

08

LA CLÁUSULA NACIÓN

**MÁS FAVORECIDA EN LOS ACUERDOS BILATERALES DE INVERSIÓN CUBANOS. ACTUALIDAD Y
PERSPECTIVAS**

**THE MOST FAVORED NATION CLAUSE IN CUBAN BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS: PRESENT
AND PERSPECTIVES**

Yanitza Zaldívar-Rodríguez¹

E-mail: yanitzazaldivarodriguez@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0413-5987>

¹ Universidad de Holguín. Cuba.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Zaldívar-Rodríguez, Y. (2025). La cláusula nación más favorecida en los acuerdos bilaterales de inversión cubanos. Actualidad y perspectivas. *Revista Transdisciplinaria de Estudios Sociales y Tecnológicos*, 5(2), 72-81.

Fecha de presentación: 02/03/2025

Fecha de aceptación: 30/03/2025

Fecha de publicación: 01/05/2025

RESUMEN

El estudio de la cláusula de la nación más favorecida de los tratados bilaterales de inversión suscritos por Cuba, se presenta hoy como un tema pertinente y necesario. Este principio obliga a los Estados a otorgarle, tanto a los inversionistas extranjeros como a sus inversiones, el trato más favorable en cuestiones materiales y quedó acordado desde el primer acuerdo suscrito entre el Estado cubano y el gobierno de la República Italiana en el año 1993, haciéndose presente aunque de muy variadas formas en todos los tratados bilaterales de inversión concertados hasta la actualidad. Del análisis de esta cláusula se identificaron las principales deficiencias teóricas y normativas que pudieran colocar al Estado en situación de vulnerabilidad ante un eventual arbitraje de inversión, por lo que el objetivo del presente trabajo radica en formular presupuestos teóricos para el perfeccionamiento de este estándar en los acuerdos bilaterales de inversión concertados por Cuba. Los métodos empleados fueron el análisis-síntesis, inductivo-deductivo, el análisis histórico-jurídico, análisis teórico-jurídico y el exegético-jurídico. La investigación se realizó a partir del análisis de documentos y la revisión bibliográfica, los que posibilitaron el análisis crítico y la toma de posiciones teóricas respecto a la institución estudiada.

Palabras clave:

Tratados bilaterales de inversión, cláusula de la nación más favorecida, presupuestos teóricos.

ABSTRACT

The study of the most favored nation clause in bilateral investment treaties signed by Cuba is now a pertinent and necessary topic. This principle obliges States to grant both foreign investors and their investments the most favorable treatment in material matters. It was established from the first agreement signed between the Cuban State and the government of the Italian Republic in 1993, and is present, albeit in very varied forms, in all bilateral investment treaties concluded to date. The analysis of this clause identified the main theoretical and normative deficiencies that could place the State in a vulnerable situation in the event of a potential investment arbitration. Therefore, the objective of this work is to formulate theoretical prerequisites for perfecting this standard in bilateral investment agreements concluded by Cuba. The methods employed were analysis-synthesis, inductive-deductive, historical-legal analysis, theoretical-legal analysis, and exegetical-legal analysis. The research was conducted through document analysis and a bibliographic review, which enabled critical analysis and the adoption of theoretical positions regarding the institution studied.

Keywords:

Bilateral investment protection agreements, most favored nation clause, theoretical budgets.

INTRODUCCIÓN

Las investigaciones sobre el sentido y alcance de la cláusula de la nación más favorecida (CNMF) de los tratados bilaterales de inversión (TBI) o acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRIs), se tornan cada día más pertinentes, sobre todo en el marco de las relaciones económicas y comerciales interestatales. Así pues, la práctica cubana en la suscripción de este tipo de acuerdos contenido de la misma, se inició en la década de los noventa del siglo pasado (Suárez, 2022), con la firma del acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el gobierno de la República Italiana y el gobierno de la República de Cuba, el 7 de mayo de 1993, sucediéndole la firma de 62 tratados más, 52 de ellos concertados hasta el año 2000 y 11 con posterioridad a esa fecha.

No es casual que en esta década el Estado se haya sumado al movimiento de países suscriptores de este tipo de acuerdos, pues el período estuvo caracterizado por los ingentes esfuerzos realizados por el gobierno con el objetivo de reinsertarse en el mercado internacional, después de treinta años de estrechos vínculos económicos y financieros con el desaparecido bloque socialista y la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

El panorama nacional no era alentador: con una economía descapitalizada que afectó profundamente los sectores industriales, la falta de materias primas y la imperiosa necesidad de una reconversión industrial para poder insertar a la Isla en mercados cada vez más globalizados y neoliberales, una infraestructura productiva sometida a fuertes presiones, con medios de producción deteriorados y sin sustitución posible a corto y mediano plazo, que unido a las insuficiencias en su mantenimiento y la sobre explotación, fueron algunos de los factores que presionaron a favor de la búsqueda de soluciones emergentes.

Es por ello que entre las medidas adoptadas estuvo el sometimiento gradual y selectivo a un proceso de apertura a la inversión extranjera directa, para la atracción de financiamientos externos y con esta la suscripción de tratados bilaterales de inversión, como garantía adicional de protección al inversor extranjero. Hasta la fecha Cuba ha rubricado 63 APPRIs, aunque un análisis general revela que solo 42 acuerdos se encuentran en vigor. Con respecto a la estructura, se pueden constatar diferencias notorias en su arquitectura. Este diseño tan dispar entre uno y otro tratado, pudiera estar motivado por la falta de experiencia, ab origine, de los protagonistas que intervinieron en la gestación de los mismos. Como consecuencia, los APPRIs firmados por Cuba carecen de uniformidad y siguiendo a Mendoza (2012), de un modelo cubano, que anteceda su negociación.

Tampoco es posible enmarcarlos en algunos de los modelos existentes, debido a las atipicidades que presentan,

aunque los primeros tratados suscritos con Italia y Rusia, denotan cierto acercamiento al denominado modelo europeo de tratados bilaterales de inversión. Lo cierto es que cada acuerdo fue adquiriendo las características e intereses propios del momento histórico en que fueron concertados y fieles a su naturaleza, contienen un número considerable de obligaciones para el país receptor y derechos a favor de los inversionistas. En adición, a pesar de que se está en presencia de tratados “bilaterales”, en la práctica la mayoría de los acuerdos cubanos se mueven en una sola dirección: hacia la protección del capital foráneo debido a la escasa actividad inversionista del país en el exterior.

Los estándares que pueden identificarse en los acuerdos bilaterales de protección de inversiones cubanos son los siguientes: la definición de inversión extranjera, el trato nacional, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, el trato de la nación más favorecida y los mecanismos de solución de controversias. No obstante, en algunos de estos instrumentos internacionales se hace complejo identificar ciertas cláusulas, debido a las diversas formas en las que pueden ser plasmadas, como es el caso de la cláusula de la nación más favorecida que constituye el objeto de esta investigación.

Este estándar consiste, en sentido general, en una disposición del tratado en virtud de la cual el Estado contrae respecto de otro Estado, la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida. Ahora bien, las múltiples formas en las que pueden ser redactadas las CNMF, abrió una brecha en el proceso de interpretación y determinación de su sentido y alcance. Si bien estas cláusulas fueron concebidas para asuntos sustantivos, hoy cabe la posibilidad de hacerlas extensivas a los mecanismos de resolución de conflictos de un tercer tratado. De esta manera, un inversionista beneficiario de este principio puede lograr el acceso a una vía de solución de controversias distinta a la concertada por las partes contratantes, sorteando los límites jurisdiccionales acordados por los Estados, lo que pudiera colocar a este último en situación de vulnerabilidad ante un eventual arbitraje de inversión.

Lo antes expuesto generó en el Derecho internacional complejas disquisiciones teóricas y prácticas (Cole, 2012; Riquelme, 2018; Dolzer et al., 2022). En lo que respecta a Cuba, el estudio de esta institución es escaso (Velázquez, 2015; Mendoza, 2020; Zaldívar, 2023), las investigaciones solo se han limitado al examen de la cláusula como estándar relativo de protección, sin abordar suficientemente la trascendencia a los mecanismos de solución de controversias, enfoque que se trata en este material. Lo anterior motiva el examen de una arista de esta temática, la que se centra en analizar la cláusula de la nación más favorecida de los tratados bilaterales de inversión suscritos por Cuba, para sobre la base de las

deficiencias detectadas formular presupuestos teóricos que coadyuven a su perfeccionamiento.

METODOLOGÍA

Para llevar a cabo esta investigación se emplearon como métodos fundamentales, los generales de la ciencia en las investigaciones teóricas. Se señala la utilización del análisis-síntesis y el inductivo-deductivo, empleados durante toda la investigación, los que posibilitaron una valoración teórica de la institución y la conformación de presupuestos teóricos para el perfeccionamiento de la cláusula de la nación más favorecida de los tratados bilaterales de inversión rubricados por Cuba.

Por otro lado, se utilizaron métodos específicos de las investigaciones jurídicas como el análisis histórico-jurídico, necesario en el estudio de las principales posiciones doctrinales y la evolución normativa de este estándar. El análisis teórico-jurídico posibilitó el examen de este principio particularizando en su operación e interpretación, para lograr la conformación del basamento teórico conceptual, al objeto de construir los presupuestos teóricos que constituyen el aporte fundamental de la investigación. Por su parte el método exegético-jurídico, permitió el estudio de la cláusula y su regulación en los tratados bilaterales de inversión cubanos, lográndose un diagnóstico sobre la institución en análisis, que abarcó la calidad del lenguaje en la que se encuentra redactada, el ámbito de aplicación y la identificación de deficiencias.

La investigación se realizó además a partir de la revisión bibliográfica, lo que permitió valorar la bibliografía que se consultó para el tema así como sus principales exponentes. Además, se tuvo en cuenta el análisis de documentos, sobre todo de informes y disposiciones relativos a la cláusula de la nación más favorecida emitidos por diferentes organismos internacionales.

DESARROLLO

La cláusula de la nación más favorecida de los acuerdos bilaterales de protección de inversiones cubanos, se encuentra prevista en artículos denominados “tratamiento a las inversiones”, “promoción y protección de las inversiones”, “tratamiento nacional y de nación más favorecida”, “tratamiento de la nación más favorecida”, entre otros. A pesar de la obligación común del trato nación más favorecida en estos acuerdos, la forma de expresarlo varía. En algunos tratados, la cláusula incluye tanto la obligación de otorgar un trato nación más favorecida, como la de conceder un trato nacional. Otros la vinculan al compromiso de trato justo y equitativo. En varios acuerdos se mezclan los diferentes tipos de obligación en una única cláusula y solo en un grupo reducido se posiciona como un estándar autónomo.

Esta gran variedad en la que ha sido acordada la cláusula, resulta consecuente con la práctica internacional (Zaldívar, 2023), empero se hace necesario detenernos en el análisis de los términos utilizados para su redacción, lo que permitirá definir sus límites convencionales. De los 42 APPRIs en vigor, en varios la cláusula aparece redactada de la forma que prevé “un trato no menos favorable” al inversor y sus inversiones, sin que se precise qué se puede entender por “trato” conforme al tratado. Así lo confirma por ejemplo, el Acuerdo entre el gobierno de la República Argentina y el gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, en el artículo 3, apartado 2, previsto en los términos que siguen: “Cada Parte Contratante acordará a las inversiones y a las ganancias de inversores de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el otorgado a las inversiones y ganancias de inversores de terceros Estados.”

Esta forma de redacción de las CNMF es conocida como general o típica de los tratados bilaterales de inversión. En la práctica el no poder determinar con claridad e inequívocamente qué se entiende realmente por este término según el tratado base, le ha dejado más de un sin-sabor tanto a los inversionistas, a la hora de probar que han sido víctimas de un tratamiento menos favorable que el recibido por otros inversores en el Estado receptor de su inversión, como a estos últimos, sobre todo cuando lo que se ha pretendido es hacer extensivo el trato a las vías de solución de conflictos del tratado. Por tal razón, en dependencia del tribunal arbitral suelen ser interpretadas de forma muy amplia o restrictiva.

Las CNMF regulan además, como excepciones a la obligación de otorgar el trato nación más favorecida, aquellos beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegios provenientes de uniones aduaneras, zonas francas, mercado común, unión monetaria, convenios para evitar la doble imposición u otros acuerdos sobre asuntos tributarios, así como cualquier otra forma de organización económica regional de las cuales las Partes Contratantes sean miembros.

Este estándar fue concebido en sus inicios para atraer beneficios sustantivos de tratados de referencia y eliminar la discriminación entre inversores por concepto de nacionalidad, y no cabe dudas que bajo ese prisma se acordó en los tratados cubanos, de ahí que no resulte cuestionable que entre las excepciones al tratamiento más favorable, no consten las disposiciones relativas a la solución de controversias.

Tras el emblemático caso *Maffezini vs. España*, el que abrió un nuevo sendero en el análisis interpretativo de este estándar (González, 2009), algunos tribunales arbitrales en presencia de CNMF con similar redacción a la analizada, se pronunciaron a favor de la inclusión de las

vías de solución de controversias dentro del ámbito de aplicación de la cláusula, amparados en el principio *expressio unius est exclusio alterius*. Por medio de este principio, si las Partes acordaron excepciones al uso de la cláusula, todas aquellas cuestiones que no fueron exceptuadas se consideran parte del ámbito de aplicación de la misma, como es el caso de los mecanismos de solución de conflictos. Es por ello que resulta importante que las partes del tratado base conozcan con exactitud cuál es el concepto adoptado de “trato” y hasta qué cuestiones pueden o no hacer extensivo el mismo.

En el caso de Cuba, se considera que esta forma de redacción en la que se prevé “un trato no menos favorable” al inversor y sus inversiones, debería repensarse de caras al actual escenario arbitral internacional, en el sentido de excluir expresa y diáfananamente del trato más favorable, los aspectos jurisdiccionales y de esta manera eliminar cualquier posibilidad de ampliación de su ámbito de aplicación. Lo antes expuesto sería muy saludable, si se toma en consideración que en algunas de estas cláusulas, se incluyen otros calificativos que pudieran generar de igual forma un análisis expansivo del alcance del trato que se otorga.

Así se ubica en este primer grupo de tratados el conve-nido con Qatar, con independencia de que en el acuerdo en cuestión la formulación de la CNMF presenta algunas variaciones. Su particularidad consiste en hacer extensivo el “trato”, no solo a la inversión, sino a las “actividades asociadas” a esta, lo que supone una ampliación del ámbito de protección acordado por los Estados partes. Lo anterior representa una grieta que bien pudiera aprovechar la jurisprudencia arbitral, para incluir compromisos procesales.

Otro tipo de obligación presente en estas cláusulas, son aquellas en la que el trato ha sido acordado con relación a determinados aspectos del proceso de inversión. De esta manera solo operan en lo relativo a la “gestión, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las inversiones”. Este es el caso de los APPRI rubricados con Laos, Cabo Verde, Barbados y Trinidad y Tobago, en los que *prima facie*, pudiera aseverarse que se define con mayor exactitud el alcance de este estándar. Contrario a lo que sugiere el significado corriente de la expresión anterior, algunos tribunales arbitrales ante cláusulas similares, han realizado una interpretación extensiva, por considerarlas suficientemente amplias como para abarcar los mecanismos de solución de controversias.

Unido a lo antes expuesto, en el caso específico de los acuerdos con Cabo Verde, Mongolia y Barbados, existe una particularidad que merece especial atención en el análisis y es el hecho de incluir un párrafo en el que de forma clara e inequívoca las partes consienten en extender el ámbito de aplicación de la CNMF a los mecanismos

de solución de diferencias. A modo de ejemplo se cita el artículo 3, párrafos 2 y 3 del APPRI Cuba-Mongolia que refiere:

2. Ninguna de las Partes Contratantes someterá, en el ámbito de su territorio, a las personas naturales o jurídicas de la otra Parte Contratante en lo referente a la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de sus inversiones, a un tratamiento menos favorable que el que la misma acuerda para sus propias personas naturales o jurídicas o para las personas naturales o jurídicas de un tercer Estado.

3. Al efecto de evitar cualquier duda, se confirma que las inversiones o utilidades de personas naturales o jurídicas a las que se hace referencia en los párrafos 1 y 2 anteriores, son aquellas regidas por la legislación nacional que ampara la inversión extranjera, y que el tratamiento estipulado es aplicable a las disposiciones de los Artículos 1 al 11 del presente Acuerdo.

Como puede apreciarse en el apartado tercero del precitado artículo, las partes esclarecen que el trato otorgado en los párrafos 1 y 2, se hace extensivo a los artículos del 1 al 11 del tratado, por lo que la conciliación de las controversias entre un inversionista y una Parte Contratante prevista en el artículo 8 de este acuerdo, queda implícita en el ámbito de aplicación de la CNMF. Luego no hay dudas que la formulación de este tipo de cláusulas es más amplia, tampoco se deja margen a equívocos sobre el consentimiento de las partes en abarcar la cláusula arbitral del acuerdo y es evidente, por último, que esta clase de redacción no admite problemas de interpretación alguna.

Otros acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones que extienden expresa e inequívocamente el beneficio del trato nación más favorecida a la cláusula de solución de controversias, son los concertados con Sudáfrica y Turquía, a pesar de que la cláusula en ellos implícita no califique el trato que debe recibirse con remisión a la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las inversiones.

Ahora bien, estas cláusulas constituyen un beneficio adicional para los inversores extranjeros (García, 2013), toda vez que les permite importar un foro arbitral distinto al pactado en el tratado base, sorteando los límites jurisdiccionales acordados por los Estados. Además, en este punto cabría la posibilidad de que los inversores extranjeros interesaran atraer aquella parte de la cláusula de solución de conflictos del tratado referencia, que más los beneficie y no la totalidad del régimen de solución de controversias. Siguiendo con el análisis, otra de las formas de redacción de las CNMF es a través de su vínculo con obligaciones concretas del tratado, como el trato justo y equitativo. En los acuerdos concertados con Malasia y Laos, las partes firmantes se comprometen a otorgar un trato justo y equitativo tanto a las inversiones

como a los inversionistas, trato que no deberá ser menos favorable que el acordado para sus propios inversionistas o el otorgado a inversionistas de un tercer Estado. En estos acuerdos se combinan en una misma cláusula, tres estándares sustantivos de particular importancia, el trato justo y equitativo, el trato nacional y el trato de nación más favorecida y resalta a la vista el hecho de que se haga depender un estándar absoluto como el trato justo y equitativo, de estándares relativos.

De esta forma, un principio que en teoría no debería verse afectado por el trato que se les ofrezca a otros inversionistas o sus inversiones, se encuentra supeditado a los anteriores elementos de comparación. Así, aunque el análisis de la cláusula en general transite por el trato justo y equitativo, el trato nación más favorecida constituye una “base” para aplicar de forma óptima este principio.

Por último, en algunas cláusulas está presente la obligación de otorgar el trato a los inversionistas o las inversiones, que se encuentren en “circunstancias similares” o en “situaciones similares”, a las de la comparación. A tono con la experiencia internacional, la incorporación de este tipo de expresiones limitantes en las cláusulas de la nación más favorecida, hasta la fecha no ha generado conflictos de interpretación sobre su posible aplicación a las disposiciones de solución de controversias. Su fundamento pudiera radicar en la interpretación del principio *ejusdem generis*, no obstante estas expresiones sí arrojan ciertas luces al momento de comparar a los inversores y sus inversiones, con respecto al alcance de los derechos que pudieran exigir en virtud del trato nacional, lo cual resulta útil en sus relaciones con terceros.

Como se observa, las CNMF de los tratados bilaterales de inversión cubanos no asumen un modelo único en su formulación, por el contrario, adoptan las más variadas formas de redacción. A pesar de ello se pueden distinguir con claridad dos tipos de cláusulas: aquellas que incluyen expresamente dentro de su alcance, las vías de solución de controversias y las que no mencionan si los mecanismos de resolución de conflictos están o no implícitos en su ámbito de aplicación. Estas últimas son las que han provocado en el escenario internacional, los más diversos enfoques interpretativos por parte de los tribunales de arbitraje. Lo antes mencionado se encuentra en total correspondencia con la práctica internacional, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (2021), vislumbrándose los mismos peligros e incertidumbres que para los intereses de los Estados acarrearía un uso abusivo del referido estándar.

Extensión de la cláusula de la nación más favorecida a los aspectos jurisdiccionales

Una idea que ha guiado el curso de este trabajo es justamente el hecho de que la cláusula NMF en el Derecho

internacional de las inversiones, ha sido concebida para asuntos sustantivos y no para ser extendida a los aspectos jurisdiccionales. Por lo que intentaremos darle respuesta al cuestionamiento relacionado con la posibilidad o no de hacer extensivo este estándar a los mecanismos de solución de controversias, aprovechando la cobertura que brinda la redacción de la cláusula en los APPRIs cubanos.

En este tenor, la cláusula de solución de controversias de los TBI suscritos por Cuba, al igual que en la gran mayoría de los tratados bilaterales de inversión, regula dos tipos de conflictos: aquellos que puedan suscitarse entre los Estados contratantes (Estado-Estado) y los que se generen entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista de la otra parte (inversionista-Estado). Teniendo en cuenta que el primero de estos conflictos excede el objeto de estudio de la investigación, el análisis se centrará en el conflicto inversionista-Estado y su correspondiente mecanismo de solución de controversias.

Es fácil apreciar que las cláusulas de foro han sido disparmente acordadas. Como norma general, contemplan un período de espera (*waiting period* o *cooling off*) o fase de negociaciones que oscila entre los 180 días. Este término puede ser menor, por ejemplo en los tratados con Barbados, Chile, Suiza, Belice, Guatemala y Mongolia, se conciben tres meses para negociar, mientras que en el APPRI con Venezuela, no se pacta plazo alguno. A pesar de las diferencias en los períodos acordados, el objetivo del *cooling off* es el mismo, pues se reserva para que las partes puedan arreglar sus diferencias de forma amistosa, pacífica y extrajudicial.

Transcurrido este lapso de tiempo y en ausencia de un acuerdo satisfactorio entre las partes involucradas, el inversionista a su elección podrá someter la controversia a los tribunales nacionales, lo que en la práctica no sucede, o a una instancia de arbitraje internacional. Cabe señalar que para el caso específico del APPRI Cuba-Rusia, además de los tribunales nacionales, los inversores podrán acudir al arbitraje competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, como otro foro alternativo dentro de la jurisdicción nacional. En el caso cubano este espacio le está reservado a la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional. En este mismo sentido, en algunos acuerdos antes de apelar a los distintos foros internacionales, se establece como requisito de procedimiento la renuncia expresa del inversor al agotamiento de todos los procedimientos administrativos y judiciales internos.

Así por ejemplo, el APPRI Cuba-Chile lo consigna que cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia pueda ser sometida a este arbitraje. Para estos efectos las partes renuncian a exigir el agotamiento de recursos judiciales

internos. Este requisito previsto en algunos APPRI en la práctica puede ser simplificado al acceso directo al arbitraje internacional, a través del juego de la cláusula de la nación más favorecida. Como se aprecia, el inversor extranjero tiene el derecho de elegir en qué foro dirimirá su controversia, facultad que advierte la existencia de una cláusula de bifurcación o como también es conocida *fork in the road*. Esta fórmula es a la que Cuba se afilia e impone la elección de uno de estos procedimientos, el que tendrá carácter definitivo e irrevocable. De esta manera se impide o por lo menos se limitan las posibilidades, de que se desarrollen en torno a una misma disputa, varios procesos en foros diferentes.

Lo cierto es que hasta la fecha, con respecto a esta fase de negociaciones, no se ha suscitado ningún conflicto que involucre el uso de la CNMF del tratado base para intentar atraer una cláusula más benéfica de algún tercer tratado. Los mayores litigios han acontecido cuando se ha intentado utilizar la cláusula NMF, para evitar el cumplimiento de un período de espera determinado en combinación con el sometimiento de la controversia a los tribunales nacionales.

En el caso de los APPRI suscritos por el país, con independencia de que el inversionista extranjero pueda elegir el foro de solución de controversias de entre los previstos en el tratado base, por lo que no queda obligado a la jurisdicción nacional, este bien pudiera mostrarse inconforme con el período de negociaciones amistosas concertado. En tal sentido, como esta fase ha sido acordada de forma heterogénea en los distintos acuerdos, el inversor pudiera modificarla legitimado por el uso de la CNMF. Y este es otro ejemplo sencillo de cómo puede operar la cláusula de la nación más favorecida en los diferentes estándares y cómo el inversionista extranjero puede escoger de cada APPRI de los suscritos entre el Estado anfitrión y un tercer Estado, el que mejores condiciones represente para su inversión.

Siguiendo el análisis y retomando lo planteado líneas arriba, una vez discurrido el término reservado al *cooling off*, en caso que el inversor optara por someter la controversia a los tribunales nacionales, lo que bien podría ser interpretado como un acto de confianza en el sistema judicial cubano, que contribuiría a reforzar la soberanía estatal, estos litigios serán conocidos y resueltos por las salas de justicia encargadas de los asuntos mercantiles en los Tribunales Provinciales Populares que corresponda.

Si por el contrario, como fuera comentado *ut supra* en virtud de lo acordado en el APPRI Cuba-Rusia, la alternativa escogida por los inversionistas extranjeros fuera el arbitraje competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, en el país se estaría planteando el asunto ante la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.

Pudiera pensarse que en cumplimiento de la cláusula de bifurcación, una vez elegido los tribunales de la jurisdicción ordinaria o el arbitraje competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, quedaría excluido el arbitraje internacional de las opciones que tiene el inversionista extranjero para arreglar sus diferencias. Sin embargo, una vez concluido el proceso y ante un resultado contrario a las expectativas del inversor, este puede acudir a cortes internacionales ante supuestos de denegación de justicia, fallos discriminatorios o contrarios a derecho, violación del debido proceso por demoras injustificadas, no cumplimiento de las formalidades legales, entre otras pretensiones. Es evidente luego, la fragilidad de la jurisdicción nacional como parte del mecanismo de resolución de conflictos inversor-Estado.

En este orden, si la opción escogida por los inversionistas extranjeros fuera el arbitraje internacional, que es lo que en la práctica sucede, en los APPRI cubanos se prevén un abanico de posibilidades. No obstante, entre los principales foros arbitrales pactados se encuentran la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París y los Tribunales arbitrales *ad hoc*.

Con respecto a la Corte de Arbitraje de la CCI, actualmente es la institución privada de arbitraje de mayor alcance y se especializa fundamentalmente en la solución de diferencias comerciales internacionales y en menor medida, en la resolución de conflictos de naturaleza mixta como los de inversión extranjera. Esta institución asegura la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CCI, Reglamento que es de los más utilizados en el mundo y que fuera modificado el 1 de marzo de 2017, dotando a los arbitrajes de la CCI de mayor transparencia, pues la Corte podrá informar un número más amplio de decisiones, siempre que una de las partes así lo solicite.

Precisamente es esta opción institucional la vía más utilizada por los inversionistas extranjeros que operan en el país para resolver sus diferencias y es además una de las que tiene mayor presencia en los acuerdos cubanos. Entre sus fortalezas se encuentra la confidencialidad de los procesos que administra y de los laudos que emite, lo que si bien resulta favorable en el arbitraje comercial internacional, en el seno del arbitraje de inversiones representa un obstáculo, tanto para el interés público, como para la propia sociedad civil con intereses en torno a estos procesos.

Y es que en el caso concreto de este tipo de arbitraje, tradicionalmente ha sido acusado por su falta de transparencia y legitimidad. Lo anterior se evidencia en el carácter confidencial bajo el cual la Corte celebra sus sesiones, la falta de publicidad de los laudos arbitrales y otros documentos procesales, así como la imposibilidad de que terceras partes interesadas, como pudieran ser las organizaciones no gubernamentales presenten sus

propuestas por escrito ante esta institución, por solo citar algunos ejemplos.

Por su parte la opción de los Tribunales arbitrales ad hoc está presente en la mayoría de los APPRI cubanos junto con el arbitraje institucional. Su principal característica es el grado de independencia con respecto a cualquier institución, lo que también representa una debilidad debido a la falta de apoyo institucional, pues son las partes las que tienen que suplir esta función, llegando a acuerdos y nombrando a los árbitros. Esta posibilidad que tienen las partes de designar a los árbitros que dirimirán sus diferencias, ciertamente representa una garantía, pues iguala a las partes en el proceso, genera confianza y determinado grado de neutralidad. Los árbitros por su parte, responderán por la organización del proceso, asumiendo los actos de administración del mismo.

Este tipo de arbitraje puede operar con reglas propias o adoptar las de alguna institución existente, que es lo que sucede en los acuerdos cubanos. Así son acordadas las Reglas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio, el Reglamento de la Corte Permanente de Arbitraje o las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. No obstante, en algunos acuerdos no se precisan las reglas de procedimiento a aplicar en caso de controversias. Por último, al igual que ocurre en el arbitraje de la CCI, la confidencialidad de los procesos y de los laudos arbitrales, al menos en el campo del arbitraje de inversiones, constituye un verdadero obstáculo para el examen de la opinión pública.

Del análisis realizado se pudo confirmar que casi todos los TBI suscritos por Cuba acuerdan dos o tres de estos foros. Un caso sui generis es el Acuerdo de renegociación con Vietnam, en el que se amplían a cinco los foros escogidos por las partes para la resolución de sus conflictos. La disparidad con la que han sido acordados los foros arbitrales, pudiera provocar que un inversionista intente ampliar el alcance de las disposiciones sobre solución de controversias del tratado base, para acogerse a otro mecanismo de resolución de conflictos de un tercer tratado que le sea más favorable a través del uso de la CNMF.

Aquí se evidencia otra de las formas en la que puede operar el principio de NMF en la cláusula arbitral, pues resulta suficiente que al menos un tratado contenga la posibilidad de elección de foro, para que se abran las compuertas al treaty shopping. De esta suerte el inversionista extranjero podrá ir sorteando entre los APPRI que el país tenga firmado con otros Estados, el que contenga la cláusula de solución de controversias que mejor responda a sus intereses.

Algo similar sucede con los APPRI que acordaron los tribunales arbitrales ad hoc, conforme a las Reglas de

Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Este Reglamento consta de tres versiones distintas, la versión de 1976, la versión revisada en 2010, que refleja la evolución del ejercicio arbitral desde su adopción en el año 1976 y la versión de 2013.

Esta última incorporó por referencia el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Reglamento sobre la Transparencia), después de modificar el artículo 1, adicionándole el párrafo 4, al Reglamento de la CNUDMI. Dado que en algunos acuerdos se precisaron el uso del Reglamento de Arbitraje de 1976, otros establecieron el Reglamento que estuviera en vigor al momento del conflicto, mientras que la gran mayoría no determinó qué versión de las Reglas aplicarían bien pudieran utilizarse las vigentes al momento de la controversia.

En los casos que se apliquen las Reglas de Arbitraje en vigor, o sea, el Reglamento de la CNUDMI de 2013, este obliga a observar el Reglamento sobre la Transparencia, que ofrece mayor protección y garantías a los intereses de los inversionistas. Luego, bajo la consideración de que el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, permite una mayor transparencia en el proceso arbitral y constituye una ventaja a favor del inversionista, sería probable que en un APPRI que no lo contemple, puedan ser aplicadas de igual manera a través del principio de la nación más favorecida.

Es por ello que resulta atinado retomar la posición generalmente aceptada por los tribunales arbitrales, en el sentido de que cualquiera que fuera el interés del inversor extranjero en extender la CNMF a las vías de solución de conflictos, esta última tiene que ser considerada como un todo y de tal forma atraída. Es decir, que sería un equívoco intentar importar del tratado de referencia solamente aquella parte de la cláusula que más interese al inversor en lugar del régimen de solución de diferencias completo.

Pese a esta posición, hasta la fecha ningún tribunal arbitral ha permitido un cambio total de régimen procedimental. El hacerlo suplantaría la voluntad de dos Estados soberanos con respecto al régimen jurídico acordado para sus inversiones, por otro régimen previsto en un acuerdo totalmente distinto. Muy por el contrario, lo que sí ha sucedido en la práctica internacional es el traspaso parcial de cierto contenido obligacional de una cláusula arbitral a otra, aspecto que ya ha sido ejemplificado con anterioridad.

Luego, puede afirmarse una idea defendida durante el curso de la investigación, sobre la esencia sustantiva de las disposiciones nación más favorecida en el campo del Derecho internacional de las inversiones. Por lo que se considera que este estándar no debería hacerse

extensivo a los asuntos jurisdiccionales, salvo que fuera la voluntad expresa de los Estados contratantes. La práctica internacional se ha encargado de demostrar las consecuencias negativas, que tanto para inversionistas como para los Estados receptores, ha traído una redacción poco explícita de una disposición NMF.

Por último, las cláusulas de solución de controversias de los APPRI cubanos refieren algunos aspectos relacionados con la constitución del tribunal arbitral, el nombramiento de los árbitros, la entidad nominadora en el supuesto que no se hubiesen efectuado las designaciones necesarias, el pago de las costas procesales, así como el carácter definitivo y vinculante de la decisión arbitral para ambas partes. Con respecto a la ejecución del laudo, este deberá realizarse de conformidad con la legislación nacional de las partes contratantes y en el caso de Cuba además, con total observancia de los compromisos asumidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, lo que incluye la reserva de reciprocidad bajo la cual fue ratificada la Convención de New York.

CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, los tratados bilaterales de inversión cubanos constituyen una garantía adicional para la atracción de inversión extranjera directa al país. Estos acuerdos internacionales ponen a disposición de los inversionistas extranjeros un número considerable de derechos, mientras que reservan para el Estado receptor obligaciones. Entre estas se encuentra el compromiso de brindarles a los inversionistas y sus inversiones, el trato de la nación más favorecida, cláusula de aparente nobleza con fines no discriminatorios, pero cuyo ámbito de aplicación puede alcanzar compromisos no previstos por el Estado en su proceso de concertación.

Luego el análisis del diseño general de los tratados bilaterales de inversión cubanos, con énfasis en la cláusula de la nación más favorecida, posibilitó identificar las principales deficiencias teóricas y normativas presentes en este estándar. Las mismas inciden desfavorablemente no solo en la forma en la que opera en cuestiones materiales, sino que hacen posible la ampliación de las fórmulas jurisdiccionales de los tratados cubanos de inversión. En este tenor estas cláusulas deberían regularse como un estándar autónomo, sin vínculos con otras obligaciones concretas (como el trato nacional y el trato justo y equitativo) y en un artículo cuya denominación haga alusión concretamente al "Trato de Nación más Favorecida". Asimismo deberían adoptar un modelo único en su formulación y los términos que se utilicen en su redacción deben ser claros, explícitos e inequívocos, lo que permitirá determinar con mayor precisión los límites convencionales de la misma.

La inclusión de la expresión "en circunstancias similares" en todas las cláusulas NMF, posibilitará comparar a los inversores y las inversiones, con respecto al alcance de los derechos que pudieran exigir en virtud del trato nación más favorecida en sus relaciones con terceros. De igual manera, la exclusión de aquellas "actividades asociadas" a la inversión, del "trato" que se le conceda a las inversiones de los inversionistas, limitará el ámbito de aplicación de la cláusula al compromiso concreto asumido por el Estado. Por otro lado se debe acordar el "trato más favorable" con relación a determinados aspectos del proceso de inversión (entre los que pudieran encontrarse: la gestión, adquisición, mantenimiento, uso, funcionamiento, administración, disfrute, venta, liquidación u otras disposiciones de las inversiones), lo que permitirá definir con mayor exactitud el alcance de esta cláusula.

Por último, se hace necesario pactar expresamente todos los ámbitos que deban ser excluidos del alcance de la disposición nación más favorecida. Con respecto a las vías para la solución de controversias previstas en el tratado base, deberán ser excluidas expresa y diáfana mente del "trato más favorable" que se les conceda a los inversores y sus inversiones. La excepción anterior podrá redactarse como parte de la cláusula o en una norma aparte que delimite expresamente la aplicación y operación de la misma.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cole, T. (2012). The Boundaries of Most Favored Nation Treatment in International Investment Law. *Michigan Journal of International Law*, 33(3), 537-586. <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol33/iss3/3>
- García Corona, I. G. (2013). *Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González de Cossío, F. (2009). *Arbitraje de inversión*. Porrúa.
- Mendoza Díaz, J. (2012). Arbitraje de inversión. Una mirada desde Cuba. *Revista Cubana de Derecho*, (39), 5-32. https://cuba.vlex.com/source/revista-cubana-de-recho-2615/issue_nbr/%2339
- Mendoza Díaz, J. (2020). Inversión directa de capital en Cuba y arbitraje de inversión. En, C. Esplugues Mota, *Tratado de Inversiones Extranjeras y Arbitraje de Inversiones en Iberoamérica*. (pp. 337-361). Tirant lo Blanch.
- 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>

- Suárez Rodríguez, T. (2022). Los APPRI cubanos y la expropiación indirecta en las inversiones extranjeras. *Revista Cubana de Derecho*, 2(2), 281-316. <https://revista.unjc.cu/index.php/derecho/article/view/151>
- Organización de las Naciones Unidas. (2021). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2021. Invertir en la recuperación sostenible*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_overview_es.pdf
- Velázquez Pérez, R. A. (2015). *Inversiones extranjeras sostenibles: Un análisis alternativo del derecho internacional de inversiones enfocado sobre Cuba*. Bosch.
- Zaldívar Rodríguez, Y. (2023). La cláusula de la nación más favorecida: Un análisis prospectivo. *Revista Santiago*, (160), 175-190. <https://santiago.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/view/5515>