CIJ o a los inversores extranjeros al aceptar el arbitraje internacional – para que dicho “trato jurisdiccional” complemente el trato sustantivo otorgado por las normas internacionales. Contrariamente a la situación existente en los ordenamientos jurídicos nacionales, el trato jurisdiccional nunca es inherente al trato sustantivo a nivel internacional. Es decir que existe un trato sustantivo y existe un trato jurisdiccional que son claramente distintos y que deben distinguirse, y el principio *ejusdem generis* exige que no sean asimilados: el hecho de que deban ser tratados de manera diferente no responde a que un trato es sustancial y el otro procesal *per se* (algunos requisitos procesales o derechos procesales en el tratado base podrían ser tratados de la misma manera que los derechos sustantivos) sino que responde a que el trato jurisdiccional requiere de una condición complementaria antes de que pueda ser concedido al inversor, tal como explicaré a continuación.

#### **- La distinción básica**

46. Como es sabido, numerosos tribunales se han respaldado en el lenguaje amplio que se refiere a “todas las demás cuestiones” para decidir que la cláusula NMF debe aplicarse a los procedimientos de resolución de controversias, aunque se ha esbozado el

<sup>37</sup> Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de la Demandante, párrafo 25.

<sup>38</sup> *Íd.*, párrafo 30. Énfasis en el original.

mismo argumento frente a expresiones menos amplias. Por el contrario, otros tribunales han planteado dudas respecto de las consecuencias que puede acarrear esta amplia redacción, como por ejemplo en *Berschader*, donde el tribunal manifestó que “(c)on respecto a la interpretación de expresiones tales como “todas las demás cuestiones” o “todos los derechos” contempladas en un tratado, cabe destacar que... ni siquiera frente a un lenguaje aparentemente claro como éste puede considerarse que su significado sea inequívoco en el contexto de una cláusula NMF”<sup>39</sup> (traducción del Árbitro).

47. Estoy de acuerdo con este comentario y demostraré a continuación que en numerosas oportunidades la cláusula NMF, efectivamente, no se ha aplicado a todas las cuestiones reguladas por el tratado, y con justa causa. Esto se debe, en mi opinión, a que existen dos tipos diferentes de disposiciones en los TBI que deben distinguirse en esta amplia categoría de “todas las demás cuestiones”, como expondré a continuación. Existen **derechos** y existen **condiciones fundamentales para acceder a los derechos**. En otras palabras, existen normas que confieren derechos sustantivos y jurisdiccionales a los inversores extranjeros respecto de sus inversiones y existen normas que regulan el acceso de los inversores extranjeros a los derechos sustantivos y jurisdiccionales otorgados por el tratado base. Considero que **una cláusula NMF sólo puede referirse a los derechos de los que un inversor puede gozar, no puede modificar las condiciones fundamentales para el ejercicio de dichos derechos, es decir, las condiciones insuperables para acceder a los derechos otorgados en virtud del TBI**.

48. Esta distinción fue claramente expresada hace más de 50 años por Ustor, Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional sobre la cláusula NMF<sup>40</sup>, quien manifestó lo siguiente:

El Estado beneficiario sólo puede invocar derechos que correspondan al objeto al que se refiere la cláusula, comprendidos dentro de los límites cronológicos y **otras condiciones y restricciones que estipule el acuerdo** y que se refieran a personas o cosas especificadas en la cláusula o implícitas en el objeto de la misma.

49. Este argumento no debe desestimarse y es, de hecho, de gran importancia, ya que explica cabalmente el modo en que debe implementarse una cláusula NMF.

---

<sup>39</sup> *Berschader c. Federación Rusa*, Caso SCC N° 080/2004, Laudo del 21 de abril de 2006, párrafo 184. Cabe señalar que este laudo jurisdiccional así como el laudo sobre el fondo están siendo impugnados ante los tribunales de Suecia, como lugar del arbitraje.

<sup>40</sup> Endre Ustor, Relator Especial de la CDI, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1969, Vol. II, p. 170, Documento A/CN.4/ 213 del 18 de abril de 1969, Segundo informe sobre la cláusula de la nación más favorecida, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1970, Vol. II, p. 204, 9 de marzo y 18 de mayo de 1970, Documento A.CN.4/228 y Add. 1. Énfasis añadido. Véase también para la misma formulación, *Most-Favoured-Nation Clause*, Endre Ustor, en ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, North-Holland and al, Max Plank Institute, vol. 8, p. 415. Esta referencia fue citada con aceptación en la decisión del caso *Telefónica c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/20, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción del 25 de mayo de 2006, adoptada por un tribunal del que Charles Brower formaba parte, en párrafo 99, aunque la decisión no arribó, desde mi punto de vista, a las conclusiones necesarias respecto de dicha referencia.

50. Dado que una cláusula NMF no puede modificar las condiciones de acceso a los derechos, esto tiene consecuencias transcendentales respecto del enfoque necesariamente diferencial de los derechos sustantivos y los derechos jurisdiccionales, cuyas condiciones de admisibilidad son diferentes, aunque parcialmente solapadas.

51. Para poder beneficiarse de los derechos sustantivos otorgados en virtud de un TBI, deben cumplirse ciertas condiciones que constituyen “cuestiones reguladas por el TBI”: las conocidas condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis*.

52. Para poder beneficiarse de la protección jurisdiccional conferida por un mecanismo de arbitraje, deben cumplirse estas mismas condiciones, pero, además, existe una condición *ratione voluntatis*: el Estado debe haber otorgado su consentimiento a someterse a dicho procedimiento para que el inversor extranjero pueda demandarlo directamente a nivel internacional. Dicho consentimiento puede expresarse de manera amplia o limitada, con condiciones que prevén el agotamiento previo de los recursos locales o que establecen períodos de espera, que admiten todos los reclamos o sólo cierto tipo de reclamos; en otras palabras, el consentimiento se otorga sujeto a ciertas condiciones. Tal como ocurre, por ejemplo, con las condiciones de nacionalidad que debe cumplir un inversor para poder acceder a todos los derechos otorgados por el TBI, las condiciones que configuran el consentimiento del Estado a someterse al arbitraje deben cumplirse para que pueda surgir un derecho de someter la controversia a arbitraje.

53. Debe aclararse que el consentimiento para someter la controversia a arbitraje difiere de aquel otorgado por un Estado a otro cuando ratifica el tratado y que la necesidad de este consentimiento complementario encuentra su fundamento en la estructura del derecho internacional. En efecto, que un Estado haya otorgado su *consentimiento a otro Estado* para conferirle ciertos derechos sustantivos a los inversores de ese Estado no implica que dicho Estado también haya otorgado su *consentimiento para que los inversores extranjeros* puedan posteriormente demandar a dicho Estado directamente en un proceso de arbitraje internacional. Para que surja un derecho de esa índole, debe otorgarse un consentimiento específico en el tratado y el Estado puede dar forma a dicho consentimiento según lo estime apropiado, al establecer las condiciones básicas según las cuales otorga su consentimiento; es decir, las condiciones en virtud de las que se realiza dicho “ofrecimiento de someterse al arbitraje” a los inversores extranjeros. Es de suma importancia tener en cuenta que *ningún miembro* de la comunidad internacional, sea un Estado, una organización internacional, una persona física o jurídica, tiene el derecho inherente de acceder a un recurso jurisdiccional. Del mismo modo en que un Estado no puede demandar a otro Estado, a menos que exista un consentimiento específico a tal fin, por ejemplo mediante una Declaración que reconozca la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia, en el marco de los TBI, los inversores no pueden intervenir a nivel internacional contra los Estados para hacer valer sus derechos, a menos que los Estados le confieran tal derecho bajo las condiciones que éstos determinen. Un tribunal arbitral, tal como la CIJ u otra corte internacional, no posee competencia general, solo tiene “*compétence d’attribution*”, la cual debe ceñirse a los límites establecidos por los Estados.

54. Esto se ve reflejado en diferentes sentencias de la CIJ<sup>41</sup>. En particular, resulta interesante citar el caso iniciado por la República Democrática del Congo contra Ruanda, que fue resuelto hace algunos años. En dicho caso, Ruanda argumentó lo siguiente:

“Respecto de su reserva del Artículo IX de la Convención sobre Genocidio, Ruanda observa, en primer lugar, que aunque, como manifiesta la República Democrática del Congo, las normas codificadas en las disposiciones sustantivas de la Convención sobre Genocidio tienen rango *jus cogens* y crean derechos y obligaciones *erga omnes*, ello no es suficiente para ‘conferir jurisdicción a la Corte respecto de una controversia surgida en el marco de aplicación de tales derechos y obligaciones’...

En segundo lugar, Ruanda plantea que su reserva respecto del Artículo IX no es incompatible con el objeto y finalidad de la Convención sobre Genocidio toda vez que dicha reserva no se relaciona con ‘las obligaciones sustantivas de las partes de la Convención, sino con una disposición procesal’<sup>42</sup> (traducción del Árbitro).

55. La Corte tomó el argumento de Ruanda al distinguir sin ambigüedad entre las normas sustantivas más obligatorias, por un lado, y el acceso a la jurisdicción de la Corte, por el otro:

“No obstante, la Corte observa, como ya ha tenido la oportunidad de destacar, que ‘el carácter *erga omnes* de una norma y de la regla de consentimiento a la jurisdicción son dos cosas distintas’ (*East Timor (Portugal c. Australia)*, Sentencia, *ICJ Reports 1995*, p. 102, párrafo 29) y que el mero hecho de que los derechos y obligaciones *erga omnes* se encuentren en discusión no le otorga jurisdicción a la Corte para entender en la controversia. El mismo criterio se aplica a la relación entre las normas perentorias de derecho internacional (*jus cogens*) y la determinación de la jurisdicción de la Corte para entender en el caso: el hecho de que una controversia sea respecto del cumplimiento de una norma de tal carácter, que es sin duda el caso respecto de la prohibición del genocidio, no puede en sí mismo determinar la jurisdicción de la Corte sobre dicha controversia. De conformidad con el Estatuto de la Corte, dicha jurisdicción se determina siempre sobre la base del consentimiento de las partes’<sup>43</sup> (traducción del Árbitro).

---

<sup>41</sup> *Case Concerning East Timor (Portugal c. Australia) ICJ Reports 1995*, Sentencia del 30 de junio de 1995, párrafo 29. En este caso, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que incluso una norma sustantiva de índole *jus cogens* no implica que existe un derecho a hacer exigible dicha norma en una jurisdicción internacional: “...La Corte considera que el carácter *erga omnes* de una norma y la norma de consentimiento son dos cosas distintas” (traducción del Árbitro). Véase también *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Nueva Solicitud: 2002)* (República Democrática del Congo c. Ruanda), Jurisdicción y Admisibilidad, Sentencia, *ICJ Reports 2006*, Sentencia del 3 de febrero de 2006.

<sup>42</sup> *Op cit.* nota 41, párrafos 60-61.

<sup>43</sup> *Íd.*, párrafo 64. Esto fue materia de análisis por parte de Zachary Douglas en su artículo, *op. cit.* nota 6, p. 7: “En otras palabras, el estado de la obligación sustantiva de desistir de los actos de genocidio contenida en la Convención sobre Genocidio no tiene ningún efecto sobre el mandato jurisdiccional de la Corte de resolver las controversias que surjan de la Convención. Cada disposición en un tratado aborda diferentes cuestiones. No son *ejusdem generis*” (traducción del Árbitro).

56. Parece ser que a nivel internacional no existe una asimilación automática entre los derechos sustantivos y los medios jurisdiccionales para hacerlos cumplir, ya que las condiciones de admisibilidad para acceder a los derechos sustantivos y las condiciones de admisibilidad para acceder a los medios jurisdiccionales son diferentes. De hecho, esta distinción entre las condiciones de admisibilidad y los derechos explica las soluciones que se han adoptado en los distintos casos que involucraban cláusulas NMF, ya sea que trataran cuestiones sustantivas o jurisdiccionales.

**- El potencial explicativo general de la distinción**

57. A continuación demostraré que existen numerosos casos en los que las condiciones para acceder a un derecho sustantivo, aunque se encuentren incluidas en todas las cuestiones reguladas por el TBI, no se han considerado susceptibles de ser ampliadas por una cláusula NMF. De hecho, sugiero que las principales decisiones no controversiales en las que se aplican cláusulas NMF a derechos sustantivos encuentran sustento en dicho marco analítico, sobre la base de efectuar una distinción entre el acceso al derecho y el derecho en sí. En otras palabras, en mi opinión una referencia en una cláusula NMF a todas las cuestiones nunca significa que dicha cláusula pueda efectivamente aplicarse a todas las cuestiones, ya que las condiciones para acceder a los derechos otorgados en virtud del TBI no se encuentran incluidas en tal expresión.

58. No se discute que todos **los derechos sustantivos** otorgados en virtud de un tratado de protección de la inversión sólo pueden ser otorgados si se cumplen las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis* establecidas en el tratado. Estas condiciones son cuestiones claramente reguladas por el tratado; no obstante, nunca se ha sugerido que pudieran modificarse por la cláusula NMF.

59. Yas Banifatemi ha reconocido esta situación en un artículo sobre las cláusulas NMF<sup>44</sup>:

En efecto, cada tratado establece sus propias condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis* y su alcance de aplicación. ...los requisitos de que exista una ‘inversión’ realizada por un ‘inversor’ en el marco del tratado de inversión en cuestión constituyen **condiciones de admisibilidad**, las que, en caso de no cumplirse, constituyen **un impedimento a la aplicabilidad del tratado**... (traducción del Árbitro).

60. Este extracto resulta interesante, ya que señala la distinción entre los derechos otorgados a los inversores y las condiciones que deben cumplirse para poder beneficiarse de dichos derechos. No obstante, en mi opinión, las condiciones mencionadas no constituyen condiciones que deban cumplirse para que el tratado pueda aplicarse, según lo expresado en este artículo. Para expresarme con mayor precisión, cabe aclarar que las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis* son condiciones que justamente surgen de la aplicabilidad del tratado. Son condiciones reguladas por el TBI, las cuales establecen los prerequisites para el *goce de los derechos otorgados por el*

<sup>44</sup> *Op. cit.* nota 16, p. 250. Énfasis añadido.

*tratado*, las condiciones para la aplicación del tratado dependiendo de los principios de derecho internacional general respecto del consentimiento de los Estados. Si, por ejemplo, no se cumple una condición *ratione materiae* regulada por el tratado, el tratado sí se aplica – ya sea solamente por la interpretación del significado de la condición *ratione materiae* expresada en el tratado en cuestión – con el resultado de que el inversor en cuestión no puede beneficiarse de los derechos otorgados en virtud del tratado. En otras palabras, no puede utilizarse una cláusula NMF para eludir los requisitos para acceder a los derechos sustantivos otorgados por el tratado.

61. Lo mismo ocurre con los **derechos procesales/jurisidiccionales** respecto del acceso a la jurisdicción del CIADI, los que también se otorgan al inversor únicamente cuando se cumplen las mismas condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis*, además de una condición *ratione voluntatis*. Si las condiciones establecidas por el Estado para prestar su consentimiento al arbitraje internacional en el tratado base no se cumplen, el inversor no puede beneficiarse de los derechos jurisdiccionales otorgados en virtud del tratado.

62. Estas condiciones de admisibilidad se encuentran reflejadas en el TBI Argentina/Italia, que establece:

- En primer lugar, una condición *ratione personae*: la controversia debe surgir entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante (según lo previsto en el Artículo 8(1) y en el Artículo 1);
- En segundo lugar, una condición *ratione materiae*: debe existir una controversia relativa a una inversión (según lo previsto en el Artículo 8(1) y en el Artículo 1);
- En tercer lugar, una condición *ratione voluntatis*, es decir, la Parte Contratante debe presentar un “ofrecimiento de someter la controversia a arbitraje”, que puede entonces ser aceptada a discreción del inversor extranjero (este ofrecimiento se encuentra previsto en el Artículo 8(3)); y
- En cuarto lugar, una condición *ratione temporis*: el TBI debió haber estado vigente al momento de surgir la controversia (esto se encuentra contemplado en los Artículos 11 y 12).

63. Todas estas condiciones se encuentran contempladas en el TBI y están incluidas en “todas las demás cuestiones” reguladas por el TBI. Como desarrollaré a continuación, nunca se admitió que las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis* pudieran modificarse al amparo de una cláusula NMF. Mi argumento es que no sería lógico admitir que estas condiciones pudieran ser modificadas por una cláusula NMF, lo cual no se cuestiona – mientras que, por un motivo desconocido, la condición *ratione voluntatis* sí podría modificarse por una cláusula NMF.

**- El potencial explicativo de la distinción en lo que respecta a los derechos sustantivos**

- La definición de “inversor” se encuentra sin duda incluida en “todas las demás cuestiones” reguladas por el TBI. No obstante, no puede modificarse por la aplicación de una cláusula NMF, dado que dicha definición condiciona el acceso a la protección prevista por el TBI.

64. No se cuestiona que una cláusula NMF no puede modificar la condición *ratione personae*, que es una condición para el ejercicio de todos los derechos conferidos en virtud del tratado, sean de carácter sustantivo o jurisdiccional. Por ejemplo, si el tratado base se aplica a sociedades nacionales únicamente si el 70% de su capital es extranjero, no se puede utilizar una cláusula NMF para introducir una disposición de conformidad con la cual una sociedad nacional puede beneficiarse de dicha protección con la condición de que el 20% de su capital sea extranjero, si dicha cláusula existe en otro tratado. Del mismo modo, si el tratado base excluye el arbitraje internacional para nacionales duales, no se puede utilizar una cláusula NMF para incluir a los nacionales duales. En términos más generales, puede afirmarse que una cláusula NMF no puede ampliar el alcance del tratado base de modo tal que se otorguen derechos a aquellos inversores que no se encuentran protegidos en virtud del tratado.

65. El término “inversor” se encuentra definido en el Artículo 1(2) del TBI Argentina/Italia, del siguiente modo:

El término "inversor" comprende toda persona física o jurídica de una Parte Contratante que haya realizado, realice o haya asumido la obligación de realizar inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante.

- Por "persona física" se entiende, con relación a cada una de las Partes Contratantes, toda persona física que tenga la ciudadanía de ese Estado, de acuerdo a sus leyes.

- Por "persona jurídica" se entiende, con relación a cada una de las Partes Contratantes, cualquier entidad constituida de conformidad con la legislación de una Parte Contratante, con sede en el territorio de esa Parte y por esta última reconocida, tales como entidades públicas que realizan actividades económicas, sociedades de personas o de capitales, fundaciones y asociaciones, independientemente de que su responsabilidad sea limitada o no.

66. En conclusión, no podría utilizarse una cláusula NMF para modificar dicha definición, aunque claramente se trata de una cuestión regulada por el tratado, y otorgar los derechos en virtud del tratado a sociedades que han sido constituidas de conformidad con las leyes del Estado, pero cuya sede no se encuentra ubicada en el territorio de dicho Estado.

*- La definición de “inversión” se encuentra sin duda incluida en “todas las demás cuestiones” reguladas por el TBI. No obstante, no puede modificarse por la aplicación de una cláusula NMF, dado que dicha definición condiciona el acceso a la protección prevista por el TBI.*

67. Asimismo, no se cuestiona que una cláusula NMF no puede modificar la condición *ratione materiae*, la cual constituye una condición para el ejercicio de todos los derechos conferidos en virtud del tratado, sean de carácter sustantivo o jurisdiccional. Por ejemplo, si el tratado base se aplica únicamente a inversiones en agricultura, no puede

utilizarse una cláusula NMF para introducir una disposición en virtud de la cual el tratado pueda también aplicarse a inversiones en industria<sup>45</sup>.

68. Esto ha sido expresado en un caso reciente de la CNUDMI<sup>46</sup>, *Société Générale c. República Dominicana*, en los siguientes términos:

“La Demandante también argumentó que la cláusula de la nación más favorecida (“NMF”) contenida en el Artículo 4 del Tratado le otorga el derecho de recibir un trato no menos favorable que aquel otorgado a inversores de otras naciones que hayan celebrado tratados con la República Dominicana. En especial, la Demandante considera que la definición de inversión incluida en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos y la República Dominicana, que incluye, entre otras características, la “expectativa de obtener ganancias o utilidades”, se extiende a Société Générale como beneficiario de la cláusula del Tratado que aquí se analiza. El Tribunal no considera que éste sea el caso.

Cada Tratado define lo que considera como inversión protegida y quiénes son los beneficiarios de tal protección, y las definiciones pueden variar de un tratado a otro. En este caso, no es necesario recurrir al texto específico de la Cláusula NMF, ya que se aplica únicamente al trato otorgado a dicha inversión definida y no a la definición de “inversión” en sí<sup>47</sup> (traducción del Árbitro).

69. En resumen, una cláusula NMF no puede utilizarse para ampliar el alcance del tratado base en lo relativo a las inversiones que pueden beneficiarse de los derechos conferidos por dicho tratado.

*- La definición de la aplicación temporal del TBI se encuentra sin dudas incluida entre “todas las demás cuestiones” reguladas por el TBI. No obstante, no puede modificarse por la utilización de una cláusula NMF, dado que dicha definición condiciona el acceso a la protección prevista por el TBI.*

70. También resulta más que evidente que una cláusula NMF no puede modificar la condición *ratione temporis*, que es una condición para el ejercicio de todos los derechos conferidos en virtud del tratado, sean de carácter sustantivo o jurisdiccional. Si el tratado base se aplica únicamente a inversiones realizadas con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, no se puede utilizar una cláusula NMF para introducir una disposición

<sup>45</sup> Esto fue expuesto, por ejemplo, en el Comentario al Artículo 9 del Proyecto de Artículos sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida con comentarios, 1978, *Informe de la CDI*, Volumen II, Parte 2, A/CN.4/SER.A/1978/Add. 1 (Parte 2), p. 31: “La esencia de la norma es que el beneficiario de una cláusula de la nación más favorecida no puede reclamar al Estado concedente ventajas de índole distinta a las estipuladas en la cláusula. Para expresarlo gráficamente, si la cláusula de la nación más favorecida promete el trato de nación más favorecida solamente en lo relacionado con el pescado, no puede reclamarse tal trato para la carne en virtud de la misma cláusula”.

<sup>46</sup> *Société Générale c. República Dominicana*, CNUDMI, Caso LCIA No. UN 7927, Excepciones preliminares a la jurisdicción del 19 de septiembre de 2008.

<sup>47</sup> *Íd.*, párrafos 40-41.

en virtud de la cual las inversiones que se realizaron con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado puedan gozar de la protección conferida por el tratado. Esta situación ha sido contemplada en un artículo anteriormente citado sobre las cláusulas NMF, donde se postula que “(o)tra situación en la que no surge dificultad alguna respecto de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida es aquella en la cual el inversor intenta valerse de dicha cláusula para eludir los requisitos de *ratione temporis* respecto de la aplicación del tratado”<sup>48</sup> (traducción del Árbitro). Y, precisamente, en este caso no surge ninguna dificultad debido a que la aplicación temporal es la condición para la existencia de los derechos en virtud del tratado.

71. La necesidad de que no se modifique la condición *ratione temporis* para la existencia de los derechos en virtud del tratado ha sido recogida, por ejemplo, en *Tecmed c. México*: en dicho caso, el TBI México-España preveía precisamente que era únicamente aplicable a inversiones realizadas con posterioridad a su entrada en vigor y el tribunal rechazó la aplicación de la cláusula NMF en la cual se basó la demandante para introducir una disposición del TBI México-Austria en virtud de la cual las inversiones realizadas con anterioridad a la entrada en vigor del TBI también gozaban de la protección del tratado:

...cuestiones vinculadas a la aplicación en el tiempo del Acuerdo, que en realidad conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional, por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las Partes Contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente, tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general—nacional o internacional—dentro del cual tal régimen opera, cuanto *al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas* que forman tal régimen; y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida<sup>49</sup> (énfasis añadido).

72. La solución adoptada es completamente coherente con el análisis aquí planteado. No obstante, he desarrollado anteriormente por qué considero que el argumento postulado por el tribunal – de que la cláusula NMF no es aplicable al “núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas por las Partes Contratantes” – no constituye un análisis lo suficientemente explicativo<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Yas Banifatemi, *op. cit.* nota 16, p. 248.

<sup>49</sup> *Tecmed*, *op. cit.* nota 13, Párrafo 69. Énfasis añadido.

<sup>50</sup> El mismo análisis aplicado a la condición *ratione temporis* respecto de las inversiones puede desde luego aplicarse a la condición *ratione temporis* en relación con la entrada en vigor del propio tratado, aunque esta no es una cuestión regulada por el tratado, sino por principios generales de derecho internacional. En *MCI c. Ecuador*, el tribunal se negó a aplicar la cláusula NMF para dejar de lado la fecha de entrada en vigor del tratado de inversión entre Ecuador y los Estados Unidos celebrado en mayo de 1997 e importar la fecha de entrada en vigor anterior del TBI Ecuador-Argentina, celebrado el 1 de diciembre de 1995, *MCI Power Group LC y New Turbine, Inc c. República del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/03/6, Laudo del 31 de julio de 2007, párrafos 127-128.

73. En el TBI Argentina/Italia, el alcance *ratione temporis* de la existencia de los derechos otorgados por el tratado se encuentra definido en los Artículos 11 y 12:

#### ARTÍCULO 11

##### Inversiones efectuadas antes de la Entrada en vigor

El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo, por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte y registradas por esta última como inversión extranjera conforme a sus disposiciones legales.

En todo caso, no se aplicará a las controversias ya iniciadas o resueltas con anterioridad a su entrada en vigor ni a las reclamaciones pendientes o surgidas antes de tal fecha.

#### ARTÍCULO 12

##### Entrada en Vigor

El presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha de la última de las notificaciones por las cuales las Partes Contratantes se comuniquen haber cumplido sus requisitos constitucionales respectivos.

74. Estos artículos limitan el alcance temporal de existencia de los derechos del tratado y, dado que contienen las condiciones para acceder a dichos derechos, no pueden modificarse por una cláusula NMF. Por ejemplo, el tratado no podría aplicarse a una controversia pendiente de resolución si dicha posibilidad se encontrara contemplada en otro TBI celebrado por Argentina.

75. En conclusión, no se puede utilizar una cláusula NMF para ampliar el alcance de un tratado base en lo relativo a la existencia *ratione temporis* de los derechos conferidos por el tratado.

76. El hecho de que la expresión “todas las demás cuestiones” no incluya en realidad “todas” las cuestiones, y claramente no incluye las condiciones para acceder a los derechos sustantivos otorgados a los inversores extranjeros, también ha sido reconocido por el tribunal en *Berschader*, el cual manifestó que “la expresión ‘todas las cuestiones que abarca el presente Tratado’ indudablemente no puede ser interpretada de modo literal”<sup>51</sup> (traducción del Árbitro).

77. Tal como se expuso anteriormente, es generalmente aceptado que las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae* y *ratione temporis*, las cuales se encuentran indudablemente incluidas en “todas las demás cuestiones reguladas” por el TBI, y que condicionan el tratamiento que se otorga a las inversiones extranjeras en virtud del tratado base, no pueden modificarse mediante la utilización de una cláusula NMF. Tal como se sostuvo en el caso *Tecmed*, las cuestiones vinculadas “al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas...no pueden...verse desvirtuadas en su

<sup>51</sup> *Berschader*, *op. cit.* nota 39, párrafo 192. Véase también párrafo 184.

aplicación a través del principio de la cláusula de la nación más favorecida<sup>52</sup>. Considero que este enfoque es notablemente acertado. Lo mismo se aplica, en mi opinión, a las condiciones de acceso de los inversores extranjeros a las disposiciones sobre jurisdicción, las cuales no pueden ser eludidas mediante la aplicación de una cláusula NMF.

**- El potencial explicativo de la distinción en lo que respecta a los derechos jurisdiccionales.**

- Las condiciones que configuran el consentimiento del Estado al arbitraje se encuentran sin duda incluidas en “todas las demás cuestiones” reguladas por el TBI. No obstante, no pueden modificarse por la implementación de una cláusula NMF, dado que condicionan el acceso al mecanismo de arbitraje previsto en el TBI.

78. Del mismo modo que una cláusula NMF no puede modificar las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis*, como se ha demostrado anteriormente, tampoco puede modificar la condición *ratione voluntatis*, que constituye una condición de admisibilidad para gozar de los derechos jurisdiccionales disponibles para la protección de los derechos sustantivos.

79. En otras palabras, para que una disposición relativa al mecanismo de resolución de controversias pueda importarse al tratado base, el derecho de acceso al arbitraje internacional, en este caso al arbitraje del CIADI, debe poder existir para el inversor extranjero en virtud del tratado base. Es decir, la existencia de tal derecho se encuentra condicionada por el cumplimiento de todas las condiciones necesarias para que opere dicha jurisdicción: las condiciones *ratione personae*, *ratione materiae*, y *ratione temporis*, así como también la condición complementaria relativa al alcance del consentimiento del Estado a someterse a dicha jurisdicción: la condición *ratione voluntatis*.

80. En tanto no se cumplan las condiciones de admisibilidad expresadas por el Estado para otorgar su consentimiento, no existe consentimiento; es decir, el inversor extranjero no puede acceder al trato jurisdiccional ofrecido por el arbitraje ante el CIADI. Una cláusula NMF no puede ampliar el alcance del derecho a acceder al arbitraje internacional otorgado por el tratado base, no puede utilizarse para brindar acceso al arbitraje internacional cuando esto no es posible en virtud de las condiciones establecidas en el tratado base.

81. Si las condiciones para acceder a un derecho pudieran modificarse, esto cambiaría por completo el alcance del TBI. Tal como se explica en el Proyecto de los Artículos sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida de 1978:

El sistema del trato de la nación más favorecida consiste en hacer extensivas las disposiciones de un tratado por medio de las disposiciones de otro. A menos que este sistema se limite estrictamente a casos en que existe una gran identidad entre las materias objeto de las dos series de cláusulas en juego, puede suceder en alguna ocasión que

<sup>52</sup> *Tecmed, op. cit.* nota 13, párrafo 69.

se impongan al Estado concedente obligaciones que nunca tuvo la intención de asumir. De este modo, la norma se desprende claramente de los principios generales de interpretación de los tratados. Los Estados no pueden considerarse ligados por algo que exceda de las obligaciones que han contraído<sup>53</sup>.

- *¿Debe tratarse del mismo modo a todas las condiciones que configuran el consentimiento del Estado o debe realizarse una distinción entre las condiciones de admisibilidad y las condiciones de jurisdicción?*

82. No obstante, debe plantearse aquí una cuestión delicada y es si debe trazarse una distinción entre las distintas condiciones que forman el consentimiento del Estado a someterse al arbitraje internacional. Esto plantea la cuestión de una posible distinción entre las condiciones de admisibilidad y las condiciones de jurisdicción.

83. Parece no haber fundamento legal para tratar de modo diferente a estos dos tipos de requisitos que condicionan el consentimiento del Estado<sup>54</sup>. Respecto de esta cuestión, estoy de acuerdo con mi co-árbitro Charles Brower, quien explicó en su opinión Disidente en *Renta 4*, que "...no existe fundamento alguno para distinguir entre los aspectos relacionados con la admisibilidad para acceder al arbitraje entre inversores y Estados y las cuestiones de jurisdicción..."<sup>55</sup> (traducción del Árbitro).

84. Esta postura fue adoptada por varios tribunales del CIADI, en el contexto general del ejercicio de su *compétence-compétence*<sup>56</sup>. Por ejemplo, en *Enron*, el tribunal declaró:

<sup>53</sup> Proyecto de Artículos sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida con comentarios, 1978, *Informe de la CDI*, Volumen II, Parte 2, A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (Parte 2), p. 31.

<sup>54</sup> Esto ha sido confirmado hace menos de un mes por la CIJ en el caso sobre *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia c. Federación Rusa), Sentencia del 1 de abril de 2011. La Corte tuvo que interpretar el Artículo 22 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial ("CERD", por sus siglas en inglés) del 21 de diciembre de 1965, que establece: "Toda controversia entre dos o más Estados partes con respecto a la interpretación o a la aplicación de la presente Convención, que no se resuelva mediante negociaciones o mediante los procedimientos que se establecen expresamente en ella, será sometida a la decisión de la Corte Internacional de Justicia a instancia de cualquiera de las partes en la controversia, a menos que éstas convengan en otro modo de solucionarla". La Corte consideró que los términos del Artículo 22 "establecen prerrequisitos que deben cumplirse para que la Corte pueda tener jurisdicción" (traducción del Árbitro) (párrafo 141).

<sup>55</sup> Opinión Disidente en *Renta 4*, *op. cit.* nota 21, párrafo 10.

<sup>56</sup> Dicha postura también fue sostenida por la doctrina. Ver, por ejemplo, Andrew Newcombe & Lluís Paradell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES*, La Haya, Kluwer, 2009, pp. 220-221: "Los tribunales de los AII han aplicado cláusulas NMF constantemente para permitir a los inversores eludir el requisito de someter las controversias a la jurisdicción de los tribunales locales antes de recurrir al arbitraje. Por otra parte, hasta la fecha, todos los tribunales excepto uno han rechazado la aplicación de una cláusula NMF en un tratado base para conferir una jurisdicción material más amplia estipulada en un tratado con un tercero" (traducción del Árbitro)... Es posible sugerir que los enfoques contradictorios adoptados por los tribunales respecto de la aplicación de las cláusulas NMF encuentren una explicación en la distinción entre cuestiones de admisibilidad y de jurisdicción... Aunque este argumento resulta atractivo a primera vista, parecería no haber un fundamento basado en principios para decidir si una cláusula NMF se aplica a cuestiones de admisibilidad, pero no de jurisdicción. Más aún, desde un punto de vista práctico, la distinción entre admisibilidad y jurisdicción es muy difícil de trazar. En efecto, en *Maffezini* el tribunal

No obstante, el Tribunal desea señalar, en este sentido, que la conclusión alcanzada no se debe a que el período de seis meses de negociación pudiera ser un mero requisito de procedimiento de carácter no jurisdiccional, como han argumentado las Demandantes y afirmado otros tribunales. En opinión de este Tribunal, dicho requisito *reviste, sin duda, carácter jurisdiccional*. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción<sup>57</sup>.

85. Del mismo modo, el tribunal en el caso *Burlington* fue muy claro en su análisis respecto de un requisito de negociación de 6 meses, el cual consideró un requisito de carácter jurisdiccional:

...al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la *oportunidad* de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción<sup>58</sup>.

86. El mismo enfoque ha sido aplicado en casos que implicaban las consecuencias de una cláusula NMF, como por ejemplo el caso *Telefónica*:

A ese respecto el Tribunal señala que la definición más exacta de ese requisito o condición previa es el de impedimento temporal a la iniciación del arbitraje. Por lo tanto la excepción es, técnicamente, una excepción de inadmisibilidad opuesta por Argentina contra la Demandante por incumplimiento del requisito por parte de Telefónica. El Tribunal observa que la inadmisibilidad de la reclamación *privaría de competencia* al Tribunal en forma temporal<sup>59</sup>.

...  
La exigencia de acudir a los tribunales locales por un plazo de 18 meses prevista en el Artículo 10(2) es *fundamentalmente una cláusula jurisdiccional* y no una disposición meramente procesal<sup>60</sup>.

---

expresó que el incumplimiento del requisito de recurrir primero a las vías de reparación internas, de existir alguna, importaría la falta de jurisdicción del tribunal”, p. 216.

<sup>57</sup> *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción del 14 de enero de 2004, párrafo 88. Énfasis añadido.

<sup>58</sup> *Burlington Resources Inc. c. República del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción del 2 de junio de 2010, párrafo 315. Énfasis en el original. Véase también, *Murphy c. Ecuador*, donde el tribunal consideró que el período de espera constituía un requisito jurisdiccional y que la consecuencia de no respetar dicho período de espera era la falta de jurisdicción del tribunal, *Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/4, Decisión sobre Jurisdicción del 15 de diciembre de 2010, párrafos 140-157.

<sup>59</sup> *Telefónica, op. cit.* nota 40, párrafo 93. Énfasis añadido.

<sup>60</sup> *Wintershall, op. cit.* nota 9, párrafos 160 y 172. Énfasis añadido.

87. El mismo análisis se efectuó en *Wintershall*:

Y el requisito del transcurso de 18 meses de iniciado un procedimiento ante los tribunales locales —estipulado en el Artículo 10(2)— es un paso preliminar esencial para iniciar el arbitraje del CIADI, en el TBI Argentina-Alemania: constituye una parte integral de la “oferta permanente” (“consentimiento”) del Estado receptor, que debe ser aceptada en los mismos términos por cada inversor individual que recurre (en última instancia) al arbitraje del CIADI para solucionar su diferencia con el Estado receptor en el marco del TBI en cuestión.

88. Por lo tanto, si todas las condiciones que forman el consentimiento del Estado son consideradas prerequisites jurisdiccionales para la existencia del derecho a acceder al arbitraje internacional, se infiere que una cláusula NMF jamás podría modificar los parámetros de dicho consentimiento para someterse a un mecanismo de arbitraje internacional. Todas las condiciones, ya sea el transcurso de un período de espera o la condición de agotar los recursos locales, una restricción del consentimiento a determinada clase de arbitraje o una restricción respecto del alcance del arbitraje, constituyen condiciones jurisdiccionales que condicionan el consentimiento del Estado a someterse al arbitraje que no pueden eludirse mediante una cláusula NMF.

- *El hecho de que la cláusula NMF no permita modificar las condiciones para el otorgamiento de consentimiento del Estado en el tratado base se encuentra en consonancia con la importancia otorgada al consentimiento de los Estados en el marco del arbitraje internacional.*

89. Esta conclusión es respaldada por algunas consideraciones más generales relacionadas con el consentimiento de los Estados al arbitraje internacional. La inaplicabilidad de las cláusulas NMF respecto de los mecanismos de resolución de controversias garantiza aún más que “el consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro”. De hecho, el análisis basado en la distinción entre derechos conferidos y condiciones para acceder a estos derechos, el cual lleva a la inevitable conclusión de que una cláusula NMF no puede modificar las condiciones establecidas por un Estado para otorgar acceso a los inversores extranjeros al arbitraje ante el CIADI, se ve considerablemente reforzado, en lo relativo a la condición *ratione voluntatis*, por la importancia del consentimiento del Estado al arbitraje internacional.

90. Debe tenerse en cuenta que, si se aplica una cláusula NMF para importar un procedimiento de resolución de controversias de un tratado con un tercero al tratado base ello sería un modo de establecer la jurisdicción de un tribunal arbitral cuando de otro modo no podría establecerse en virtud del tratado base.

91. Esta importancia del consentimiento del Estado ha sido destacada en numerosas decisiones de fueros internacionales, entre las que se encuentran la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) y la Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>61</sup>. Cabe citar la

<sup>61</sup> Caso *Status of Eastern Carelia*, (1923), CPJI, Serie B, N° 5, p. 27; Caso *Ambatielos (Grecia c. Reino Unido)*, Fondo: Obligación de Arbitrar, Sentencia del 19 de mayo de 1953, *ICJ Reports*, 1953;

opinión de la CIJ respecto del principio fundamental del consentimiento en el caso *Armed Activities*:

“La jurisdicción [de la Corte] se basa en el consentimiento otorgado por las partes y se encuentra limitada al alcance por ellas aceptado... Cuando dicho consentimiento se encuentra expresado en una cláusula compromisoria de un acuerdo internacional, *debe considerarse que las condiciones a las que dicho consentimiento se encuentra sujeto constituyen los límites para su otorgamiento*”<sup>62</sup> (traducción del Árbitro).

92. Lo mismo puede afirmarse respecto de las condiciones a las que se encuentra sujeta una oferta unilateral en un acuerdo internacional, las cuales comparten la misma esencia de dicho consentimiento y no pueden distinguirse de él.

93. La importancia del consentimiento siempre ha sido puesta en relieve en los casos de arbitraje internacional, en especial en los casos del CIADI. *Plama*, por supuesto, ha hecho mucho hincapié en la necesidad de que exista un consentimiento claro e inequívoco:

En opinión del Tribunal, la siguiente consideración es igualmente, si no más, importante... En la actualidad, el arbitraje es la vía generalmente aceptada para resolver controversias entre inversores y estados. Sin embargo, dicho fenómeno no quita *la condición previa básica del arbitraje: el acuerdo de las partes de someterse al arbitraje*. Es un principio reconocido tanto por el derecho local como por el derecho internacional que establece que *dicho acuerdo debe ser claro e inequívoco*. En el marco de un TBI, se llega al acuerdo de someter la controversia a arbitraje mediante el consentimiento que con antelación otorga un estado de someter las controversias respecto de inversiones que se encuentren contempladas por el TBI a arbitraje, y la aceptación por parte de un inversor, si así lo desea.

Pueden surgir dudas respecto de la intención clara e inequívoca de las partes si se llega a un acuerdo de someterse a arbitraje por vía de incorporación o referencia<sup>63</sup> (traducción del Árbitro).

94. El tribunal en el caso *Plama* ha recibido numerosas críticas por haber adoptado una supuesta interpretación restrictiva del consentimiento del Estado, dado que manifestó que dicho consentimiento debe ser “claro e inequívoco” (traducción del Árbitro), y que

---

*Ambatielos I*”, Opinión Disidente de Sir Arnold McNair, Presidente, y de los jueces Basdevant, Klaestad y Read, *ICJ Reports*, 1953, p. 33, en donde se hace referencia al caso de *Phosphates in Morocco (Italia c. Francia)*. Énfasis añadido. En el caso *Phosphates in Morocco (Italia c. Francia)*, 1938, la CPJI señaló que en caso de duda era aconsejable dar una interpretación restrictiva de una cláusula en un tratado, ya que dicha cláusula “no debe ser interpretada de ningún modo que exceda la intención de los Estados que la suscribieron” (traducción del Árbitro), *PCIJ Reports*, Ser. A/B N° 74, 1938, p. 14. Véase también, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Nueva Aplicación: 2002) (República Democrática del Congo c. Ruanda)*, *Jurisdicción y Admisibilidad*, Sentencia del 3 de febrero de 2006, *ICJ Reports*, 2006.

<sup>62</sup> *Íd.*, párrafo 88. Énfasis añadido.

<sup>63</sup> *Plama, op. cit.* nota 8, párrafos 198-199. Énfasis añadido.

una cláusula NMF sólo puede aplicarse a un mecanismo de resolución de controversias si dicha cláusula “no deja ninguna duda” (traducción del Árbitro) de que esa fue la intención de las partes del TBI. Puede que la fórmula haya sido un tanto exagerada, dando así lugar a dichas críticas, como fue el caso, por ejemplo, del tribunal en *Berschader*:

El tribunal que entendió en el caso *Plama* manifiesta que la inclusión de una cláusula de arbitraje en un TBI constituye un acuerdo de someterse a arbitraje y que dicho acuerdo debe ser claro e inequívoco. Si esto significa que, en términos generales, los acuerdos de arbitraje deben interpretarse, en principio, con un criterio distinto a aquel aplicado a la interpretación de otros acuerdos, este tribunal considera dudoso que pueda afirmarse que tal principio existe<sup>64</sup> (traducción del Árbitro).

95. No obstante, una cosa es realizar una interpretación restrictiva para determinar la existencia de consentimiento, cuya existencia ciertamente no puede garantizarse y que, en mi opinión, no fue lo que hizo el Tribunal en el caso *Plama*<sup>65</sup>, y otra es considerar que todo consentimiento de someterse a arbitraje debe ser claro e inequívoco, lo cual no puede refutarse<sup>66</sup>. ¿Quién argumentaría que un consentimiento incierto y ambiguo de someterse a arbitraje resulta suficiente para conferir jurisdicción a un tribunal arbitral?

96. La decisión en *Wintershall* insistió una vez más con la idea de que el Estado debe haber otorgado su consentimiento y que dicho consentimiento es la condición para acceder al arbitraje internacional:

En el presente caso, por lo tanto, el TBI Argentina/Alemania es un tratado en que indudablemente se concede el derecho de acceder al arbitraje internacional (CIADI) a inversores extranjeros que sean nacionales de Alemania; sin embargo, este derecho de acceder al arbitraje del CIADI no se establece sin reservas, sino sujeto a la condición de que se acuda primero a los tribunales competentes de Argentina...una norma relativa a los recursos locales puede estipularse legítimamente en el TBI —conforme a la primera parte del Artículo 26; una vez establecida, como en el Artículo 10(2), *se convierte en una condición del “consentimiento” de Argentina—, lo que en la práctica representa el “ofrecimiento” de Argentina de que se sometan a*

<sup>64</sup> *Berschader, op. cit.* nota 39, párrafo 177.

<sup>65</sup> Véase el caso de *Amco*, donde el Tribunal señaló que: “En primer lugar, como cualquier otro acuerdo, un acuerdo de someterse a arbitraje no debe ser interpretado de manera restrictiva ni tampoco, en realidad, de manera amplia o liberal. Debe interpretarse de modo tal que conduzca a descubrir y respetar la voluntad común de las partes [...] Asimismo, – y éste también constituye un principio general de derecho – todos los acuerdos, incluidos los acuerdos de someterse a arbitraje, deben interpretarse de buena fe, es decir, teniendo en cuenta las consecuencias que acarrearán los compromisos que se estima que las partes asumieron razonable y legítimamente” (traducción del Árbitro), *Amco Asia y otros c. Indonesia*, Caso CIADI N° ARB/81/1, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, párrafo 14.

<sup>66</sup> Esto es generalmente aceptado. Ver, por ejemplo, el laudo de la CCI en el caso *SPP*, que reconoció este requisito: “Aceptamos el principio que establece que la aceptación de una cláusula de arbitraje debe ser clara e inequívoca” (traducción del Árbitro). Laudo de la CCI N° 3493 del 16 de febrero de 1983, *Yearbook Com. Arb* 1984, vol. IX, p. 115. El laudo fue anulado por los tribunales franceses precisamente porque, en virtud de los hechos del caso, el consentimiento de Egipto no era claro e inequívoco.

*arbitraje las diferencias que surjan en el marco del TBI, pero sólo a condición de que el inversor acepte y cumpla lo dispuesto, entre otras cosas, en el Artículo 10(2); un inversor (como la Demandante) sólo puede aceptar el “ofrecimiento” en esas condiciones<sup>67</sup>.*

97. En nuestro caso, resulta evidente para mí que en el TBI Argentina/Italia NO EXISTE UN OFRECIMIENTO INCONDICIONAL DE SOMETERSE A ARBITRAJE por parte de Argentina a los inversores italianos, ni recíprocamente por parte de Italia a los inversores argentinos. Sólo existe una oferta de someterse a arbitraje sujeta a una condición, que es la de haber recurrido primero a los tribunales locales durante un período de 18 meses.

98. Si la oferta para someterse a arbitraje sujeta a ciertas condiciones, que ya está destinada a una amplia categoría de inversores no identificados previamente por el Estado, pudiese modificarse en lo relativo a las condiciones para el otorgamiento del consentimiento, “la piedra angular [del arbitraje ante el CIADI]” sería un consentimiento totalmente vago. Un consentimiento otorgado por un Estado a una categoría de inversores definida pero indeterminada que, además, sería indefinido respecto de las condiciones bajo las cuales se otorga o respecto de su alcance y dependiera de los caprichos de otros posibles tratados celebrados por el Estado, dicho consentimiento no sería claro en absoluto, sino que sería un consentimiento versátil y hasta se podría decir que ni siquiera sería un consentimiento.

99. A menos que específicamente se disponga lo contrario, las condiciones de admisibilidad que establece el Estado para aceptar ser demandado directamente a nivel internacional por inversores extranjeros no pueden eludirse mediante la aplicación una cláusula NMF y un derecho condicional a acceder al arbitraje del CIADI no puede transformarse mágicamente en un derecho incondicional gracias a una cláusula NMF. El acceso al derecho previsto en el tratado base no puede ser modificado mediante una cláusula NMF. Cualquier otra solución acarrea, en mi opinión, grandes riesgos.

### **Los riesgos del enfoque utilizado en *Maffezini* los cuales, para algunos, fueron reconocidos en la propia decisión**

100. Cabe recordar que, en el caso *Maffezini*, el tribunal era consciente de las consecuencias trascendentales de su decisión de aplicar la cláusula NMF para modificar procedimientos de resolución de controversias y se vio obligado a manifestar que “debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra”<sup>68</sup>. En consecuencia, el tribunal, en un intento por mantener las cosas bajo control, añadió que “hay ciertos límites importantes que han de tenerse en cuenta”<sup>69</sup>. Estos límites fueron resumidos de la siguiente manera:

<sup>67</sup> *Wintershall, op. cit.* nota 9, párrafo 116.

<sup>68</sup> *Maffezini, op. cit.* nota 4, párrafo 63.

<sup>69</sup> *Íd.*, párrafo 62.

“Como cuestión de principio, el beneficiario de la cláusula no debe tener la posibilidad de dejar sin efecto las consideraciones de política pública que puedan haber previsto las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del convenio de que se trate, especialmente si el beneficiario es un inversionista privado, como sucede con frecuencia”<sup>70</sup>.

101. La decisión incluye ejemplos de dichos límites necesarios: el consentimiento del Estado no debe dejarse de lado mediante la aplicación de una cláusula NMF cuando el Estado ha otorgado su consentimiento sujeto a la condición de que primero se agoten los recursos locales; cuando el TBI dispone que una vez que se elige entre los tribunales nacionales y el arbitraje internacional, dicha decisión es definitiva e irreversible (esta es la famosa cláusula de “bifurcación de caminos”); cuando hay una elección de un foro específico, como lo es el del CIADI; o cuando se hace referencia a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado con normas precisas, como el TLCAN. Como puede observarse, entre los ejemplos de situaciones en los que las cláusulas NMF no pueden aplicarse, el Tribunal expuso la norma que prevé agotar primero los recursos internos que, en su opinión, no puede desestimarse mediante una cláusula NMF: “...si una parte contratante ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos, condición que está permitida por el Convenio del CIADI, no podría prescindirse de esta exigencia invocando la cláusula de la nación más favorecida en relación a un acuerdo con terceros que no contenga este elemento”<sup>71</sup>. Debo decir que no puedo entender el argumento en virtud del cual no se puede dejar de lado la condición de agotar los recursos internos mediante la aplicación de una cláusula NMF, pero sí puede dejarse de lado la condición de agotar los recursos legales locales durante un período de tiempo limitado,<sup>72</sup> como se decidió en *Maffezini*.

102. Otra gran preocupación que surge de la aplicación de la regla general que se postula en *Maffezini* ya ha sido señalada en la misma decisión, que es el riesgo del “*treaty shopping*”. Varios tribunales plantearon esta preocupación. En *Salini c. Jordania*,<sup>73</sup> por ejemplo, el tribunal se negó a extender las condiciones de existencia del derecho a recurrir al arbitraje del CIADI previstas en el Artículo 9 del TBI Italia/Jordania de 1994<sup>74</sup>

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Maffezini*, *op. cit.* nota 4, párrafo 64.

<sup>72</sup> Que ha sido descrito como “una ‘moderación’ de la regla del agotamiento de los recursos internos”, *Siemens*, *op. cit.* nota 24, párrafo 51.

<sup>73</sup> *Salini*, *op. cit.* nota 7.

<sup>74</sup> Artículo 9 – Solución de Controversias entre Inversores y Partes Contratantes

1. Toda controversia relativa a inversiones que pueda surgir entre una de las Partes Contratantes y los inversores de la otra Parte Contratante, incluidas las controversias relativas al monto de la compensación, deberán resolverse de forma amigable, en la medida de lo posible.
2. En caso de que el inversor y una entidad de las Partes Contratantes hubieran celebrado un Acuerdo de inversión, se aplicará el procedimiento previsto en dicho Acuerdo de inversión.
3. En caso de que dicha controversia no pueda resolverse en forma amigable dentro de los seis meses a partir de la fecha de la solicitud escrita de acuerdo, el inversor en cuestión podrá, a su discreción, someter la controversia para su resolución ante:
  - (a) El tribunal de la Parte Contratante que tenga jurisdicción territorial;
  - (b) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el Centro)... (Traducción del Árbitro).

y manifestó que “comparte las preocupaciones que han sido expresadas en numerosos fueros respecto de la solución adoptada en el caso *Maffezini*. Su temor es que las precauciones que tomaron los autores del laudo puedan resultar difíciles de aplicar en la práctica y que de esa manera se agregue aun más incertidumbre al riesgo del ‘*treaty shopping*’”<sup>75</sup> (traducción del Árbitro).

103. Asimismo, se plantean otras dificultades si la decisión de *Maffezini* se aceptara con sus excepciones, las cuales eran necesarias en opinión del tribunal para que la extensión de jurisdicción planteada por la cláusula NMF fuese aceptable.

104. Tomemos el ejemplo de la situación en la cual se establece en el TBI base que una vez que se elige entre los tribunales locales y el arbitraje internacional, dicha elección es definitiva e irreversible; es decir, la situación en la que un TBI incluye la así denominada cláusula de elección del foro. Por algún motivo que carece de explicación, el tribunal en *Maffezini* afirmó que se trata de una situación que no puede modificarse por una cláusula NMF. Si admitiéramos esto en aras de la discusión, en mi opinión llegaríamos a conclusiones muy extrañas, si tomáramos, por ejemplo, los dos TBI en cuestión en nuestro caso. El TBI Argentina/Italia establece un recurso limitado a los tribunales nacionales por un período de dieciocho meses antes de que el caso pueda someterse a arbitraje. El TBI Argentina/Estados Unidos, por el contrario, contiene un cláusula de elección del foro y, por ende, no permite que se presente el caso ante los tribunales nacionales en caso de que el inversor desee someter el caso a arbitraje internacional, lo cual podrá hacer sujeto a la condición de que hayan transcurrido seis meses a partir de la fecha en que surgió la controversia. Siguiendo el criterio aplicado en *Maffezini*, un inversor en virtud del TBI Argentina/Italia podría beneficiarse de la posibilidad de someter la controversia directamente a arbitraje internacional, transcurridos 6 meses desde que surgió dicha controversia, beneficio importado del TBI Argentina/Estados Unidos, mientras que un inversor en virtud del TBI Argentina/Estados Unidos que hubiera presentado primero el caso ante los tribunales nacionales, pero que no quería verse impedido de recurrir al arbitraje internacional en virtud de la cláusula de elección del foro, no podría invocar el Artículo 8(2) y (3) para dejar dicha disposición sin efecto. Realmente no comprendo cómo este tipo de aplicación de la cláusula NMF, si siguiéramos el criterio aplicado en *Maffezini*, cumpliría con el objetivo fundamental de una cláusula NMF, que es el de brindar el mismo trato a todos los inversores.

105. Otro difícil problema teórico se plantea con el enfoque empleado en *Maffezini* por el hecho de que la cláusula NMF puede ser invocada no en la solicitud de arbitraje, sino mucho después, a menudo solo en la contestación a las excepciones a la jurisdicción planteadas por el Estado. Dado que la solicitud de arbitraje constituye el consentimiento del inversor, los consentimientos recíprocos del Estado y del inversor han creado el fundamento jurisdiccional para la jurisdicción del tribunal en ese momento. ¿Resulta aceptable que dicho acuerdo de arbitraje se vea ulteriormente alterado por un ofrecimiento de arbitrar incluido en el TBI incorporado en virtud de una cláusula NMF? En otras palabras, el enfoque empleado en *Maffezini* permite, luego de iniciar un procedimiento de arbitraje en relación con un ofrecimiento estipulado en un TBI,

---

<sup>75</sup> *Salini, op. cit.* nota 7, párrafo 115.

modificar posteriormente el acuerdo de arbitraje, e incluso le permitiría a un inversor, luego de haber iniciado un arbitraje ante el CIADI, “aceptar” un ofrecimiento estipulado en otro TBI para someter la controversia al arbitraje de la CNUDMI...<sup>76</sup>.

106. Los problemas son aún más serios, ya que parece que en la tendencia que apoya el uso de la cláusula NMF para ampliar la jurisdicción, la postura contempla no sólo importar de un tratado con un tercero al tratado base *la cláusula jurisdiccional en su totalidad*, sino también importar sólo *este o aquel aspecto de una cláusula jurisdiccional* que resulte más favorable, como ocurrió en el Laudo de la mayoría: es decir, puede haber una política de “selección arbitraria” en la implementación de la cláusula NMF. Este aspecto fue resaltado en un artículo sobre cláusulas NMF, en el cual el autor plantea las inquietudes que surgen de la aplicación de dicho enfoque: “Pero tal vez el aspecto más audaz y trascendental de la decisión en *Siemens* fue el rechazo del tribunal del argumento planteado por Argentina de que si la demandante tenía derecho a importar los aspectos beneficiosos de las disposiciones acerca de la resolución de controversias del TBI Argentina-Chile, debería exigírsele también que se importen los aspectos desfavorables de dichas disposiciones, los cuales incluían, en particular, la cláusula de elección del foro que no se encontraba en el TBI Argentina-Alemania. El tribunal reconoció que ‘las desventajas podrían haber sido intercambiadas por las ventajas aducidas’, pero concluyó que una cláusula NMF ‘se relaciona únicamente con el trato más favorable’. En consecuencia, la cláusula de elección del foro no podría incorporarse en virtud de la aplicación de una cláusula NMF...al permitir esta posibilidad a las demandantes, el tribunal abrió la puerta para una potencial e infinita variedad de permutas y combinaciones de resolución de controversias que los distintos inversores pueden utilizar según su situación particular”<sup>77</sup>.

107. Resulta evidente que una cláusula jurisdiccional es a menudo un acuerdo complejo, que equilibra diversos requisitos. No tiene sentido “desestructurar” estas cláusulas jurisdiccionales para seleccionar arbitrariamente tan sólo un elemento que pudiera tener sentido en el tratado celebrado con un tercero, pero que no tiene el mismo significado en el tratado base. Los peligros de dicha situación han sido resaltados por la doctrina:

---

<sup>76</sup> Zachary Douglas estimó que estas consideraciones resultaban “fatales” para la aplicación de una cláusula NMF a la resolución de controversias, *op. cit.* nota 6, pp. 11-12: “Existe otra consideración importante que resulta fatal para dicho reclamo...La demandante debe hacer valer un derecho a obtener un trato más favorable mediante una cláusula NMF en el tratado base. Sólo puede llevarlo a cabo iniciando un procedimiento de arbitraje y, por consiguiente, aceptando los términos del ofrecimiento de someterse a arbitraje estipulados en el tratado base. En ese momento, entra en vigencia un acuerdo de arbitraje entre la demandante y el estado receptor ...

En consecuencia, subyace una falacia lógica en el reclamo que aquí se analiza. La demandante sólo puede presentar su reclamo para obtener el trato de NMF mediante la celebración de un acuerdo de arbitraje de conformidad con las condiciones ofrecidas por el estado receptor en el tratado base. Pero son justamente las condiciones de ese acuerdo de arbitraje las que la demandante intenta dejar sin efecto o modificar al presentar el reclamo” (traducción del Árbitro).

<sup>77</sup> Stephen Fietta, Most Favoured Nation Treatment and Dispute Resolution under Bilateral Investment Treaties: a Turning Point?, *Int.A.L.R.*, 2005, pp. 131-138 y también *TDM*, junio de 2005, Vol. 2 - Ejemplar 3.

...al aplicar una cláusula NMF, es esencial asegurarse de que las disposiciones aplicadas que constituyen un trato más favorable en el otro tratado pueden aplicarse de manera adecuada y que no alterarán sustancialmente el equilibrio cuidadosamente negociado del TBI en cuestión. Se considera que éste es precisamente el efecto de la decisión poco ortodoxa del Tribunal sobre las excepciones a la jurisdicción en *Maffezini c. España*.

...

No debe presumirse que dicho equilibrio pueda ser alterado por un inversor que escoge a su antojo entre una variedad de opciones previstas en otros tratados, negociados con otros Estados parte y en otras circunstancias<sup>78</sup> (traducción del Árbitro).

108. Tal como se señaló acertadamente en *Plama*, esto generaría una situación caótica<sup>79</sup>. Sugiero evitar dicha situación caótica al adherir al principio de que una cláusula NMF no puede dejar sin efecto ninguna de las condiciones en virtud de las cuales un Estado otorga su consentimiento a un inversor extranjero a someterse al arbitraje y, por lo tanto, respaldaría la propuesta expresada en *Plama*, según la cual el principio que debiera aplicarse a las cláusulas NMF respecto de las cláusulas jurisdiccionales:

“debería, en cambio, ser un principio distinto [que aquél empleado en *Maffezini*] con una única excepción: una cláusula NMF en un tratado base no incorpora por vía de referencia disposiciones relativas a la resolución de controversias contenidas en otro tratado, total o parcialmente, a menos que la cláusula NMF prevista en el tratado base no deje lugar a dudas de que las Partes Contratantes tuvieron la intención de incorporarlas”<sup>80</sup> (traducción del Árbitro).

109. En conclusión, por todos los motivos expuestos anteriormente, considero que no puede importarse un fundamento distinto para determinar la jurisdicción en base al Artículo VII del TBI Argentina/Estados Unidos al TBI Argentina/Italia mediante la aplicación de la cláusula NMF. En consecuencia, el Tribunal no tenía jurisdicción para tratar el caso.

---

<sup>78</sup> Véase Campbell McLachlan y otros, *op. cit.* nota 11, p. 254 y p. 257.

<sup>79</sup> *Plama*, *op. cit.* nota 8, párrafo 219.

<sup>80</sup> *Íd.*, párrafo 223.

110. Habiendo llegado a la conclusión de que el Tribunal no tenía jurisdicción para entender en el caso, reitero que no comento sobre los resultados de la etapa de fondo, salvo para señalar que adhiero a dichos resultados.

---

Profesora Brigitte Stern  
[firmado]