



Detalles sobre la publicación, incluyendo instrucciones para autores e información para los usuarios en: <https://desafiosjuridicos.uanl.mx/index.php/ds>

Paola Stephania Muñoz Lupian (Universidad Autónoma de Nuevo León)

Alcance del Trato de Nación más Favorecida (TNMF) y su aplicación en derechos adjetivos, a partir de la interpretación de la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF) en cada uno de los Tratados Base en los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT). pp. 122-137. Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023.

Publicado en *Desafíos Jurídicos La Conjugación del Derecho*. Todos los derechos reservados. Permisos y comentarios, por favor escribir al correo electrónico: desafios.juridicos@uanl.mx

Desafíos Jurídicos Vol. 3 Núm. 4, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León, a través de la Facultad de Derecho y Criminología. Dirección de la publicación: Av. Universidad s/n Cd. Universitaria C.P. 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México. desafiosjuridicos.uanl.mx, desafiosjuridicos@uanl.mx. Editora responsable: Dra. Amalia Guillén Gaytán, Facultad de Derecho y Criminología. Reserva de Derechos

al Uso Exclusivo núm. 04-2022-041510211500-102. ISSN 2954-453X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización: Dr. Paris Alejandro Cabello Tijerina, Facultad de Derecho y Criminología, Av. Universidad s/n, Cd. Universitaria, C.P., 66451, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan la postura del editor de la revista Desafíos Jurídicos. Todos los artículos son de creación original del autor, por lo que esta revista se deslinda de cualquier situación legal derivada por plagios, copias parciales o totales de otros artículos ya publicados y la responsabilidad legal recaerá directamente en el autor del artículo. Se autoriza compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato; y de remezclar, transformar y construir a partir del material, citando siempre la fuente completa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional.

DIRECTORIO INSTITUCIONAL

RECTOR: DR. SANTOS GUZMÁN LÓPEZ

SECRETARIO GENERAL: DR. JUAN PAURA GARCIA

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA: MTRO. OSCAR P. LUGO SERRATO

REVISTA DESAFÍOS JURÍDICOS

DIRECTORA: Dra. Amalia Guillén Gaytán

COORDINADOR: Dr. Mario Alberto García Martínez

COORDINADORA DEL NÚMERO: Dra. Karina Soto Canales

ASISTENTE EDITORIAL: Mtra. Angélica Rubí Rodríguez Aguirre

ADMINISTRACIÓN DEL SITIO WEB: M.A. Daniel Vázquez Azamar

EDICIÓN TEXTUAL Y CORRECCIÓN DE ESTILO: María Alejandra Villagómez Sánchez

REDACCIÓN: Rosa María Elizondo Martínez

ILUSTRACIÓN DIGITAL DE LA PORTADA: M.A. Daniel Vazquez Azamar “Decisiones” © 2022

Alcance del Trato de Nación más Favorecida (TNMF) y su aplicación en derechos adjetivos, a partir de la interpretación de la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF) en cada uno de los Tratados Base en los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT)

Scope of the Most Favored Nation Treatment (MFN) and its application in adjectival rights, based on the interpretation of the Most Favored Nation Clause (MFN) in each of the Base Treaties in the Bilateral Investment Treaties (BIT)

Fecha de publicación en línea: 31 de enero del 2023

Por: Paola Stephania Muñiz Lupian*

* <https://orcid.org/0000-0002-6559-2401>

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

Resumen. Existen principios fundamentales observados en la negociación de los BIT y TLC; que se extraen del Derecho Internacional Comercial, TNMF y Trato Nacional, insertos en el GATT con una definición exacta; pero no así en el Derecho de las Inversiones, existe controversia en los criterios arbitrales y académicos sobre la capacidad de la CNMF para atraer ventajas adjetivas, de jurisdicción y competencia en la resolución de controversias inversor-Estado.

Palabras clave: GATT, CNMF, BIT, Jurisdicción, Arbitraje.

Abstract. There are fundamental principles observed in the negotiation of the BIT and FTA; that are extracted from the International Commercial Law, TNMF and National Treatment, inserted in the GATT with an exact definition; but not so in Investment Law, there is controversy in the arbitration and academic criteria on the ability of the CNMF to attract adjectival advantages, jurisdiction and competence in the resolution of Investor-State disputes.

Palabras clave: GATT, CNMF, BIT, Jurisdiction, Arbitration.

* Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Doctoranda en Derecho Procesal y profesor-investigador de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.



1. INTRODUCCIÓN:

El documento estudia las aportaciones del Derecho Internacional a fin de establecer una definición común, principios, alcances e interpretación para el Trato de Nación más favorecida, mediante el *Proyecto de Artículos sobre las Cláusulas de la Nación más Favorecida* (United Nations, International Law Commission, 1978) y el *Informe final del Grupo de Estudio sobre la Cláusula de la Nación más favorecida* (Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2015).

Posteriormente se analizan diversos *awards-resoluciones*, de arbitrajes Inversor-Estado, donde el tema principal es la aplicación de la Cláusula de Nación Mas Favorecida (CNMF), con la finalidad de extraer beneficios de derechos adjetivos, de *tratados de inversión más “favorables”* celebrados con un tercer Estado por parte de los Estados parte de un Tratado Base.

Por último se estudiara la redacción de tres documentos celebrados por México en materia de inversión, Acuerdos Para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI'S), primero, *el APPRI México-Suiza* (Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 1998); segundo, *el APPRI México-Emiratos Árabes Unidos* (Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2018); y el tercero, el más reciente en la base de datos de Secretaria de Relaciones Exteriores, *el APPRI México-Hong Kong* (Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2021); análisis con la finalidad practica de estudiar en la redacción de cada uno de estos APPRIS, el desarrollo histórico de la CNMF;

del mismo modo como las decisiones arbitrales y demás documentos internacionales, permearon la celebración del acuerdo más reciente.

2. CNMF EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES:

La CNMF es uno de los pilares del Derecho Comercial Internacional, al igual que el *Trato de Nacional* (Organización Mundial Del Comercio, 2023), pero no forman parte del derecho internacional consuetudinario, sino que corresponde a una obligación que debe figurar en los Tratados para poder ser invocada, es decir, debe pactarse estrictamente por las partes (Riquelme, 2018), y precisamente por eso, se considera fundamental, entre otras razones, pues permite evitar la discriminación en el tráfico entre los distintos Estados.

En materia comercial, la CNMF se encuentra marcada en el GATT (Organización Mundial Del Comercio, 1947) artículo 1º sobre: *el Trato general de la nación más favorecida”*

“Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones... *cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido* por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, *será concedido inmediata e incondicionalmente* a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.”

El presente concepto de Nación más favorecida fue exportado a las demás convenciones

del derecho internacional de comercio, como los servicios y propiedad intelectual (Organización Mundial Del Comercio, 2023); con las variaciones específicas de cada una de las materias; del mismo modo fue aplicado como estándar general para la celebración de los Tratados Bilaterales de Inversión (BIT), pero en la especie la aplicación del trato, la interpretación y alcances de la cláusula es muy distinta del derecho comercial.

Iniciamos con la distinción entre la aplicación automática del derecho comercial, “*concedido inmediata e incondicionalmente*”, la misma ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una de las partes celebrantes de un tratado (denominado base), y un tercer Estado: “tratado referencia”. (Riquelme, 2018).

Mientras que en el derecho internacional de las inversiones la ventaja no es concedida automáticamente, *debe ser exigida por la parte beneficiaria (por el inversor) al Estado benefactor (donde se ha desarrollado la inversión)*. (García Corona, 2013).

*¿Pero cuáles son los criterios de aplicación de la CNMF a las inversiones? ¿Cuál es el criterio reiterado de aplicación por parte de los tribunales arbitrales? ¿Porque no existe una convención marco de interpretación de la CNMF?, esas y otras interrogantes han tratado de ser abordadas y resultas desde la creación de los Tratados Bilaterales de Inversión como tal, en los años 50's, y posteriormente con las controversias *Ambiatelos* (United Nations, 2006) y *Maffezini vs España* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington, D.C., 2000), que serán analizadas más adelante, la cláusula inofensiva*

de estándar general, que fue insertada como principio fundamental de las relaciones entre estados, tuvo un alcance que en principio no fue dimensionado por la comunidad internacional, al utilizar la CNMF, en procedimientos jurisdiccionales para atraer condiciones más favorables, de derecho adjetivo, es decir para obtener una ventaja en jurisdicción o competencia, que se resumen a tres puntos: cumplir con los requisitos *ratione materiae*, *ratione personae* y *ratione temporis*. (Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2015).

Así, las cosas, en el año de 1978, la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en su sesión número 30, creó el *Proyecto de Artículos sobre las Cláusulas de la Nación más Favorecida, en 1978*, (United Nations, International Law Commission, 1978) documento que a pesar de haber sido sometido a la Asamblea General de la ONU para la creación de una convención multilateral, no prosperó para ser sometida a firma por los Estados partes¹; sino que solamente se ha constituido en un documento de consulta, no vinculante, pero de referencia obligatoria para tribunales y académicos en la aplicación e interpretación de la CNMF.

El Proyecto, principalmente brinda una definición general de la CNMF, en el artículo 4:

¹ No terminó en la celebración de una convención internacional por que la Asamblea General de la ONU y la Comisión de Derecho Internacional, no se ponían de acuerdo conforme a otorgar derechos todavía más favorables a las naciones en vías del desarrollo sin discriminar a los países desarrollados, situación que no puedo soslayarse, pues no fue formalizado dicho proyecto, no es vinculante, pero si es una referencia de interpretación de la CNMF.

“Una cláusula de la nación más favorecida es una disposición de un tratado por el cual un Estado contrae una obligación para con otro Estado de otorgar el trato de nación más favorecida en una esfera de relaciones acordada.”

Así, como el TNMF, en el artículo 5:

“Trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a las personas o las cosas de una determinada relación con ese Estado, no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado o a las personas o las cosas en la misma relación con ese tercer Estado.”

Del mismo modo, se puede concluir que el principal cometido de dicho documento fue establecer las bases, en concordancia con los artículos 31 y 32 la *Convención de Viena* (Naciones Unidas, 1969), para una interpretación conforme de la CNMF, dependiendo de la redacción de esta en cada uno de los tratados, puesto que existen diferentes redacciones como BIT, APPRI y TLC, han sido celebrados en todo el mundo, es decir, todos los *Acuerdos Internacionales de Inversión “All”*, que elevó el acervo de All a 3.322 para 2021, incluidos 2.558 All aun en vigor, (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, 2022).

Por tanto, no puede establecerse una interpretación homogénea aplicable a todos los tratados base, es necesario que sean analizados e interpretados uno por uno para determinar los fines, objetivos y alcances de la CNMF, que busca atraer condiciones más favorables de

un tercer estado, sin vulnerar la voluntad de las partes que han celebrado el tratado base, en un marco de búsqueda de liberalización del derecho de las inversiones, sin que sea necesaria una renegociación de los All.

A partir de los laudos mencionados y el establecimiento del Proyecto de Artículos; las resoluciones arbitrales y documentos académicos, se han polarizado respecto de los alcances e interpretación de la CNMF, tema trascendente, pues incluso algunos autores mencionan que al ir más allá de lo exactamente pactado vulnera la soberanía de los Estados partes; pero que también en ejercicio de esa soberanía fue que se obligaron recíprocamente para la protección a las inversiones, y que al realizar esa protección de manera explícita, sin señalar excepciones expresas, la protección de la cláusula se extiende a las disposiciones de todo el documento para atraer beneficios de un tratado de referencia celebrado por una de las partes con tercer Estado.

Herrera Ramírez (2009) resume los diferentes tipos de CNMF en términos de su redacción respecto a su alcance en derechos adjetivos, entre ellos:

1. Estipula, *expresamente*, su aplicación a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias (Cláusula tipo de los TPPI del Reino Unido, Alemania y Países Bajos).
2. Se *usan términos “generales”* que cubren, por ejemplo: *all matters, all rights, el treatment*, pero que no hacen referencia alguna a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias.
3. Redactada en *términos no generales*, aunque guarda silencio en lo relativo a los me-

canismos de arreglo de diferencias (NAFTA art. 3).

4. *La CNMF expresa claramente que no se aplica a las disposiciones relativas al arreglo de diferencias (CAFTA, FTA).*

En esta clasificación los puntos 1 y 4, no tienen ningún problema a la hora de interpretarse y aplicarse, porque no queda ninguna duda, pero respecto de los puntos 2 y 3, existe ambigüedad y es necesario que sean interpretados uno por uno cada uno de los acuerdos celebrados, entonces el problema de la aplicación y alcances de la CNMF reside en la formulación de esta.

Posteriormente, el tema fue analizado por el Grupo de Estudio sobre la Cláusula de la Nación más favorecida. (Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2015)

Establece tres ejemplos de Acuerdos, para establecer diversas clasificaciones en su redacción:

1. Del acuerdo entre Austria y la República Checa y Eslovaca de 15 de octubre de 1990 “Cada Parte Contratante otorgará inversores de la otra Parte Contratante *un trato no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado* y sus inversiones”.
2. En algunos casos una cláusula NMF incluye tanto la obligación de proporcionar tratamiento NMF y la obligación de otorgar Trato Nacional. Del acuerdo Argentina Reino Unido de 11 de diciembre de 1990 dispone: “Ninguna de las Partes Contratantes de su territorio las inversiones sujetas o

ganancias de inversores o sociedades de la otra Parte Contratante a *un tratamiento menos favorable que el otorgado a las inversiones o ganancias de sus propios inversores o empresas o a las inversiones y ganancias de los nacionales o sociedades de un tercer Estado*”.

3. En otros casos, la obligación de proporcionar un trato NMF está ligada a la obligación de otorgar un trato justo y equitativo. Del acuerdo entre China y Perú de 9 de junio de 1994 establece: “Las inversiones y actividades asociadas a las inversiones de inversores de una Parte Contratante *deberán recibir un trato justo y equitativo y gozarán de protección en el territorio de la otra Parte Contratante*. El tratamiento y la protección mencionada en el párrafo 1 del presente artículo no podrán ser menos favorable que el otorgado a las inversiones y actividades asociadas con dichas inversiones de los inversores de un tercer Estado “

A pesar de las variaciones en la redacción de las cláusulas NMF, hay cuestiones de interpretación que son comunes a todas estas cláusulas, ya sea en el ámbito del comercio, la inversión, o servicios.

Tres aspectos de las disposiciones de NMF que han dado lugar a cuestiones interpretativas: el beneficiario de una cláusula NMF, el tratamiento necesario, y el alcance de la cláusula.

De estas tres importantes cuestiones de interpretación, sólo el alcance del “tratamiento” de-

ben preverse en virtud de una disposición de NMF ha sido objeto de un importante debate y controversia ante los tribunales de inversión. También existen principios interpretativos tales como:

1. Respecto del sujeto de la inversión: circunstancias similares.
2. Respecto de la inversión: la aplicación material, *principio ejusdem generis*, es decir la solicitud de aplicación de CNMF, solo puede aplicarse respecto de la misma materia y con respecto a aquellos en una relación de comparación. (Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional, 2015).

Del mismo modo las principales excepciones, a la aplicación del Trato NMF son señaladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2019): incluso para aquellos miembros que son parte de una unión aduanera o sistema monetario especial, y más en general en relación con el mantenimiento del orden público o la protección por el miembro de la salud pública, la moral y la seguridad, la protección de los intereses esenciales de seguridad de los miembros, o el

cumplimiento de sus obligaciones relativas a la paz y la seguridad internacionales.

Al final los dos documentos de las Naciones Unidas y diversos autores, tales como (Stephan W. Schill, 2017) y (Thulasidhass, 2015), coinciden en que la interpretación de la CNMF debe ser atendida tratado por tratado para adecuarse a la voluntad de las partes. Contrario a lo planteado por otros autores, como (Batinfort, et. al., 2018), respecto a que la interpretación debería ser de arriba hacia abajo, es decir, establecer homogéneamente como debe ser entendida y aplicada de manera general, en aras de la seguridad jurídica, sin tomar en cuenta la redacción especificada de cada uno de los tratados.

3. REVISIÓN DE LAUDOS ARBITRALES CON PRESENCIA DE LA CNMF.

En este apartado se expondrán brevemente, los laudos arbitrales que han sido resueltos a favor de la aplicación de la CNMF para derechos adjetivos:

Figura 1. CNMF para obtener beneficios en derechos adjetivos:

Laudo	Tratado Base	Tratado referencia	Resolución
Ambatielos 1956. (United Nations, 2006)	Grecia- Reino Unido Tratado greco-británico de comercio y navegación (1886).		Resuelve que la “ <i>administración de justicia</i> ” es parte importante de los derechos de los comerciantes y, en virtud de la CNMF debe ser tratado como incluido dentro de la frase “ <i>todos los asuntos relacionados con el comercio y la navegación</i> ”. Sentando la base aplicativa de la CNMF de conformidad con el principio <i>ejusdem generis</i> .

Maffezini vs España 2000. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington, D.C., 2000)	TBI Argentina-España 1991. Solicita aplicar la CNFM, con el fin de hacer caso omiso de la exigencia de un período de espera de 18 meses antes de presentar una demanda en virtud del TBI.	TBI España-Chile 1991 <i>no incluía ese requisito (18 meses de espera)</i> y permitió que un inversor optara por el arbitraje internacional después de seis meses.	El tribunal tuvo en cuenta los amplios términos de la cláusula NMF, que se aplica “en todas las materias reguladas por el presente Acuerdo” aplicando <u>“el principio ejusdem generis, a partir del laudo Ambiatelos.”</u>
Siemens AG vs República Argentina 2007. (International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., 2007)	TBI Argentina-Alemania 1993. Solicita aplicar la CNFM, con el fin de hacer caso omiso de la exigencia de un período de espera de 18 meses antes de presentar una demanda en virtud del TBI.	TBI Chile-Argentina 1991. <i>No incluía ese requisito (18 meses de espera)</i> y permitió que un inversor optara por el arbitraje internacional después de seis meses.	El tribunal declaró que la solución de diferencias “es parte de la protección ofrecida por el Tratado. Parte del tratamiento de los inversores y las inversiones extranjeras y de las ventajas accesibles a través de una cláusula NMF”.

Fuente: elaboración propia con datos de los diversos laudos arbitrales consultados.

Del mismo modo se comparan, otras tres resoluciones que han sido negativas en cuanto a la aplicación de la CNFM para obtener beneficios en derechos adjetivos:



Figura 2. Laudos negativos a la CNMF para generar beneficios en derechos adjetivos.

Laudo	Tratado Base	Tratado referencia	Resolución
<i>Salini vs Jordania</i> 2006. (International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., 2006)	TBI Italia-Jordania 1999, el demandante italiano buscaba dejar sin efecto la cláusula de arreglo de diferencias estipuladas en el contrato de concesión, que no contemplaba el arbitraje del CIADI.	TBI Jordania–USA 1997; y TBI Jordania–Reino Unido 1979. Los cuales permitían llevar ante el CIADI todo diferendo relativo a un contrato de construcción.	Las partes del TBI de base habían manifestado expresamente la voluntad de someter a los mecanismos de solución previstos en el contrato todos los litigios originados por la ejecución de estos (<i>Lex specialis derogat legem generalem</i>). El Tribunal concluye entonces, que la CNMF no cubría las disposiciones relativas al arreglo de las controversias.
<i>Plarna vs Bulgaria</i> 2008. (International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., 2008)	TBI Bulgaria–Chipre 1987, La cláusula de solución de controversias permitía el acceso solo a un arbitraje ad-hoc según el reglamento UNCITRAL y los negocios solucionables por esta vía, estaban limitados a la indemnización en caso de expropiación juzgada ilegal por los Tribunales del país anfitrión.	TBI Bulgaria–Finlandia 1999 La demandante invocó la CNMF, para poder acudir al CIADI, establecido en este BIT.	El acuerdo debe ser claro e inequívoco. Una CNMF en un tratado básico no incorpora por referencia o en su totalidad o en parte las disposiciones de solución de controversias establecidas en otro tratado, a menos que la disposición de NMF en el tratado básico no deje dudas de que las Partes Contratantes pretendían incorporarlas.”
<i>Telenor vs Hungría</i> 2006. (International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C., 2006)	TBI Noruega–Hungría (8 de abril de 1991) El BIT limitaba la competencia del tribunal CIADI al contencioso de la expropiación, de la repatriación de capitales y a la indemnización debida en caso de destrucción de la inversión por guerra, revolución o eventos análogos.	Diversos. Para acceder a cláusulas de solución de controversias “más favorables” acordadas por Hungría a terceros Estados.	El alcance de la jurisdicción del Tribunal está limitado por el Artículo XI a reclamos que involucren expropiación y que la cláusula de NMF incorporada en el Artículo IV no puede invocarse para extender la jurisdicción del Tribunal a reclamos bajo el Artículo III.

Figura 2. Fuente: elaboración propia con datos de los diversos laudos arbitrales consultados.

Las diferencias entre las resoluciones positivas y negativas, de acceso a la jurisdicción mediante la CNMF, pueden resumir a tres grandes aspectos:

1. Las primeras fueron parte del paradigma que se abrió a discusión a partir del caso *Ambiatelos*, mismo que sentó las bases de interpretación de la CNMF, a la luz del principio *ejusdem generis*.
2. Posteriormente se realizó un estudio más profundo respecto de la importancia de redacción de las cláusulas y la voluntad de las partes, para una interpretación del derecho de los tratados, mediante el artículo 31 y 32 de la Convención de Viena; cuestiones plasmadas también en los Proyectos de Artículos de la CNMF de 1978.
3. Por último, la evolución en los estudios académicos y mayor número de demandas de arbitraje que se pretendieron combatir a través de la CNMF, establecieron precedentes y doctrina sobre su interpretación, llenando *relativamente* un vacío legal, que hasta hoy se discute, pero que ha otorgado más certezas a las partes; a los Estados respecto de las negociaciones en los nuevos BIT, especificando lo que entienden por CNMF, y estableciendo expresamente sus alcances y excepciones; para los inversores, esta además, señalar que las ventajas respecto a la posibilidad de atraer jurisdicción es extraordinaria para resolver sus controversias de forma expedita.

4. EJEMPLOS DE CNMF, EN LA REDACCIÓN DE LOS ACUERDOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS INVERSIONES (APPRI'S), CELEBRADOS POR MÉXICO:

Por último, realizamos un estudio de análisis de contenido cualitativo, a través de una muestra de tres APPRI's celebrados por México: el primero en 1998, *México-Suiza*, que a priori señaló contiene una *determinación general "all matters" de la CNMF*; a diferencia del *APPRI México-Emiratos Árabes Unidos*, de 24 de enero de 2018, que es totalmente restrictivo en cuanto a la atracción de mejores derechos adjetivos mediante la CNMF, y del mismo modo establece otras excepciones; asimismo el *APPRI México-Hong Kong* de 11 de junio de 2021, que ya no contiene propiamente dicho una CNMF, sino que solo se limita a establecer "un Trato No Discriminatorio" no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas "Trato Nacional" y no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier Parte no Contratante "TNMF", pero que establece expresamente que no comprende un requisito para extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante procedimientos de resolución de controversias.

Para el presente ejercicio es necesario extraer el contenido de dichos Acuerdos:

Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.

Artículo 4. Protección y Tratamiento:

1. A las inversiones... les será otorgado en todo momento *un trato justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte*, de conformidad con el Derecho Internacional.

2. Cada una de las Partes, otorgará un trato *“no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de un tercer Estado, cualquiera que sea más favorable para el inversionista en cuestión.”*

3. Cada una de las Partes, otorgará a los inversionistas de la otra Parte, en relación con la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de sus inversiones, *“trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas o a inversionistas de cualquier tercer Estado”*, cualquiera que sea más favorable para el inversionista en cuestión.

APÉNDICE: Solución de Controversias entre una Parte y un Inversionista de la otra Parte

Artículo 4: Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje

Siempre que hayan *transcurrido seis meses* desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación y que el inversionista contendiente haya notificado por escrito por lo menos con tres meses de anticipación a la Parte contendiente su intención de someter la reclamación a arbitraje, *el inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:*

El convenio CIADI...

Del primer APPRI, celebrado por el Estado Mexicano con Suiza en 1998, podemos advertir que no contiene mención expresa sobre aplicación extensiva o limitación alguna de la CNMF respecto del acceso a la jurisdicción, contenida en un tercer APPRI más favorable, por lo que en ese momento no se consideró el alcance y naturaleza jurídica que tendría este concepto comercial en el Derecho Internacional de las Inversiones, como hemos advertido en el presente estudio la evolución histórica del concepto, por lo que el Trato de Nación más Favorecida puede ser aplicada para solicitarse un acceso a jurisdicción más favorable, en el caso específico del presente AI.

Conviene señalar que otros puntos relevantes para la determinación de los alcances e interpretación de la CNMF, corresponden a las interpretaciones realizadas por las mismas partes de una controversia, tanto por el demandante como por el demandado (*Claimant and Respondent*); del mismo modo es relevante la costumbre de los Estados, en cuanto a la resolución de controversias, y los acuerdos celebrados con posterioridad entre los Estados Parte y en última instancia la re-negociación del tratado.

Es importante tener presente la evolución de la interpretación de la CNMF, pues como hemos analizado no se trata más de un mero estándar presente de forma general en todos los AI, en específico de inversión, sino de una cláusula mutante, que puede atraer beneficios de acceso pronto a la jurisdicción, que en principio no estuvieron contemplados por los Estados celebrantes; el paradigma pues ha evolucionado como parte de la actividad intelectual de las partes al momento de redac-

tar sus argumentos a favor y en contra; del mismo modo, al no poder preverse todas las variables posibles, es que *“el principio más aceptado de interpretación de la CNMF reside en la interpretación tratado por tratado.”*

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Artículo 3: Trato Nacional y Trato de la Nación Más Favorecida.

1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones *“un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a las inversiones de sus propios inversionistas* en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.”
2. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, *un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas y a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado* en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.
3. Para mayor certeza, sin perjuicio de cualquier otro Acuerdo Bilateral de Inversiones que las Partes Contratantes hayan firmado con otros Estados antes o después de la entrada en vigor del presente Acuerdo, *“el trato de la nación más favorecida no se*

aplicará a las cuestiones de procedimiento o judiciales.”

El presente APPRI celebrado 23 años después, es ejemplo latente de la evolución, preparación y prevención, que ha tenido a bien observar y desarrollar el Estado Mexicano, en la celebración de los subsecuentes tratados de inversión, evitando crear ventanas de jurisdicción temprana, sujetando a lo estrictamente pactado, aunque existan mejores condiciones a un tercer Estado. Por lo que, termina estableciendo una excepción expresa y cerrada *“el trato de la nación más favorecida no se aplicará a las cuestiones de procedimiento o judiciales.”*

Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Artículo 4: Trato No Discriminatorio.

1. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones *“un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y a las inversiones de sus propios inversionistas”* en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.
2. Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones *“un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier Par-*

te no Contratante y a las inversiones de inversionistas de cualquier Parte no Contratante” en lo referente a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.

3. Para mayor certeza, la obligación en este Artículo “*no abarca un requisito para extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante procedimientos de resolución de controversias*” ...

Contempla tanto el Trato Nacional y el Trato de Nación más Favorecida, pero los simplifica en un “*Trato No Discriminatorio*”, y si restringe el acceso a derechos adjetivos más favorables; pues la no discriminación: “*no abarca un requisito para extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante procedimientos de resolución de controversias*”.

Desde la asimilación de la Trato de Nación más Favorecida al Trato Nacional, y al Trato con terceros Estados, para la no discriminación. Resalta también una limitación “respecto a las circunstancias similares” y la materia de ese análisis, dejando en lo específico como materia de la aplicación de la CNMF, en el presente APPRI, exclusivamente para derechos sustantivos, respecto a la administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de las inversiones.

El presente ejercicio nos permite dimensionar la intrincada conexión entre los tratados internacionales celebrados por México, es decir, la posible interacción 30 Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI) con 31 países o regiones ad-

ministrativas y 9 acuerdos de alcance limitado (Acuerdos de Complementación Económica y Acuerdos de Alcance Parcial) en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); y los 14 Tratados de Libre Comercio (TLC), con 50 países (Secretaría de Relaciones exteriores, 2023); además, México participa activamente en organismos y foros multilaterales y regionales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Mecanismo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la ALADI; en este gran volumen donde puede aplicarse de formas diversa la CNMF, que deberá ser establecida texto por texto de lo All; sin dejar de mencionar los tratados referencia, que los mexicanos, en calidad de inversores, podríamos invocar como un trato más favorable que otro tercero, diversos a los celebrados con los estados partes, para la resolución de las controversias de arbitraje en el extranjero con ventaja en jurisdicción de los mexicanos inversionistas.

5. CONCLUSIONES:

El estudio del alcance de los derechos adjetivos mediante la CNMF, en el Derecho Internacional de las Inversiones, no es un tema nuevo, mucho menos acabado respecto de su interpretación y aplicación, pues al tomarse el concepto del Derecho Internacional Comercial, fue extrapolado sin tener los mismos efectos; en ese sentido la búsqueda de interpretación conforme y principios de aplicación, data desde el mismo momento en que se celebró el primer BIT a finales de 1950; posteriormente el histórico caso *Ambiatelos* de 1956; y los trabajos de la Comisión de Derecho Internacion-

al, que culminaron con el documento “Proyectos de los Artículos de la CNMF, de 1978”.

En la actualidad los criterios sobre la CNMF apuntan inequívocamente a la importancia de la redacción e interpretación de esta, *tratado por tratado*.

Solo pocos autores opinan lo contrario, respecto de una interpretación homogénea aplicable para todos los Tratados de Inversión, lo que traería consigo no una unificación sino un caos, pues se dejaría de lado la voluntad de las partes en ejercicio de su soberanía y se establecerían menores o mayores beneficios sin que estuviera en su poder la decisión misma, afectando la independencia en la toma de decisiones de políticas necesarias para un país.

Del mismo modo, otros autores apuntan a la creación de un organismo de apelación que pueda reconsiderar las decisiones arbitrales, tal como la OMC lleva a cabo la apelación de las controversias comerciales, donde si existe unificación de criterios; pero de nuevo se dejaría de lado la naturaleza de la inversión, que no forma parte del derecho internacional consuetudinario, sino que se obliga a lo particularmente pactado y cuyo incumplimiento, o discriminación injustificada de aplicación de políticas públicas en contra de una inversión determinada tiene consecuencias alarmantes, tales como las reclamaciones y posteriores juicios arbitrales inversor- Estado con costos iniciales para las partes demandante (Inversor) y demandado (Estado) que van desde 1 millón USD, que representa el piso para los arbitrajes del CIADI, debido a los altos costos de los tribunales arbitrales del CIADI; y los costos

pueden ser significativamente mayores dependiendo de la firma de abogados que representa al inversionista estatal o extranjero, sin contar las cantidades que resulten por daños en la resolución del laudo arbitral, que pueden afectar gravemente a la administración y funciones públicas del Estado parte.

Por lo que, atendiendo a los Estados, que son las partes que negocian y celebran la creación de los Tratado de Inversión y los Tratados de Libre Comercio, en libertad de su soberanía, mediante la voluntad de las partes celebrantes, serán estos mismos, quienes tienen en sus manos el futuro de las presentes y futuras controversias sobre alcance de derechos adjetivos mediante la CNMF.

Pues como se advierte del último APPRI celebrado por México en junio del año 2021, *México-Hong Kong*, la tendencia es a imponer mayores restricciones recíprocas entre los Estados respecto de la CNMF en la atracción de derechos adjetivos, dejando su aplicación exclusivamente a derechos subjetivos y a ciertas materias.

5. TRABAJOS CITADOS:

- Batinfort, S. and Heath, J. B. (2018). The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization (December 31, 2017). *111 American Journal of International Law* 873 Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3063009> [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
- García Corona, I. G. (2013). La cláusula de la nación más favorecida (CNMF o MFNC) en el derecho de las inversiones. En Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. pp.149-213. [Recupera-

- do el 05 de noviembre de 2022]. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/33759>
- Herrera Ramírez, V. (2009). Efectos sorpresivos de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) en materia de inversiones extranjeras. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 9(16), 41-56. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89532009000100004&lng=en&tlng=es. [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- Riquelme, C. (2018). Consolidando la política de inversiones por medio de la Cláusula de Nación más Favorecida en los Tratados Internacionales de Inversión. *Estudios Internacionales*, 50(189), 121–148. <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2018.49063> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- Schill, S. (2017). MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath. *American Journal of International Law*, 111(4), 914-935. Doi: 10.1017/ajil.2017.94 [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
- Thulasidhass, PR. (2015) Most-Favoured Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles. *Amsterdam Law Forum*, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 3-24, July. ISSN 1876-8156. < <https://amsterdamlawforum.org/articles/10.37974/ALF.272/galley/401/download/>. > [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
2007. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (2006) Award in the Proceeding Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. (Claimants) and the Hashemite Kingdom of Jordan (Respondent) (ICSID Case No. ARB/02/13), January 31, 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0737.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (2008) Award in the Proceeding Plarna Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), August 27, 2008. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (2006) Award in the Telenor Mobile Communications A.S. (Claimant) and The Republic of Hungary (Respondent) (ICSID Case No. ARB/04/15), September 13, 2006. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0858.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- United Nations (2006) Reports of International Arbitral Awards. The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) 6 March 1956, volume XII pp. 83-153. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].

Laudos Arbitrales inversor-Estado:

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Washington, D.C. (2000) en el procedimiento entre Emilio Agustín Maffezini (demandante) y el Reino de España (demandado). Laudo, caso no. arb/97/7, 13 de noviembre 2000. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0482.pdf> [Recuperado el 06 de noviembre de 2022].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes Washington, D.C. (2007) Award in the Proceeding Between Siemens A.G. (Claimant) and The Argentine Republic (Respondent) ICSID Case No. ARB/02/8, February 6,

Organismos Internacionales e instrumentos Internacionales:

- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2022) Informe sobre las inversiones del mundo 2021. [Recuperado el 6 noviembre 2022] https://unctad.org/system/files/official-document/wir2022_overview_es.pdf
- OECD (2019), OECD Codes of Liberalisation: User's Guide, www.oecd.org/investment/codes.htm. [Recuperado el 6 noviembre 2022]

- Organización Mundial Del Comercio (2023). Los principios del sistema de comercio. [Recuperado el 27 de enero de 2023]. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm
- Organización Mundial Del Comercio (1947) Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm#article1 [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
- Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional (2015) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional – Grupo de Estudio sobre la cláusula de la nación más favorecida Informe final. Vol. II, Parte 2, pp 97-125. United Nation i-Library. Fecha de la publicación: diciembre 2020. DOI: <https://doi.org/10.18356/9789210475587c015> [Recuperado el 05 de noviembre de 2022].
- Naciones Unidas (1969) Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 23 de mayo de 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5bd791df4.html> [Recuperado el 6 noviembre 2022]
- Secretaría de Relaciones exteriores (2023) Comercio Exterior, Países con Tratados y Acuerdos firmados con México. [Recuperado el 27 de enero 2023] <https://www.gob.mx/se/acciones-y-programas/comercio-exterior-paises-con-tratados-y-acuerdos-firmados-con-mexico?state=published>
- United Nations, International Law Commission (1978) Final Draft Articles on Most Favored Nation Clauses, 30 session. [Recuperado el 05 de noviembre de 2022]. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf
- https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=20/08/1998#gsc.tab=0
- Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República (2018) Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en la ciudad de Dubái, el diecinueve de enero de dos mil dieciséis. DOF: 24/01/2018 [Recuperado el 05 de noviembre de 2022]. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5511240&fecha=24/01/2018#gsc.tab=0
- (Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República, 2021) Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Davos, Suiza, el veintitrés de enero de dos mil veinte. DOF: 11/06/2021 [Recuperado el 06 de noviembre de 2022]. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5620947&fecha=11/06/2021#gsc.tab=0

APPRI'S celebrados por México:

- Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República (1998) Decreto Promulgatorio del Acuerdo entre los Estados Unidos Mexicanos y la Confederación Suiza para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. DOF: 20/08/1998 [Recuperado el 05 de noviembre de 2022]. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4890507&fe-

