

TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN ARBITRAJE DE INVERSIÓN: UN EJERCICIO INTERPRETATIVO

Francisco González de Cossío*

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	INTERPRETACIÓN TEXTUAL	3
A.	LA LETRA	3
B.	REGULACIÓN VÍA ESTÁNDARES	4
1.	La Preocupación	4
2.	Estándares como un Instrumento de la Técnica Jurídica	5
3.	Estándares v. Reglas: ¿qué es mejor?	7
4.	Tipos de estándares en tratados de inversión	9
5.	Utilización de estándares en tratados de inversión	9
III.	INTERPRETACIÓN HISTÓRICA	10
IV.	INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA: LA NOTA INTERPRETATIVA.....	11
V.	INTERPRETACIÓN EMPÍRICA	13
A.	Introducción.....	13
B.	Arbitrariedad.....	14
C.	Injusticias y abusos.....	16
D.	Expectativas legítimas.....	17
E.	Discriminación	18
F.	Falta de debido proceso.....	18
G.	Denegación de justicia	19
H.	Transparencia	20
I.	Estabilidad	22
J.	Negligencia.....	22
VI.	COMENTARIO FINAL	23

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro y abogado postulante en casos nacionales e internacionales. Profesor de Arbitraje (incluyendo Arbitraje de Inversión), Universidad Iberoamericana y Escuela Libre de Derecho; Coordinador del Comité de Arbitraje de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; representante alterno de México ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; miembro del Comité de Arbitraje y Solución de Controversias del Artículo 2022 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, del Instituto Mexicano del Arbitraje, del *International Arbitration Institute*, del Club Español del Arbitraje y Árbitro de la Corte de Arbitraje Deportivo de Lausanne, Suiza (*Tribunal Arbitral du Sport*). Observaciones bienvenidas a: fgcossio@gdca.com.mx

I. INTRODUCCIÓN

La garantía de trato justo y equitativo prevista en tratados de inversión se ha convertido en la más socorrida, amplia y temida.

Socorrida, pues la mayoría de los procedimientos recientes la involucra. *Amplia*, dado el alcance que empieza a dársele, perfilándola como la que más cobija. Y *temida* dada su abstracción.

El propósito de esta nota es disipar las preocupaciones que ha generado mediante un ejercicio interpretativo.

A primera impresión, el ejercicio podría parecer teórico. Dista de ello. En *Metalclad*¹ México tuvo que pagar casi 17 millones de dólares por una violación *inter alia* dicha garantía. En *Tecmed*² 5.6 millones de dólares. Y en *CMS*³ Argentina fue condenada al pago de 133.2 millones de dólares. Como puede verse, comprender su contenido es importante por razones prácticas.

Para llevar a cabo el ejercicio interpretativo, comenzaré por comentar el tipo de norma, incluyendo el motivo de su abstracción (§II). Luego, se relatarán casos que la han analizado (tanto viejos (§III) como recientes (§IV)), continuando con una interpretación auténtica (§V), para concluir con una observación final (§VI).

¹ Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1. Laudo de agosto de 2000.

² Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2. Laudo de 29 de mayo de 2003.

³ Laudo del 12 de mayo de 2005.

II. INTERPRETACIÓN TEXTUAL

A. LA LETRA

El primer párrafo del artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (“TLCAN”) dice:⁴

Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido **trato justo y equitativo**, así como protección y seguridad plenas.

A primera impresión el texto levanta cejas. ¿Qué significa tratar a alguien ‘justa y equitativamente’? Invito a que el lector reflexione sobre ello un momento. Si cualquiera fuera requerido a evaluar conducta en base a dicho criterio seguramente se preguntaría: ¿qué significa? ¿qué elementos—distintos a los meramente subjetivos—pueden encontrarse para arribar a una determinación que reduzca la subjetividad implícita en la noción? (Evitando que en su *mise en oeuvre* se convierta en ‘justo según yo’).

La interrogante recuerda discusiones filosóficas de pensadores diversos sobre lo que es la justicia y la equidad, lo cual invita preocupación. ¿Cómo es posible que se haya incluido un precepto tan abstracto en un tratado tan importante? Y la preocupación probablemente encontraría alivio en tildarla de aún otro dispositivo del derecho internacional carente de contenido.

La caracterización sería errónea.

⁴ La utilización del artículo 1105 del TLCAN en este estudio es ejemplificativa. Sin embargo, el precepto es utilizado, con variantes, en múltiples tratados de inversión.

B. REGULACIÓN VÍA ESTÁNDARES⁵

La abstracción de las disciplinas en los tratados de inversión ha dado mucho de qué hablar, particularmente para Estados de tradición civilista. El motivo: a diferencia de países de *common law*—quienes se sienten como peces en el agua con ‘estándares’—a los países civilistas les son ajenos. O por lo menos así parece.

1. La Preocupación⁶

Una preocupación del arbitraje de inversión que, si bien no he escuchado a nadie decir, posiblemente esté en proceso de gestación, o es el aspecto que aún no se articula por aquellos críticos de la institución cuando dicen que hay “algo” mal con la misma: *el estándar de revisión bajo el cual se juzga conducta gubernamental bajo tratados de inversión difiere del derecho originalmente aplicable, no sólo en cuanto a **contenido**, sino también **método***. Me explicaré.

México sigue un sistema de tradición civilista. Ello implica que, en general, el derecho mexicano está compuesto por *reglas* y no por *estándares*. Las autoridades mexicanas están acostumbradas a saber cuáles son sus facultades y poderes, así como su alcance, mediante la revisión de cuerpos legislativos que detallan con bastante precisión no sólo *qué* deben hacer, sino *cómo*. Saben que si siguen dichas reglas, su conducta no será tildada de inválida (o inconstitucional).

Las autoridades mexicanas no están acostumbradas a estándares. Cuando observan derecho basado en estándares sienten que no se proporcionan suficientes lineamientos sobre el nivel de escrutinio al cual se someterán sus

⁵ Ver, *Estándares En Arbitraje de Inversión: ¿Choque De Tradiciones?*, Conferencia Foro de Arbitraje en Materia de Inversión (FAMI), UNAM, México DF 19 y 20 de junio de 2008.

⁶ Esta sección se inspira en el estudio que la *Revista de Arbitraje Internacional* publicará bajo el título “Arbitraje de inversión à la mexicaine”.

actos. Esto es en contraste con otros sistemas, notoriamente el consuetudinario (*common law*) y el internacional.

Esta divergencia constituye una fuente de tensión, confusión y crítica que es válida, por lo menos desde la perspectiva de estas autoridades.

Desde la perspectiva de las autoridades mexicanas, dada la ambigüedad de estándares y diferencia de método, qué puede constituir una violación a un tratado de inversión es el resultado de una apreciación totalmente casuista, subjetiva y a 'toro pasado'. En el momento en que ocurren los eventos, no tienen manera de saber quién será el tribunal arbitral que los aquilatará ni su perfil.

Lo anterior no sólo en cuanto al *contenido* del estándar, sino también en cuanto al *método*.

Lo anterior genera la siguiente interrogante: ¿qué hacer? ¿Es ésta diferencia en antecedentes y métodos legales una razón lo suficientemente buena como para desechar todo el mecanismo de arbitraje de inversión?

2. Estándares como un Instrumento de la Técnica Jurídica

Existen cuatro instrumentos que la técnica jurídica provee para regular: las reglas, los principios, los conceptos y los estándares. Los abogados civilistas estamos más familiarizados con las reglas, pues son más propias de los sistemas civiles. Pero los estándares no nos son ajenos—aunque sí excepcionales.

Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad preservando la seguridad que el Derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento

del ‘legislador’ al ‘juzgador’. Para esclarecerlo, lo compararé con aquél con el que estamos más familiarizados: la regla.

Mientras que la regla contiene una hipótesis que, de realizarse, de conformidad con el principio de causalidad, exige una ‘sanción’, el estándar contiene dos elementos: uno *objetivo* y uno *subjetivo*. El *objetivo* es normativo. Es el núcleo del concepto mismo, lo que desea lograr. El *subjetivo* es el ingrediente que el juzgador le incluye. Su experiencia e intuición.

Tomemos algunos ejemplos para ilustrar. Bajo el estándar de “razonabilidad” (*reasonableness*) del common law la rectitud (y licitud) de mucha conducta (v.gr., responsabilidad civil extracontractual (*torts*)) depende de que el juzgador la considere ‘reasonable’. Es decir, acorde con el nivel de cuidado que una persona ‘razonable’ empeñaría. Compárese con nuestra regla: es ilícito aquello que es contrario a una norma de orden público.⁷

Algunos conceptos relacionados son “due care” (debido cuidado) y “negligence” (negligencia) o “fault” (culpa), cuyo contenido—si se me permite una digresión—considero mejor comprendido por la fórmula Hand: existe negligencia cuando el costo de evitar un siniestro es inferior al costo del siniestro (multiplicado por su probabilidad).

Debido proceso (*due process*) es el estándar que el derecho constitucional estadounidense exige de procesos para constituir una válida forma de mermar a alguien de un derecho. Qué es “debido” ha sido interpretado por cientos (si no miles) de casos.

Y también existen ejemplos bajo derecho mexicano. Uno es el principio *bonus pater familias* como estándar de cuidado aplicable al fiduciario, la graduación de la culpa en derecho civil (leve, levísima, grave, gravísima) y el

⁷ Artículo 1830 del Código Civil Federal.

principio de proporcionalidad y equidad en materia impositiva—que está en vías de ser redefinido dada nuestra reciente reforma fiscal.

Como puede observarse, nuestra tradición no es tan ajena a los estándares como podría pensarse.

3. Estándares v. Reglas: ¿qué es mejor?

La respuesta a la pregunta de la sección es contundente: ninguno es superior. Son distintos.

Se trata de dos herramientas que ofrecen ventajas y desventajas, lo cual las hace más adecuadas para ciertas áreas, e inadecuadas para otras. Para ver porqué, comparémoslos.

REGLA	ESTÁNDAR
Hipótesis con requisitos	Concepto que deja espacio de adaptación
Aplicación mecánica	Análisis circunstancial
Razonamiento lógico (deductivo)	Razonamiento intuitivo (experiencia)
Seguridad Jurídica	Mejor respuesta <i>in casu</i>
Justicia Formal	Justicia Sustantiva
Aplicación económica (economiza información)	Aplicación onerosa (requiere mucha información)
Suprime información relevante	Necesita mucha información
Fija	Mutable
Rígida	General y flexible
Inadaptable	Adaptable
Predecibilidad	Difícil de predecir
Facilita planeación	Dificultan planeación estratégica
Exige poco de su aplicador	Exige mucho de su aplicador
Reduce discreción	Da discreción
Rápidamente rebasado por realidad	Se ajusta a cambiante realidad
Función esclarecedora	Función armonizadora
Adopta posturas arbitrarias	Favorece juicio circunstancial
Dinamismo de la realidad genera necesidad de excepciones <i>ad hoc</i>	Evita casuismo
Hace cortes dicotómicos en una realidad continua	Toma en cuenta toda la realidad
Si son numerosas, son difíciles de aprender. Se convierten en trampas	Correctamente diseñado captura intuición sobre conducta y se hace fácil aprender e implementar
Puede ser miope	Puede ser vago
Bueno para dar claridad	Facilita acuerdos en áreas difíciles

Los estándares y las reglas son como cualquier otra herramienta: idóneos para ciertas cosas, inútiles para otras.

Su utilización en tratados de inversión es astuta. La regulación vía regla haría difícil—si no es que imposible—llegar a un acuerdo. El motivo: la políticamente delicada historia de la materia.⁸

4. Tipos de estándares en tratados de inversión

El estándar de trato justo y equitativo es uno de los diversos tipos de estándares que los tratados de inversión con frecuencia contienen. Otros son trato nacional, trato de nación más favorecida, plena protección y seguridad.

Existen dos géneros de estándares sobre trato: contingentes y no-contingentes. Mientras que los primeros son aislados (tienen un contenido propio), el contenido de los segundos se determina no en base a una circunstancia exterior de hecho o de derecho: el tratamiento otorgado a otros.⁹ Los primeros son absolutos, los segundos relativos.

El estándar de trato justo y equitativo es un estándar absoluto. A diferencia de, por ejemplo, el estándar de trato nacional o trato de nación más favorecida (cuya violación depende de aquello con lo que se le compare), tiene un contenido y vida propia. Entenderlo es justamente el propósito de esta nota.

5. Utilización de estándares en tratados de inversión

La regulación vía estándar en tratados de inversión no debe espantar. Es necesaria por tres motivos. Primero, los antecedentes históricos de la disciplina. Segundo, la dificultad de llegar a un acuerdo (vía regla) del trato que debe darse a extranjeros. Tercero, permite mejor adaptación a la (dinámica) realidad.

⁸ Para abundar, véase González de Cossío, *Arbitraje*, México, D.F., Ed. Porrúa, 2004, 2008, pgs. 457 et seq.

⁹ En el caso de trato nacional, el comparador son los nacionales del Estado Anfitrión. En el caso del trato de nación más favorecida, los nacionales de Estados con los que el Estado Anfitrión tenga entablados tratados.

III. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

Dos casos que han involucrado a México son rutinariamente citados como importantes fuentes legales de orientación sobre el nivel de trato que cae dentro de los estándares internacionalmente aceptados: *Neer* y *Roberts*. Ambos casos son producto de la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos establecida en 1924 con la finalidad de resolver reclamaciones que derivaban de la revolución mexicana. Y ambos han sido recientemente recordados al tratar de dar contenido y fronteras al estándar de trato justo y equitativo.

Sucintamente, *Neer*¹⁰ involucró el asesinato de un ciudadano estadounidense (Neer) que era superintendente de una mina en México por un grupo de hombres (no afiliados al gobierno) en camino a su casa después del trabajo. *Roberts*¹¹ versó sobre el tratamiento de un ciudadano estadounidense (Roberts) que fue arrestado por lesiones y encarcelado durante 19 meses en una cárcel pequeña, saturada, sin comodidad/mueble alguno, carente de sanitarios, y en donde la comida era escasa, sucia y soez.

En *Neer* el tribunal aludió al trato que un Estado anfitrión debe a extranjeros en los siguientes términos:

...el trato de un extranjero, para constituir un delito internacional, debe merecer el calificativo de inverosímil, de mala fe, de haber intencionalmente descuidado una regla de cuidado, o versar sobre actos gubernamentales tan cortos de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial fácilmente reconocería su insuficiencia. El que la insuficiencia proceda de una deficiente ejecución de una ley inteligente o del hecho de que las leyes del país no den facultades a las autoridades que sean suficientes para cumplir con los estándares internacionales es irrelevante.¹²

¹⁰ U.S.A. (*L.F. Neer*) v. *United Mexican States*, 15 de octubre de 1926, *Recueil des Sentences Arbitrales* (RIAA), Naciones Unidas, Vol. IV, pg. 60.

¹¹ U.S.A. (*H. Roberts*) v. *United States*, 2 de noviembre de 1926, *Recueil des Sentences Arbitrales* (RIAA), Naciones Unidas, Vol. IV, pg. 77.

¹² Id. pgs. 61 y 62. Las palabras del tribunal fueron "...treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily

En *Roberts* el tribunal aludió también al nivel de trato que un Estado le debe a extranjeros indicando que:¹³

El análisis es, en términos generales, si los extranjeros han sido tratados de conformidad con los estándares ordinarios de la civilización. No deparamos para decir que el trato de Roberts fue tal que amerita una indemnización en base a prisión cruel e inhumana.

Si bien versan sobre protección física de extranjeros (no su patrimonio), los casos son ilustrativos. Más aún, han sido expresamente citados como punto de partida del umbral de trato que el derecho internacional requiere de países civilizados con respecto al trato de extranjeros, extendiéndolo también a su patrimonio.

IV. INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA: LA NOTA INTERPRETATIVA¹⁴

El 31 de julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio emitió una nota interpretativa cuya porción relevante al artículo 1105(1) del TLCAN establece que:

“B. Estándar Mínimo de Tratamiento de conformidad con el Derecho Internacional

1. El artículo 1105(1) prescribe los estándares mínimos que el derecho consuetudinario internacional establece para el tratamiento de extranjeros como el estándar mínimo que debe ser brindado a las inversiones de inversionistas de otra Parte.

2. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional a, o mejor que, aquél que es requerido por el estándar mínimo contenido en el derecho consuetudinario internacional para el tratamiento de extranjeros.

recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.”

¹³ Roberts, id. pg. 80. (“That test is, broadly speaking, whether aliens are treated in accordance with ordinary standards of civilization. We do not hesitate to say that the treatment of Roberts was such as to warrant an indemnity on the ground of cruel and inhumane imprisonment.”)

¹⁴ Es de admitirse que la calificación de interpretación ‘auténtica’ puede ser cuestionada. El motivo es que la interpretación auténtica es la que hace el legislador. El motivo por el que la uso obedece a que es una interpretación proveniente de las mismas partes que celebraron el pacto internacional.

3. Una determinación de que ha existido una violación de otra disposición del TLCAN, o de un acuerdo internacional independiente, no implica que haya existido una violación del artículo 1105(1).”¹⁵

Como puede observarse, la nota busca dejar claro que el ámbito de protección otorgado de conformidad con el artículo 1105 no es *adicional* a los umbrales ya existentes de protección bajo el derecho internacional. A su vez, busca evitar una determinación mecánica de una violación al artículo 1105(1) en base a una determinación de violación de otros deberes.

Hay quien había sostenido que el artículo 1105 tiene que interpretarse como una capa *adicional* de protección a los estándares ya existentes de protección, o que incrementaban el nivel de protección mediante la reducción del umbral a partir del cual se generaría responsabilidad. Otros argumentaban que la disposición simplemente busca reflejar la protección existente a la fecha bajo derecho internacional. La clarificación contenida en la nota pone fin al debate.

Hay quien ha cuestionado lo adecuado de dicha nota interpretativa sosteniendo que es una clarificación *ex post facto* que busca servir a los intereses de los Estados que la emiten en detrimento de los inversionistas. Sin embargo, en la medida en que el artículo 1131 del TLCAN *específicamente* establece dicha posibilidad, el debate parece carente de sustancia. A su vez,

¹⁵ El texto anterior es una traducción del autor. La versión original en inglés establece que:

“B. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

2. The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).”

además de su posibilidad legal, existen dos razones por las que considero que el mecanismo sirve un propósito positivo. Primero, el arbitraje de inversión es un mecanismo políticamente delicado que aplica estándares abstractos. Por ello, la posibilidad existe que un tribunal pueda adoptar una interpretación que (a los ojos del Estados Anfitrión) se salga del margen originalmente contemplado y comprometa el deseo de los Estados Huésped de continuar estando obligados a dichos estándares. El artículo 1131 establece una herramienta útil para corregir esta posibilidad, evitando tener que cuestionar en su enteridad la institución de los tratados de inversión y el mecanismo de arbitraje contenido en los mismos. En segundo lugar, si bien en diferentes grados, los tres miembros del TLCAN son economías tanto importadoras como exportadoras de capital. Por consiguiente, tienen un interés en no ser demasiado restrictivos ni liberales en sus interpretaciones vinculativas. Esta situación funciona como un mecanismo auto-equilibrante que evita que se “interprete” de una manera que opere como una derogación.

V. INTERPRETACIÓN EMPÍRICA

A. INTRODUCCIÓN

El siguiente paso en este ejercicio interpretativo será empírico: presentaré párrafos relevantes de casos ilustrativos.¹⁶

Dos advertencias son procedentes. Primero, las circunstancias que han motivado reclamaciones han sido caleidoscópicas. Ante ello, una comparación sin alusión a los hechos es cuestionable.¹⁷ Segundo, el texto de los tratados

¹⁶ Para ello, se ofrece una traducción no oficial. La elección de los casos es selectiva, no exhaustiva. Lo que es más, en algunos casos es cuestionable el umbral que el tribunal dio al estándar. Sin embargo, como el objetivo no es crítico, sino expositivo, no los identificaré ni analizaré.

¹⁷ Dado el perfil de esta obra, no abundo en los hechos. Para ello, o para profundizar en estos temas, puede consultarse *Arbitraje de Inversión*, Ed. Porrúa (en edición, 2009).

bajo los cuales se han litigado varía. Por ende, una comparación *genérica* puede ser inexacta.

Con las precauciones anteriores, deseo sin embargo hacer un vuelo de pájaro sobre los pasajes relevantes de diversos casos para lograr el fin de este estudio: dar una idea al lector del contenido y alcance que se le ha dado a dicha garantía, procurando aliviar temores.

B. ARBITRARIEDAD

La arbitrariedad ha constituido una constante causa de violación del estándar. Empezando por el caso *ELSI* de la Corte Internacional de Justicia, donde se dijo:¹⁸

La arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una regla de derecho, como algo opuesto al Estado de Derecho.

[Arbitrariness is not so much something opposed to the rule of law, as something opposed to the rule of law.]

Desde entonces, la noción ha encontrado eco, no solo en voz de la Corte Internacional misma,¹⁹ sino tribunales arbitrales. Por ejemplo, en *S.D. Myers* se sostuvo que:²⁰

cuando se demuestra que un inversor ha sido tratado de una manera tan injusta o arbitraria que el trato se eleva a un nivel que es inaceptable desde la perspectiva internacional.

[when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective]

En *Waste Management* se razonó que:²¹

¹⁸ *Case Concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI) (United States of America v Italy)* [1989] ICJ Rep 15, 76; 84 ILR 311, 382.

¹⁹ Ver por ejemplo, *Asylum Judgment*, I.C.J. Reports, 1950, pg. 284. Donde se dijo que la conducta arbitraria es aquella que sustituye al Estado de Derecho (“substituted for the rule of law” “it is the wilful disregard of due process of law”).

²⁰ *S.D. Myers v. Canada*, UNCITRAL Case, First Partial Award, Nov. 13, 2000, para. 263.

Lo arbitrario, extremadamente inequitativo, injusto o idiosincrásico, que es discriminatorio y expone al demandante a un prejuicio seccional o racial, o involucra una falta de debido proceso que conduce a un resultado que infringe la rectitud judicial.

[arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety.]

En *Pope & Talbot*, rechazando el estándar de “inverosímil” (“egregious” o “outrageous”) e “impactante” (“shocking”) o que sea de alguna manera extraordinario (“otherwise extraordinary”), dijo que el estándar busca:²²

exigir que los inversores e inversiones amparados reciban los beneficios de los elementos de justicia bajo los estándares ordinarios aplicados en los países del TLCAN.

[require that covered investors and investments receive the benefits of the fairness elements under ordinary standards applied in the NAFTA countries]

En *Azurix v Argentina* de una interpretación exegética se derivó que:²³

del significado común de los términos justo y equitativo y el propósito y objetivo del BIT... justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y justo que conlleve a fomentar la promoción de la inversión extranjera.

[from the ordinary meaning of the terms fair and equitable and the purpose and object of the BIT... fair and equitable should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment]

En *GAMI v Mexico*, en el contexto de conducta que (el reclamante argumentaba) implicaba la falta de observación por el Estado Anfitrión de sus

²¹ *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, April 30, 2004, para. 98.

²² *Poe & Talbot v. Canada*, UNCITRAL Award, April 10, 2001 para 118. (This decision was rendered prior to the FTC’s Interpretation.)

²³ *Azurix Corp. v. Argentina*, ICISD Case No. ARB/01/12, Award, July 14, 2006, para. 360.

propia normatividad, encajonó la situación dentro de nuestro estándar, indicando sobre su gravedad que:²⁴

una reclamación de mala administración probablemente violaría el estándar de trato justo y equitativo si ascendiera a un “rechazo rotundo e injustificado” de las reglamentaciones relevantes.

[a claim of maladministration would likely violate the fair and equitable treatment standard if it amounted to an “outright and unjustified repudiation” of the relevant regulations.]

En CMS v Argentina se entendió el estándar como:²⁵

cualquier medida que pueda involucrar arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria al trato justo y equitativo.

[any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment.]

En PSEG Global v. Turkey los hechos que motivaron encontrar una violación a la garantía fueron:²⁶

una serie de actos gubernamentales que ocasionaron una violación, tales como la negligencia de administración en el manejo de negociaciones de contratos con el inversor, el abuso de la autoridad por parte de las autoridades gubernamentales con respecto a las solicitudes para renegociaciones de contratos, numerosos cambios en la legislación relevante e inconsistencias en la práctica administrativa.

[series of government acts that gave rise to a breach, such as the administration’s negligence in the handling of contract negotiations with the investor, abuse of authority by government authorities with respect to demands for contract renegotiation, numerous changes in relevant legislation and inconsistencies in the administration’s practice.]

C. INJUSTICIAS Y ABUSOS

Conducta claramente abusiva o injusta ha sido comprendida por el estándar.

Por ejemplo, en *S.D. Myers* se indicó que:²⁷

²⁴ *GAMI Investments v. Mexico*, UNCITRAL Award, Nov. 15, 2004, para. 103.

²⁵ *CMS Gas v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision, May 12, 2005, para. 290.

²⁶ *PSEG Global v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, Jan. 19, 2007, para. 252.

cuando se demuestra que un inversor ha sido tratado de una manera tan injusta o arbitraria tal que el trato se eleva a un nivel que es inaceptable desde la perspectiva internacional.

[when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective]

D. EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS

La conducta contradictoria también ha sido entendida como comprendida en el estándar de trato justo y equitativo, cuando tiene por resultado destruir las expectativas legítimas de un inversionista extranjero. Por ejemplo, en *Thunderbird* se indicó que:²⁸

Habiendo considerado la jurisprudencia de inversiones reciente y el principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario, el concepto “expectativas legítimas” implica, dentro del contexto del marco del TLCAN, una situación en la que la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificadas por parte del inversor (o de la inversión) para actuar de conformidad con dicha conducta, de tal forma que una falla de la Parte del TLCAN en honrar dichas expectativas podría ocasionar que el inversor (o la inversión) sufran daños.

[Having considered recent investment case law and the good faith principle of international customary law, the concept “legitimate expectations” relates, within the context of the NAFTA framework, to a situation where a Contracting Party’s conduct creates reasonable and justifiable expectations on the part of an investor (or investment) to act in reliance on said conduct, such that a failure by the NAFTA Party to honour those expectations could cause the investor (or investment) to suffer damages.]

²⁷ *S.D. Myers v. Canada*, UNCITRAL Case, First Partial Award, Nov. 13, 2000, para. 263.

²⁸ *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, laudo del 26 de enero de 2006.

E. DISCRIMINACIÓN

Aunque la discriminación es materia del estándar de trato nacional, algunos casos han sostenido su existencia. Por ejemplo, en *Genin v Estonia* se indicó que:²⁹

el derecho internacional generalmente exige que un Estado debe abstenerse de otorgar un trato “discriminatorio” a los extranjeros y a sus bienes.

[international law generally requires that a State should refrain from “discriminatory” treatment of aliens and alien property.]

Algo similar sucedió en *CMS* donde se dijo que:³⁰

cualquier medida que pueda suponer arbitrariedad o discriminación es en si misma contraria al trato justo y equitativo.

[any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment.]

F. FALTA DE DEBIDO PROCESO

Las violaciones a lo que constituye un debido proceso en detrimento de extranjeros se han considerado violatorias del estándar de trato justo y equitativo. Por ejemplo, en *Tecmed v. Mexico* el Tribunal enfatizó que el inversionista tenía derecho a ser notificado y oído con respecto a la intención de la autoridad de revocarle su licencia.³¹ En el (dramático) caso *Loewen* se sostuvo que, para que una falta o violación procesal sea considerada violatoria del trato justo y equitativo es aquella:³²

injusticia manifiesta en el sentido de una falta de debido proceso que ocasione un resultado que infrinja el sentido de rectitud judicial sería suficiente para violar el estándar.

²⁹ *Genin v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001, para. 368.

³⁰ *CMS Gas v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision, May 12, 2005, para. 290.

³¹ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, May 29, 2003 para 162.

³² *Loewen v. United States of America*, para. 132.

[manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety would be enough to violate the standard.]

En *Saluka v República Checa* se detalló que:³³

de conformidad con el estándar de “trato justo y equitativo” el Estado anfitrión nunca debe ignorar los principios de rectitud procesal y debido proceso y debe garantizar al inversor la libertad de coerción o acoso por sus propias autoridades regulatorias.

[pursuant to the “fair and equitable treatment” standard the host State must never disregard the principles of procedural propriety and due process and must grant the investor freedom from coercion or harassment by its own regulatory authorities.]

G. DENEGACIÓN DE JUSTICIA

La denegación de justicia es un ilícito internacional interesante. Un (extraordinario) estudio reciente hace una disquisición del mismo.³⁴ Y tribunales diversos han determinado que la denegación de justicia está amparada por el estándar de trato justo y equitativo. Por ejemplo, en *Mondev* se consideró que existe:³⁵

si, en el plano internacional y tomando en cuenta los estándares de administración de justicia generalmente aceptados, un tribunal puede concluir a la luz de todos los hechos disponibles, que la decisión impugnada era claramente impropia y desacreditable.

whether at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable.

En *Thunderbird* se dijo:³⁶

³³ *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award, March 17, 2006, para. 308.

³⁴ Paulsson, Jan, *Denial of justice in international law*, Cambridge University Press, 2005.

³⁵ *Mondev v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, Oct. 11, 2002, para. 127

³⁶ *International Thunderbird Gaming v. Mexico*, UNCITRAL Award, Jan. 26, 2006, para. 194.

los actos que pueden ocasionar una violación del estándar mínimo de trato prescrito por el TLCAN y por el derecho internacional consuetudinario [son] aquellos que, valorados en contra del contexto fáctico, equivalen a una flagrante denegación de justicia o a una arbitrariedad manifiesta que cae por debajo de los estándares internacionales aceptables.

acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law [are] those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards.

H. TRANSPARENCIA

La falta de transparencia ha figurado en varios laudos como una situación comprendida por el estándar de trato justo y equitativo. Por ejemplo, *Metalclad* se aludió de la existencia de una:³⁷

la obligación de asegurar un marco transparente y predecible para la planeación de negocios e inversiones.

[obligation to ensure a transparent and predictable framework for business planning and investment]

El tribunal en dicho caso continuó indicando que dicha obligación:³⁸

... incluye la idea de que todos los requisitos legales relevantes para el propósito de iniciar, completar y operar exitosamente las inversiones realizadas, o que se pretendieron realizar bajo el Acuerdo, deben ser capaces de haber sido divulgadas a todos los inversores afectados de la otra Parte.

[...include the idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of the other Party.]

En *Maffezini v España* se dijo:³⁹

³⁷ *Metalclad v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, Aug. 30, 2000, para. 99.

³⁸ *Metalclad v. Mexico*, para. 74.

³⁹ *Maffezini v. Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, Nov. 13, 2000, para. 83.

la falta de transparencia con la que una . . . transacción fue llevada a cabo es incompatible con el compromiso [del Estado] de asegurar al inversor un trato justo y equitativo.

[the lack of transparency with which a ... transaction was conducted is incompatible with [the State's] commitment to ensure the investor a fair and equitable treatment.

En *Waste Management* se razonó:⁴⁰

El Tribunal encontró que una falla manifiesta de justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta de transparencia y franqueza en un proceso administrativo violaría el estándar.

[The Tribunal found that a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candor in an administrative process would violate the standard.]

En *Saluka* se indicó que:⁴¹

implementar sus políticas de *bona fide* mediante conducta que es, en lo que afecta la inversión del inversor, razonablemente justificable por las políticas públicas y en tanto dicha conducta no viole manifiestamente los requisitos de consistencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación. En particular, cualquier trato diferencial de un inversor extranjero no debe basarse en distinciones y solicitudes irracionales, y debe estar justificado al mostrar que tiene una relación razonable con políticas racionales no motivadas por una preferencia a otras inversiones sobre las inversiones propiedad de los extranjeros.

[implements its policies *bona fide* by conduct that is, as far as it affects the investors' investment, reasonably justifiable by public policies and that such conduct does not manifestly violate the requirements of consistency, transparency, even-handedness and nondiscrimination. In particular, any differential treatment of a foreign investor must not be based on unreasonable distinctions and demands, and must be justified by showing that it bears a reasonable relationship to rational policies not motivated by a preference for other investments over the foreign-owned investment.]

En *LG&E Energy v Argentina* también se razonó que:⁴²

⁴⁰ *Waste Management v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, April 30, 2004, para. 98.

⁴¹ *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award, March 17, 2006, para. 307.

el estándar justo y equitativo consiste en conducta consistente y transparente del Estado anfitrión, libre de ambigüedades sobre la obligación de otorgar y mantener un marco legal estable y predecible, necesario para cumplir las expectativas justificadas del inversor extranjero.

[the fair and equitable standard consists of the host State's consistent and transparent behavior, free of ambiguity that involves the obligation to grant and maintain a stable and predictable legal framework necessary to fulfill the justified expectations of the foreign investor.]

I. ESTABILIDAD

La necesidad de procurar un ambiente estable también ha tenido eco en los casos que han analizado trato justo y equitativo. Por ejemplo, en *Occidental v Ecuador* se dijo que:⁴³

La estabilidad y predicibilidad del margo legal y de negocios de la inversión.

[Stability and predictability of the legal and business framework of the investment.]

La noción tuvo eco reciente en *CMS*:⁴⁴

El trato justo y equitativo es inseparable de la estabilidad y predictibilidad.

[Fair and equitable treatment is inseparable from stability and predictability.]

J. NEGLIGENCIA

La conducta negligente o que deja que desear puede también considerarse violatoria del estándar. En *Genin v Estonia* se dijo:⁴⁵

⁴² *LG&E Energy v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct. 3, 2006, para. 131.

⁴³ *Occidental v. Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Award, July 1, 2004, para. 190.

⁴⁴ *CMS Gas v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision, May 12, 2005, para. 276.

⁴⁵ *Genin v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, June 25, 2001, para. 367.

Mientras que “el contenido exacto del estándar no es claro”, interpretó el estándar en el sentido de prohibir conducta ubicada por debajo del “estándar mínimo internacional” y declaró que las acciones del Estado que violan el estándar “incluirían actos que demuestren una negación voluntaria de un derecho, una insuficiencia de acción que caiga por debajo de los estándares internacionales, o incluso una mala fe subjetiva.

[While “the exact content of [the] standard is not clear,” it interpreted the standard as barring conduct below an “international minimum standard” and declared that State actions that violate the standard “would include acts showing a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith.]

En el (interesante por controvertido) caso *Lauder* se indicó que el estándar:⁴⁶

está relacionado con el estándar tradicional de debida diligencia y proporciona un estándar mínimo internacional que forma parte del derecho internacional consuetudinario.

[is related to the traditional standard of due diligence and provides a minimum international standard that forms part of customary international law]

Y en *MTD v Chile* se mencionó que el estándar obliga a:⁴⁷

trato de manera imparcial y justa, conducente a fomentar la promoción de la inversión extranjera. El Tribunal también observó que el estándar en el BIT se encontraba enmarcado como una declaración proactiva en lugar de prescripciones para una conducta pasiva del Estado o para evitar una conducta perjudicial hacia inversionistas.

[treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. The Tribunal also noted that the standard in the BIT was framed as a pro-active statement, rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.]

VI. COMENTARIO FINAL

Cierto, la garantía de trato justo y equitativo dista de ser diáfana. Pero, como puede observarse del ejercicio interpretativo aquí realizado, su protección se

⁴⁶ *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL Case, Final Award, Sept. 3, 2001, paras. 292, 293.

⁴⁷ *MTD v. Chile*, Caso ICSID No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, para. 113.

circunscribe a circunstancias graves. Así lo han sostenido los tribunales que la han aplicado tanto en el pasado como en el presente.

Desde los primeros casos que analizaron el estándar se ha establecido un umbral alto. Aunque el umbral ha bajado, mejorando por ello el nivel de protección, sigue siendo alto. No cualquier circunstancia lo viola. Y así debe ser. Los casos que lo han interpretado más laxamente son tanto erróneos como excepcionales.

Los últimos cinco años han presenciado la transformación de lo que era una sequía en una inundación. Los casos que ventilaban la garantía de trato justo y equitativo se contaban con una mano. Ahora se necesita un ábaco.

Per se, el número no debe abrumar. Y menos *preocupar*. Sino *ocupar*.

Del compendio realizado en este estudio se observa que, si bien el alcance de protección se ha ampliado, el ejercicio ha sido progresivo. En su mayoría, quedan comprendidos en el mismo circunstancias justificadas. Mantener el alcance en los umbrales del siglo pasado implicaría que el derecho internacional no había progresado. De allí que no debamos *preocuparnos*.

¡Pero sí *ocuparnos*! Mediante los tratados de inversión México ha adquirido la obligación internacional de comportarse acorde a los estándares internacionales. Ya desde hace tiempo algunos hacíamos ver que era necesario adoptar medidas urgentes para adecuar conducta local a los estándares internacionales.⁴⁸ Advertíamos que es mejor hacerlo *motu proprio*, a que nos lo impongan desde fuera.⁴⁹ La advertencia empieza a ser profética. Un caso reciente lo demuestra.⁵⁰

⁴⁸ González de Cossío, Francisco, “Aportación de México al Arbitraje de Inversión”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, D.F., UNAM, Vol. VI – 2006, pg. 676.

⁴⁹ Ver por ejemplo sección de ‘denegación de justicia’ en González de Cossío, Francisco, *El Estado de Derecho: un Enfoque Económico*, México, D.F., Ed. Porrúa, 2007, donde digo

Reitero el llamado. Tomemos medidas para mejorar el conocimiento por todas las autoridades mexicanas de lo que significa haber celebrado tratados de inversión. De no hacerlo, la comunidad internacional nos lo impondrá. Algo doloroso, además de vergonzoso.

“el deber de contar con un sistema eficaz de impartición de justicia, un Estado de Derecho, es una obligación bajo el derecho internacional. No solo es un cometido y objetivo natural del Estado, es algo a lo que los ciudadanos tienen derecho a aspirar, y exigir, desde la perspectiva internacional. Entre más rápido lo asimilemos y procuremos *motu proprio*, nos evitaremos que nos lo hagan cumplir coactivamente”.

⁵⁰ Ver *Caso Castañeda Gutman v Estados Unidos Mexicanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 6 de Agosto de 2008 donde dicho órgano determinó que México violó el derecho a la protección judicial del recurrente.