

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO



Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho

“Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales”.

Rudy Sorto Guzmán

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica

Agosto del 2013



19 de julio del 2013
FD-AI-0927-13

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del (la) estudiante (s): **Rudy Sorto Guzmán**, carné **A24991**, denominado: **"Los principios de trato nacional, trato justo y equitativo y nivel mínimo de trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales"**, fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	MSc. Mauricio Salas Villalobos
Presidente	Lic. Carlos Estrada Navas
Secretario (a)	MSc. Neftalí Garro Zúñiga
Miembro	Lic. Juan José Obando Peralta
Miembro	Lic. Miguel Zamora Acevedo

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **06 de agosto del 2013**, a las **04:00 pm**, en la Sala de Réplicas, ubicada en el 5º piso de la Facultad de Derecho, **Sede de Rodrigo Facio**.



Andrés Montejo Morales
DIRECTOR

San José, 18 de Julio del 2013

**Dr.
Andres Montejo Morales
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Área de Investigación
Presente.-**

Ref: Cambios en el Proyecto de Tesis del estudiante Rudy Sorto Guzmán.

Estimado Dr. Montejo

Sirva la presente para saludarle a su vez comunicarle sobre los cambios que se han realizado en el proyecto de tesis denominado "*Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y de Nación más Favorecida, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales*", del estudiante Rudy Sorto Guzmán, carné A24991.

Como consta en el expediente, el trabajo originalmente tuvo otro director. Cuando asumí la dirección, le recomendé al estudiante algunos cambios de planteamiento, forma y fondo, lo cual ha tenido naturalmente repercusión sobre lo originalmente planteado en el anteproyecto, en el título y en el contenido del primer borrador de la tesis. Por tal razón, el estudiante ha de presentar la versión final. El título del proyecto que refleja el planteamiento final es:

"Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales".

Sin más, me despido y quedo a su completa disposición.


Mauricio Salas

San José, 19 de Julio del 2013

Dr.
Andres Montejo Morales
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Área de Investigación
Presente.-

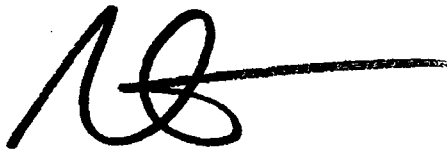
Ref: Aprobación de Proyecto de Tesis del estudiante Rudy Sorto Guzmán.

Estimado Dr. Montejo

Reciba un caluroso saludo. Quiero aprovechar la oportunidad para comunicarle sobre el estudio que he realizado del proyecto de tesis denominado: *“Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales”*, del estudiante Rudy Sorto Guzmán, carné A24991. Con el estudio que he empleado en el tema antes mencionado y a través del señalamiento de diferentes puntos relevantes y de interés para el trabajo considero que el proyecto ha alcanzado una estructura satisfactoria.

En conclusión, doy mi aprobación para que el estudiante Sorto entregue a la Universidad el borrador de su proyecto de tesis.

Sin más, me despido y quedo a su completa disposición.



Nefalí Garro Zúñiga

San José, 19 de Julio del 2013

Dr.

Andres Montejo Morales
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Área de Investigación
Presente.-

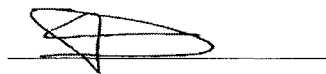
Ref: Aprobación de Proyecto de Tesis del estudiante Rudy Sorto Guzmán.

Estimado Dr. Montejo

Sirva la presente para saludarle y a su vez comunicarle sobre la revisión que he realizado del proyecto de tesis denominado: *“Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales”*, del estudiante Rudy Sorto Guzmán, carné A24991. He realizado el análisis del mismo, así como el señalamiento de diferentes puntos relevantes y de interés para el trabajo. Por lo anterior, se ha alcanzado una estructura y presentación del tema satisfactoria.

Por lo tanto, doy mi aprobación para que el estudiante Sorto entregue a la Universidad el borrador de su proyecto de tesis.

Sin más, me despido y quedo a su completa disposición.



Juan José Obando

San José, 14 de agosto del 2013

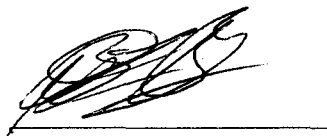
**Dr.
Andrés Montejo Morales
Universidad de Costa Rica
Facultad de Derecho
Área de Investigación
Presente.-**

Ref: Revisión Filólogo Proyecto de Tesis del estudiante Rudy Sorto Guzmán.

Estimado Dr. Montejo:

Sirva la presente para saludarlo y a su vez comunicarle que he realizado la revisión del proyecto de tesis denominado ***“Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales”***, del estudiante Rudy Sorto Guzmán, carné A24991, el cual con ocasión de la revisión planteada, cumple con la estructura gramatical y ortográfica para ser presentada ante las autoridades competentes.

Sin más, me despido y quedo a su completa disposición.



Lic. Mario Bonilla Flores

Carné #5670

Colegio de Licenciados y Profesores de Costa Rica

ÍNDICE

DEDICATORIAS.....	iii
AGRADECIMIENTOS.....	iv
TABLA DE ABREVIATURAS.....	v
FICHA BIBLIOGRÁFICA.....	vi
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO PRIMERO.....	4
LA INVERSIÓN EXTRANJERA COMO TEMA DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.....	4
1. LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y SU IMPORTANCIA.....	4
2. EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA A RAÍZ DE LOS DIVERSOS TRATADOS.....	10
CAPÍTULO SEGUNDO.....	16
DEL TÉRMINO “INVERSIÓN” EN LOS TRATADOS Y SU INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	16
1. EL CIADI Y LA INVERSIÓN.....	16
2. LA INVERSIÓN SEGÚN PANELES ARBITRALES.....	20
CAPÍTULO TERCERO.....	26
DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA DOCTRINA CALVO.....	26

1. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA.....	26
2. DOCTRINA BELLO/CALVO.....	28
CAPÍTULO CUARTO.....	36
LAS CLÁUSULAS QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN DE INVERSIONES EN LOS TRATADOS.....	36
1. CLÁUSULA DEL TRATO NACIONAL.....	36
1.1 EL TRATO NACIONAL AL INVERSIONISTA EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.....	36
1.2 EL TRATO NACIONAL EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.....	46
2. CLÁUSULA DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO VERSUS EL NIVEL MÍNIMO DE TRATO.....	48
2.1 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y SUS ELEMENTOS.....	52
3. NIVEL MÍNIMO DE TRATO.....	57
3.1 NIVEL MÍNIMO DE TRATO EN CAFTA-DR.....	66
A) ARGUMENTOS DE LAS PARTES SOBRE EL NIVEL MÍNIMO DE TRATO..	69
B) ANÁLISIS DEL TRIBUNAL SOBRE EL NIVEL MÍNIMO DE TRATO.....	77
CONCLUSIONES.....	81
BIBLIOGRAFÍA.....	83

DEDICATORIA

A Dios.

Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr este objetivo, además de su infinita gracia y amor.

A mi esposa, y a Sebastián

Por estar ahí, a mi lado, por hacerme feliz de estar con ustedes, por motivarme con sus sonrisas y su cariño, por ser mi hermosa familia y por amarme hasta más allá del fin del mundo.

A mi madre Mayra.

Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha forjado como persona de bien, pero más que nada, por su constante y desinteresado esfuerzo para conmigo.

AGRADECIMIENTO

A mis familiares.

A mis hermanos y hermanas, mis tíos y tías, por ser ejemplo de esfuerzo, de constancia, por sus constantes oraciones y su persistente motivación. A todos aquellos que participaron directa o indirectamente en la elaboración de esta tesis.

A Mauricio Salas, Nefthalí Garro, Juan José Obando, y Valeria Tiffer.

Por la oportuna ayuda e intervención en este proyecto, por el tiempo tan valioso que brindaron de manera gratuita y desinteresada, por compartir su experiencia y conocimiento.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

SORTO GUZMÁN (RUDY), Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales, Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, agosto del 2013.

TABLA DE ABREVIATURAS

- CAFTA-DR:** Central American Free Trade Agreement-Dominican Republic
- CIADI:** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión
- CIJ:** Corte Internacional de Justicia
- CPJI:** Corte Permanente de Justicia Internacional
- EPI:** Estándar de Protección al Inversionista
- NAFTA:** North American Free Trade Agreement
- NMT:** Nivel Mínimo de Trato
- OCDE:** Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
- OMC:** Organización Mundial de Comercio
- TACN:** Tratado de Amistad Comercio y Navegación
- TBI:** Tratados Bilaterales de Inversión
- TJE:** Trato Justo y Equitativo
- TLC:** Tratados de Libre Comercio
- TN:** Trato Nacional
- UNCITRAL:** United Nations Commission on International Trade Law
- UNCTAD:** United Nations Conference on Trade and Development

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito analizar desde el punto de vista jurisprudencial e histórico la aplicación que han dado diferentes paneles arbitrales sobre determinados estándares de protección al inversionista a través de tratados bilaterales de inversión y de igual manera a través de algunos instrumentos comerciales tales como los tratados de libre comercio y los tratados bilaterales de inversión. La justificación se basa, por lo tanto, en la necesidad e importancia de plantear el análisis legal que se ha desarrollado de la relación Inversionista-Estado y respecto de las cláusulas antes mencionadas, para señalar perspectivas jurisprudenciales que puedan incidir o afectar en un eventual arbitraje en el que sea parte el Estado costarricense.

La **hipótesis** que presenta la tesis bajo estudio es que se ha desarrollado una aplicación distinta del Nivel Mínimo y del Trato Justo y Equitativo como consecuencia del foro arbitral en donde son objeto de estudio, aun cuando las mismas presentan rasgos muy similares. Asimismo la evolución de la cláusula de Trato Nacional entre diferentes paneles arbitrales, OMC inclusive, ha sido sumamente palpable. Sin embargo, su más importante interpretación derivó del laudo que dictaminó el Tribunal NAFTA en el caso *Pope and Talbot*.

La tesis consta de cuatro capítulos. **El primero** de ellos aborda el tema de la inversión de manera general, la importancia de la misma para los estados y la manera en que esta ha evolucionado a través de la relación entre inversionistas y el estado que hospeda la inversión.

El **capítulo segundo** analiza la definición de inversión que se ha desarrollado a nivel internacional a través de jurisprudencia arbitral así también como aquella que los países bilateral o multilateralmente acuerdan y señalan dentro de los instrumentos comerciales como por ejemplo en los tratados bilaterales de inversión.

En lo que se refiere al **capítulo tercero**, se abordan dos estándares que fueron sumamente importantes para los fundamentos de protección a los inversionistas a nivel internacional, la llamada Protección Diplomática y la Doctrina Calvo. Igualmente este capítulo analiza los antecedentes de estos sistemas, sus diferencias, los aciertos y desaciertos que se dieron al momento de su aplicación, los cuales fueron blanco de críticas por parte de algunos sectores comerciales y políticos de la época.

Finalmente, el **cuarto capítulo** analiza de manera puntual dos estándares sumamente utilizados en diferencias arbitrales, el Trato Nacional y el Trato Justo y Equitativo. Adicionalmente, se realiza una diferenciación entre el Trato Justo y Equitativo y el Nivel Mínimo de Trato, y se expone, con base en la visión de un laudo muy reciente y bajo el CAFTA-DR, la relación e interpretación de los estándares antes mencionados.

Como conclusión del proyecto se destaca la necesidad de que Costa Rica desarrolle políticas para fortalecer lazos con los inversionistas, proporcionándoles información relevante sobre las actividades que desean o pueden realizar en el país y las ventajas de hacerlo. Asimismo, el Estado costarricense debe dirigir el quehacer del inversionista extranjero dentro de las regulaciones-normativa interna a las que también se someten los inversionistas nacionales, brindando en todo momento señales de no arbitrariedad, de transparencia, y de congruencia respecto de las decisiones gubernamentales, sean judiciales o administrativas y que afecten o tengan relación directa con el Inversionista.

INTRODUCCIÓN

El tema sobre la relación de los Estados con inversionistas foráneos a través de instrumentos legales como los tratados bilaterales de inversión y los tratados multilaterales de inversión es sumamente importante para las partes que intervienen; tanto para el Estado que recibe el capital de un extranjero, como para el extranjero que esperara percibir un retorno sustancial al desarrollar su proyecto en tierras desconocidas.

Ahora bien, ambas partes se benefician de esta relación. En el caso del Estado anfitrión, el proyecto que realiza el inversor significará, a la postre, fuentes de empleo, desarrollo de infraestructura, distribución de capital, ingresos, etcétera, todos estos elementos que proporcionan estabilidad y movilidad social, y afectan positivamente el esquema financiero de un Estado. En el caso del inversor, muchas veces, el Estado anfitrión proporciona incentivos como el no pago de tributos o impuestos, el no pago de agua, luz, u otros servicios públicos, así como utilización de mano de obra calificada y, eventualmente, menos costosa. De igual relevancia es la materia prima que pueda usar el inversionista y que proporcione el Estado por la generosidad de su ubicación geográfica, por ejemplo, la madera, los minerales o productos que se generan de estos como el cobre, el hierro, el vidrio, el oro, etcétera.

Es importante señalar que al materializarse la inversión extranjera en un E, la misma impulsa la apertura de diferentes sectores que dinamizan el mercado, se da el intercambio de conocimiento que, a su vez, crea el *know-how* en temas en los que el país receptor de inversión no está especializado y, finalmente, ocurre la transferencia de capital del cual no necesariamente dispone un Estado para desarrollar políticas económicas internas; todo esto sin necesidad de sacrificar la autonomía, discreción y regulación interna del Estado anfitrión.

Derivado del interés de las partes de percibir beneficios como los antes mencionados, surge la necesidad de regular la relación entre el inversionista y el Estado, de tal manera que se genere seguridad jurídica respecto del vínculo comercial que llegue a existir.

Dicha regulación ha variado con el paso del tiempo. Inicia de manera incipiente con los tratados de amistad, de navegación y comercio, y, posteriormente, con los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio. Los tratados desarrollaron las pautas y las reglas básicas sobre las cuales se asentaba el intercambio comercial y establecían la potestad, de ambas partes, para repeler formal y legalmente un incumplimiento, a través de clausulados y estipulaciones que desincentivan a la partes a violar lo acordado. Es menester señalar que existieron, durante el desarrollo de la historia y la aplicación de los tratados, capítulos negativos que ayudaron a la postre a refinar las obligaciones de las partes y a ejercer de forma más diplomática presiones para su cumplimiento.

Referido a este contexto, la **hipótesis** que plantea la presente tesis es que se ha desarrollado una aplicación distinta del Nivel Mínimo y del Trato Justo y Equitativo como consecuencia del foro en donde son objeto de estudio, sea un foro CAFTA-NAFTA o CIADI, esto a pesar de que las mismas presentan rasgos muy similares. Asimismo, el Trato Nacional ha evolucionado a través de la interpretación de diferentes paneles arbitrales, OMC inclusive; empero, su piedra angular deriva de la interpretación que realizó el Tribunal NAFTA del caso *Pope and Talbot*. Es por esto que es necesario analizar, comparar y estudiar cada uno de estos estándares de protección mencionados anteriormente para conocer sus alcances, sus límites y sus diferencias.

La presente hipótesis se validará a través del desarrollo del **objetivo general** que plantea el proyecto, cual es, la descripción de la aplicación que han tenido las cláusulas de TN, TJE y NMT en el arbitraje de inversión por parte de distintos paneles arbitrales internacionales. Y además, a través de los **objetivos específicos**, tales como la exposición de

diferentes laudos en los que se invoca la violación de alguno de los tres estándares bajo estudio, mediante la comparación y diferenciación de la aplicación de estos estándares y la descripción y alcance que han tenido los laudos al momento de sancionar a un Estado o a un inversionista.

CAPÍTULO PRIMERO

LA INVERSIÓN EXTRANJERA COMO TEMA DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

1. LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y SU IMPORTANCIA

A través de los diferentes escenarios económicos que se desarrollan a nivel mundial surgen nuevos retos, uno de estos es la caída de obstáculos arancelarios y burocráticos impuestos por gobiernos locales por medio de los tratados bilaterales o multilaterales de inversión, en adelante “TBI”. Estos tratados buscan crear productividad y mejores rendimientos para las empresas y, en el caso de los países, buscan crear mejores ingresos en la balanza comercial a través de exportaciones e importaciones¹.

La inversión extranjera directa juega un rol preponderante a nivel mundial dado que es un motor de desarrollo. Un dato que arroja dicha posición es el hecho que este tipo de inversión se cuadruplicó entre los años 1990 y 2000². Aunado a lo anterior, se puede determinar que en la actualidad la presencia de tecnologías ha permitido generar un flujo aún mayor de transferencia de bienes y servicios entre naciones. Esto con la ayuda de diferentes herramientas tales como los tratados comerciales o acuerdos bilaterales de inversión, que han logrado impulsar el proceso de **globalización financiera** a nivel mundial. Dicho término se ha conceptualizado como:

“La globalización financiera es, pues, una característica fundamental de la transformación de las relaciones económicas internacionales, de

¹ Investment Compact Regional Roundtable on Bilateral Investment Treaties for the Protection and Promotion of Foreign Investment in South East Europe, OECD, May 2001. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/1894794.pdf>

² Ver Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCED), Informe Mundial de Inversiones: Visión General (2005)2.

la dinámica de la economía mundial contemporánea, de su conformación actual y de sus perspectivas”³.

O bien, de manera más sintetizada:

“El libre movimiento de capitales a través de las fronteras nacionales del mundo”⁴.

Las barreras arancelarias y burocráticas han disminuido, en tanto se le ha permitido a personas físicas o jurídicas ingresar a mercados ajenos, externos y desconocidos con reglas de juego claras, precisas y preestablecidas jurídicamente. Sin embargo, la complejidad producto de la relación comercial entre una persona, física o jurídica, y un Estado, autónomo e independiente, generan inmensidad de dificultades que tienen que ser resueltas en escenarios jurídicos, sea frente a un panel arbitral o, eventualmente, en los tribunales de justicia del Estado parte.

Por otro lado, estas herramientas comerciales (tratados) se han estructurado, con el pasar del tiempo, según normas, jurisprudencia y estándares comunes y derivan, en muchos casos, del derecho internacional y la interpretación de paneles arbitrales, así lo indica Patricia B.R. Arsen:

“Dentro de este marco general (de los tratados) se encuadran una serie de conceptos de suma importancia que van desde la protección de inversiones, la reducción del riesgo político, el establecimiento de cláusulas estándar, la intención de generar costumbres internacionales con significado jurídico, la creación de legislación internacional, la conclusión de conflictos de interpretación sobre diferentes conceptos jurídicos, como por ejemplo la expropiación y sus alcances, entre otros”⁵.

³ Hopenhayn B., Vanoli A., La globalización financiera. Génesis, auge, crisis y reformas, 1ª edición, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 16.

⁴ Ibídem.

⁵ Arsen, Patricia B.R., Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos, Editorial Astrea, 2003, p. 4.

Adicionalmente, ese sentido de seguridad jurídica, que se mencionaba anteriormente, se ve fortalecido por el principio de derecho internacional denominado “pacta sunt servanda”, término latino que se puede señalar como:

“Regla tradicional por la cual, jurídicamente, los pactos deben ser siempre cumplidos y cumplidos en sus propios términos. Constituye este principio general del Derecho una manifestación de la autonomía de la voluntad y el alma del negocio jurídico. Expresiones de tal principio que consagran la fuerza vinculante de los contratos”⁶.

El principio anterior establece la obligatoriedad de cumplir con un acuerdo o contrato en los términos en que se pactó; ahora bien, es importante señalar que dicha obligatoriedad alcanza a aquellos países que son firmantes de la Convención de Viena, siendo Costa Rica uno de estos⁷.

La Convención de Viena en su artículo 26 consagra el principio “pacta sunt servanda”, y señala:

“Observancia de los tratados

26. ‘Pacta sunt servanda’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”⁸.

Similar perspectiva establece el artículo 31 (1) del mismo cuerpo normativo que determina:

⁶ Diccionario Jurídico Iuris-Civilis, disponible también en: <http://www.iuriscivilis.com/2009/06/diccionario-juridico-letra-p.html>. Revisado el 20 de abril de 2012, al ser las 22:15 horas.

⁷ Villiger, Mark, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Editorial Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 366.

⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, N.U., Doc. A/CONF. 39/27.

“31(1) *Regla general de interpretación. I.* Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁹.

A pesar de todas las intenciones de los países por lograr establecer acuerdos o tratados de inversión que permitan el flujo económico de manera más fluida, es necesario establecer, además, parámetros jurídicos que permitan crear un escenario que no se traduzca, posteriormente, en sorpresas para el inversionista y/o el Estado anfitrión. Dichos parámetros deben coincidir con la realidad económica a nivel mundial y con factores que siempre están presentes en las relaciones comerciales de los estados, como:

- Obtener inversión extranjera directa.
- Obtener un nivel alto de exportaciones.

El primero de los factores, que es el que analizaré, lleva consigo un riesgo muy alto para el inversionista, porque la relación económica/comercial que debe realizar con un Estado determinado es una de largo plazo. Cuando un inversionista valora un nicho comercial o un determinado mercado para inyectar su inversión, sea por medio de empresas o cualesquiera proyectos desee materializar, requiere establecerse durante muchos años en el Estado, lo cual, a todas luces, se traduce en riesgo.

Por ejemplo, si se analiza una relación de crédito entre una persona física y un banco, vemos que el banco presta su capital para recibir a mediano o largo plazo un retorno (lucro). Sin embargo, el banco toma en cuenta algunos elementos a priori para mitigar riesgos, elementos como: analizar el historial crediticio del deudor, el ingreso, la liquidez y garantías prendarias o hipotecarias que puedan respaldar la relación, todo en aras de poder resarcir un

⁹ *Ibídem* nota supra.

eventual incumplimiento. Ahora bien, un inversionista, al igual que el banco, debe considerar algunos aspectos antes de tomar la decisión de inyectar su capital en un país extranjero, aspectos tales como:

- Seguridad jurídica.
- El historial político/cultural y social del país.
- El tipo de cambio.
- Competidores.
- Impuestos.
- Inflación, entre otros.

Por lo anterior, el inversionista debe exigir, para mitigar riesgos durante esa relación de largo plazo, estabilidad y claridad en las reglas de juego, esto es, saber cómo se le confrontará en un escenario adverso. Es por esto que descansa con mayor tranquilidad al saber la potestad de accionar contra el Estado a través de un Panel Arbitral que sea más objetivo que el Estado mismo. Esto no implica que el Estado fallaría siempre en contra del inversionista, sino significa que se debe evitar que el Estado sea juez y parte en el conflicto.

El segundo de los enunciados que se señaló anteriormente reza: *“El historial político/cultural y social del país”*. Este adquiere relevancia para el inversionista en el tanto el riesgo se eleva, como indican Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer:

“El riesgo político central que se le presenta al inversor extranjero se encuentra en un cambio de posición del gobierno anfitrión que alteraría el esquema de cargas, riesgos, y beneficios, los cuales las dos partes establecieron cuando negociaron el acuerdo, el cual creó la base del plan de negocios

*del inversor y las expectativas legítimas contenidas dentro de dicho plan*¹⁰.

Es clara la dificultad que enfrenta el inversor al tener que negociar con determinado Gobierno durante un periodo electoral y luego enfrentarse a otro gabinete con perspectivas y prioridades diferentes, cada cuatro o cinco años, esto considerando que ha de existir un vínculo contractual que con facilidad alcanza los veinticinco o treinta años de relación entre el Estado y el inversor. Por tal razón, el Derecho Internacional, el derecho consuetudinario y el espíritu del tratado adquieren relevancia en cuanto a la interpretación y aplicación del acuerdo en los futuros conflictos que puedan acaecer.

Debe considerarse en todo momento el principio de buena fe, que debe ser el escenario estándar en la relación para no aumentar el riesgo financiero de largo plazo del inversionista, quien a fin de cuentas, utiliza su peculio en un país ajeno para recibir a cambio un retorno económico justo. Por ello, la principal razón de existencia de los tratados bilaterales de inversión es, evidentemente, la protección de los inversionistas nacionales de uno de los países signatarios en lo que se refiere a sus inversiones en el territorio del otro país signatario.

Ahora bien, la protección para el inversionista es amplia en varios sentidos, según lo indica Patricia Arsen:

“Cualquier conflicto surgido de la inversión efectuada tiene una protección especial, brindada por el tratado, de modo que el inversor es protegido doblemente:

a) El Estado, del cual es nacional, tiene un vínculo jurídico internacional con el Estado en donde ha efectuado su inversión,

¹⁰ Dolzer R., Schreuer C., Principles of International Investment Law, New York, Oxford University Press, 2008, p. 4.

razón por la cual en caso de conflicto, el inversor puede requerir la asistencia de su propio Estado.

b) Asimismo esta clase de tratados abre la posibilidad de dirimir conflictos entre un particular y un Estado, situación que resulta imposible o al menos sumamente complicada fuera del marco de esta clase de convenios”¹¹.

En consecuencia, el inversor queda habilitado para solicitar ante un árbitro internacional u organismo arbitral internacional, la resolución del conflicto que se desarrolla con el Estado anfitrión, esto permite una igualdad de condiciones, al menos en teoría, no obstante el diferente estatus jurídico internacional que cada uno ostenta.

2. EVOLUCIÓN DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN A RAÍZ DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.

Desde hace muchos años, se ha incrementado las relaciones económicas que establecen diferentes países con el afán de agilizar el comercio entre las partes, de ahí deriva, en parte, el surgimiento de los TBI y otros acuerdos comerciales. En teoría, el antecedente inmediato de estas herramientas son los denominados: Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (TACN), los cuales se suscribieron hace varias décadas, por países como Japón, Estados Unidos y Europa Occidental. Anteriormente a estos, existieron tratados que no eran exclusivamente tratados bilaterales de inversión; sin embargo, regulaban de una manera (por lo menos de forma laxa) las relaciones entre un Estado anfitrión y un inversionista extranjero. Al inicio de los mismos, los TACN contenían información sobre cómo se trataba a los extranjeros, sus derechos en el Estado anfitrión, tales como la libertad de culto o la libertad de viajar a este. También enunciaban el debido proceso y los derechos

¹¹ Arsen, Patricia B.R., “Tratados bilaterales de inversión”, op. cit., p. 6.

del extranjero dentro del mismo, esto en caso de arresto o en caso de presentarse un proceso criminal¹².

Como lo expresa Sornarajah M. “...los primeros TACN no eran específicos para inversiones, los TACN tal vez no sean los precursores de los TBI modernos, pero sus provisiones sobre inversión contenían muchas características las cuales se encuentran ahora en una forma más refinada en los tratados bilaterales de inversión”¹³. En cierta forma, muchos de estos TACN versaban sobre la adquisición de propiedades o sobre el ejercicio de actividades lucrativas/económicas en territorio de determinado Estado por parte de determinado inversor, sin que esto implicase una intervención directa por parte del Estado anfitrión sobre la inversión extranjera del futuro inversionista. Abarcaban también temas como el derecho de obtener asesoría jurídica por parte del extranjero, la protección de la propiedad adquirida, administración y controles cambiarios, tránsito de bienes, derecho a colocar o adquirir bienes inmuebles, derecho sobre impuestos sobre la exportación o importación de bienes, entre otros.

Incluso, como ejemplo, la cláusula de “nación más favorecida” de los TACN fue posteriormente implementada en los TBI, al igual que otros mecanismos de resolución de controversias¹⁴. Sin embargo, es importante recalcar que el objeto de estos TACN era ciertamente muy diluido, en el sentido que no protegía al inversor, sino a la expansión del comercio y la navegación, afirmación que expresa Fernández de Gurmendi al señalar que posteriormente este primer objetivo pasó a un segundo plano y se procuró proteger las

¹² Sornarajah M., *The International Law on Foreign Investment*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 210.

¹³ *Ibídem*, p. 180.

¹⁴ *Ibídem*, p. 181.

inversiones en el extranjero mediante diferentes cláusulas y estipulaciones que regularan el tratamiento a los inversionistas de las partes contratantes¹⁵.

Por otro lado, no es desconocido el hecho de que los TACN fueron interpuestos y negociados en un plano de desigualdad, donde existía una parte fuerte y una débil, por lo cual la imposición de muchos requerimientos afectaba, en principio, a la parte más débil del eslabón. Sin embargo, el esquema anterior sufrió cambios cuando las naciones más pequeñas y menos poderosas empezaron a estudiar los tratados y a implementarlos en su favor, tal como el caso de Nicaragua contra Estados Unidos, cuando este último se inmiscuyó en los asuntos de política interna de Nicaragua¹⁶. De igual manera, sucedió con el TACN entre Irán y los Estados Unidos de América, en donde los primeros hicieron uso del Tratado a su favor durante el caso las Plataformas de Petróleo¹⁷.

Escenarios adversos como los anteriores, se han presentado contra los países con más poder de imposición y negociación dentro de los Tratados, por ejemplo en NAFTA, las consecuencias contra países como Canadá y Estados Unidos con base en disposiciones provisionales del Tratado han sido las menos deseadas por estas naciones, lo que obliga a pensar y analizar de mejor manera acuerdos y cláusulas establecidas en los contratos previos. En consecuencia, estos países desarrollados han tenido que hacer uso de argumentos utilizados previamente por estos mismos cuando se enfrentaban a procesos arbitrales contra países subdesarrollados, tales como:

- Soberanía.

¹⁵ Fernández S., "Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras en Relaciones Internacionales", Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, Nº 3, 1992, p. 67.

¹⁶ Caso sobre las Actividades Militares y Paramilitares dentro y en contra de Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), [1984] C.I.J. Rep. 352.

¹⁷ Caso sobre las Plataformas de Petróleo (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América), [2003] C.I.J.

- Control regulatorio del Estado

El primero de los puntos anteriores, fue evaluado y discutido durante mucho tiempo a nivel internacional y en el seno de las Naciones Unidas, en donde no estaba claro hasta qué punto podían los países limitar la esfera de acción de un inversionista extranjero. Así las cosas, la Asamblea General define una posición al determinar lo siguiente:

1. “Reafirma enérgicamente el derecho inalienable de los estados a la soberanía permanente sobre todos sus recursos naturales, de la tierra comprendida dentro de sus fronteras internacionales, así como de los fondos marinos y de su subsuelo situados dentro de su jurisdicción nacional, y en las aguas suprayacentes;

2. Apoya decididamente los esfuerzos de los países en desarrollo y de los pueblos de los territorios bajo dominación colonial y racial y bajo ocupación extranjera en su lucha para recobrar el control efectivo de sus recursos naturales;

3. Afirma que la aplicación del principio de la nacionalización por los estados, como expresión de su soberanía para salvaguardar sus recursos naturales, implica que cada Estado tiene el derecho de determinar el monto de la posible indemnización y de las modalidades de pago, y que toda controversia que pueda surgir deberá resolverse de conformidad con la legislación nacional de cada uno de los estados que apliquen tales medidas... ”¹⁸.

Como consecuencia de la postura anterior, los países debieron tomar medidas de acuerdo con su posición en la economía, sea que fueran países exportadores de capital o receptores del mismo. Por su parte, aquellas naciones que exportaban capital establecieron principios y reglas que protegían integralmente a su inversor, por medio de tratados, convenios o acuerdos comerciales que permitieran estrechar las regulaciones contenidas en los mismos, unificando, en cierta manera, el derecho internacional aplicable en la materia.

¹⁸ N.U. Resolución 3171, 1973.

Aquellos países receptores del flujo de capital del inversor debían considerar dos opciones: la primera, si debían tratar al inversor extranjero con base en la regulación de su Estado de origen o, segundo, si debían tratarlo según la regulación y la legislación interna. Ahora bien, cualquiera de estas dos opciones es contraproducente, en el primero de los casos, para aquellos inversores locales, dado que se les aplicaría legislación distinta y, en el segundo de los casos, al aplicar la legislación interna del Estado anfitrión el inversor extranjero se encuentra expuesto a cierto tipo de inseguridad jurídica entre otras cosas, por lo que el papel que desempeña la normativa, cláusulas y regulaciones desarrolladas en los tratados era, sin lugar a dudas, el escenario más objetivo para las partes en caso de conflicto o eventuales demandas.

La era de los TBI según Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, inició, aproximadamente, en 1959 cuando Alemania y Pakistán adoptaron un Acuerdo Bilateral. Alemania buscaba, en teoría, salvaguardar la propiedad de sus inversionistas en otros países dado el hecho de que su poder de maniobrabilidad después de la II Guerra Mundial era limitado y existía un riesgo muy alto de tener respuestas hostiles dentro de otras economías. Alemania no logró establecer un procedimiento de resolución de controversias directo entre inversionista-Estado¹⁹. Sin embargo, sí logró negociar una cláusula establecía el sometimiento de las disputas a la Corte Internacional de Justicia o a un Panel Arbitral Ad Hoc entre Estado-Estado. De esta manera y con base en algunos lineamientos y estándares de protección, como los mencionados anteriormente y ejecutados por parte del Estado Alemán, algunas Organizaciones como la OCDE intentaron en 1962 estandarizar y generalizar dichos lineamientos para que fueran aplicados de manera multilateral. No obstante, la respuesta de los países no fue la más elocuente y la idea no recibió apoyo²⁰.

¹⁹ Dolzer R., Schreuer C., "Principles of International Investment Law", op. cit., p. 18.

²⁰ *Ibidem*, p. 20.

Posteriormente, el Banco Mundial tuvo un acercamiento más adecuado respecto de las políticas empleadas por Alemania y que otros países estaban adoptando. Su Asesor Letrado, Aron Broches, logró transmitir una idea importante al insinuar que la contribución más importante del Banco Mundial era proveer procedimientos para la resolución de controversias de manera imparcial y materializó esta idea al crear el prototipo que se convirtió posteriormente, en 1965, en la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión²¹, en adelante el “**CIADI**”. Dicha convención introdujo cinco aspectos sumamente relevantes, los cuales precipitaron a muchos países a firmar el Convenio, estos son:

- a) Compañías extranjeras e individuos podían presentar una demanda de manera directa contra el Estado anfitrión.
- b) La inmunidad del Estado es restringida severamente.
- c) El Derecho Internacional puede ser aplicado a la relación entre el Estado anfitrión y el inversor.
- d) La regla de agotamiento de los recursos internos es, en principio, excluida; y
- e) Se simplifica el reconocimiento y exigibilidad de los laudos del CIADI dentro de los estados partes del CIADI.

²¹ *Ibíd*em nota supra.

CAPÍTULO SEGUNDO

DEL TÉRMINO “INVERSIÓN” EN LOS TRATADOS Y SU INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

1. EL CIADI Y LA INVERSIÓN

Con relación al término “inversión” que se encuentra en los Tratados Bilaterales de Inversión o en los Tratados de Libre Comercio, su alcance y la interpretación del mismo, la Convención del CIADI indica en su artículo 25 la obligatoriedad de que una disputa arbitrable derive directamente de una inversión para que sea cubierta en su jurisdicción. Sin embargo, la definición de inversión no se determina en ningún momento, son los países quienes estipulan dentro de los tratados y a través de distintos acuerdos y negociaciones aquello que quieren definir y entender como inversión. La norma antes mencionada establece literalmente:

“Artículo 25:

*(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan **directamente de una inversión** entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”²².*

²² Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Abril 2006. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf

En el caso *Barcelona Traction* la opinión separada del Juez A. Gros define la noción de inversión como una decisión de **asignar activos a una actividad productiva**²³.

Como bien mencionaba, han sido los países los que se han aventurado a definir el término inversión. En general, se establece el término como activos, para posteriormente desglosar una lista de categorías que se encuentran dentro de la definición de inversión. Esta lista incluye propiedades muebles e inmuebles, intereses en compañías, derechos contractuales, propiedad intelectual y negocios como concesiones, entre otras cosas²⁴.

Sin embargo, muchos Tribunales han elaborado, con el paso del tiempo, una variedad lista de transacciones que consideran son inversiones protegidas, tal es el caso de acciones de una compañía, acuerdos de préstamos, notas promisorias, leasing y explotación de barcos, dinero que se invierte en el desarrollo de un hotel, contratos de construcción²⁵ (estos han presentado actualmente problemas para el inversionista y resistencia en el CIADI), cuotas de mercado, capital transferido o depositado en una compañía financiera, acuerdos públicos de concesión, entre otros²⁶.

En el caso específico de Costa Rica, referente al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, en adelante CAFTA-DR, el mismo define Inversión y señala en su Capítulo 10 Sección C:

²³ Caso *Barcelona Traction* (Bélgica versus España) Nueva Aplicación, opinión disidente del Juez A. Gros, 1970.

²⁴ Weiler Todd, *International Investment Law and Arbitration: Leading cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. TJI International, 2005, p. 48.

²⁵ Los contratos de Construcción han presentado cierta resistencia en el CIADI por diferentes elementos, véase el resumen de *Ankara Law Review* realizado por Akin Alcitepe y Ronan J. McHugh, volumen 6 número 2 (inverno 2009) pp. 83-106 denominado *Bayindir v. Pakistán and the decline and fall of investment treaty claims on international construction projects*. Disponible en: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1629/17464.pdf>

²⁶ Weiler Todd, "International Investment Law and Arbitration", op. cit., p. 49.

“Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o el asumir riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

(a) una empresa;

(b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;

(c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;

(d) futuros, opciones y otros derivados;

(e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;

(f) derechos de propiedad intelectual;

(g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y

(h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda”²⁷.

Por su parte, fuera de los Tratados de Libre Comercio, existen otros acuerdos bilaterales de inversión que ha ratificado el Estado costarricense y se refieren también a la definición de inversión y lo que no debe considerarse inversión. Cabe mencionar el Acuerdo Bilateral de inversión entre Costa Rica y Canadá, en este se establece como inversión lo dicho en el inciso g del artículo primero:

²⁷ Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, 1 de enero 2009. Capítulo 10 sección C. Disponible en: <http://www.comex.go.cr/tratados/vigentes/cafta/index.aspx>

“Inversión significa cualquier tipo de activo que sea propiedad de o que esté controlado ya sea directa, o indirectamente a través de una empresa o persona natural de un tercer Estado, por un inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, y, en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

i) propiedad mueble e inmueble y cualesquiera otros derechos de propiedad relacionados, tales como hipotecas, gravámenes o prendas;

ii) acciones, capital accionario, bonos y obligaciones o cualquier otra forma de participación en una empresa;

iii) dinero, acreencias y demandas por ejecución bajo un contrato con valor financiero;

iv) buen nombre;

v) derechos de propiedad intelectual;

vi) derechos, conferidos por la ley o en virtud de contrato, para emprender cualquier actividad económica o comercial, incluyendo cualquier derecho para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales; pero no significa bienes raíces u otra propiedad, tangible o intangible, no adquirida con la expectativa de o usada para propósitos de beneficio económico u otros fines comerciales.

Para mayor certeza, inversión no significa, acreencias que resultan únicamente de:

i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por parte de un nacional o empresa en el territorio de una Parte Contratante a un nacional o empresa en el territorio de la otra Parte Contratante; o

ii) la extensión de crédito respecto de una transacción comercial como, por ejemplo, el financiamiento comercial, donde la madurez original del préstamo es menos de tres años”²⁸.

Las definiciones de inversión citadas permiten observar que realmente muchos aspectos o elementos de los tratados han cambiado. Empero, cada uno de estos poseen un carácter tan relevante, como para permitir el acceso a los tribunales del CIADI con el objetivo de dirimir un conflicto jurídico/comercial. La esencia de estas definiciones tan importantes se mantiene, con el agregado de términos que antes no se incluían.

Otras definiciones de inversión, desarrolladas entre distintas naciones y Costa Rica, mantienen un esquema similar que el anterior. Por ejemplo, los acuerdos bilaterales de inversión con Venezuela, Chile, Paraguay, Argentina, España, Corea, Francia, Alemania, entre otros.

2. LA INVERSIÓN SEGÚN PANELES ARBITRALES.

Por su parte, los tribunales arbitrales se han dado a la tarea de desarrollar su punto de vista sobre el término inversión. Un ejemplo de esto, es el caso *CSOB versus Eslovaquia* en el cual el Tribunal sobre la definición de inversión, determina:

*“Una **inversión** es frecuentemente una operación compleja, que se compone de transacciones interrelacionadas, cada una con elementos que, por sí solos, no podrían ser considerados como una inversión. Por consiguiente, una disputa que se trae ante el Centro (CIADI), debe considerarse que procede directamente de una inversión aun cuando la misma se base en una transacción*

²⁸ Acuerdo bilateral de inversión entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la promoción y protección recíproca de inversiones, 18 de marzo de 1998, págs. 10-22. Artículo 01 inciso g. Disponible en: <http://www.comex.go.cr/tratados/inversion/Canada%20Ley%207870.pdf>

que, por si sola, no calificaría como una inversión bajo la Convención, tomando en consideración que dicha transacción en particular forma parte integral de una operación global que califica como inversión”²⁹. (El resaltado no es del original).

Se puede observar que la propiedad intelectual, las acciones o el capital en una empresa son elementos establecidos desde hace ya muchos años como inversión y se mantienen dentro del formato modelo de acuerdos comerciales tan recientes como el CAFTA-DR o el Acuerdo Bilateral de Inversión entre Costa Rica con Canadá. Esto no implica que no exista innovación, sino permite manejar de manera más precisa una nomenclatura mencionada reiteradamente en laudos; lo cual, a la postre, representa seguridad para las partes y conocimiento anticipado sobre cómo enfrentar a un posible demandante dentro de un proceso comercial arbitral, siempre y cuando la trivialidad surja, como indica el Tribunal *CSOB*, de una transacción que forma parte integral de una operación global llamada inversión.

Específicamente, en el caso *Fedax versus Venezuela* en relación con la existencia o no de inversión para permitir la jurisdicción del Tribunal, el mismo concluye:

*“Las características básicas de una inversión han sido descritas e incluyen cierta duración, cierta regularidad de lucro y retorno, la asunción de riesgo, un compromiso sustancial y significativo para el desarrollo del país anfitrión”*³⁰.

Más tarde, en efecto, algunos tribunales arbitrales se aventuraron a trazar características propias de la inversión, como por ejemplo el Tribunal del caso *Salini* quien

²⁹ Caso *CSBO versus Eslovaquia*, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo 1999, Reporte 335 CIADI.

³⁰ Caso sobre una transacción con pagarés (*Fedax N.V. versus República de Venezuela*), Decisión sobre Jurisdicción, CIADI, 11 de julio 1997.

determinó que las características de una inversión, con base en las reglas del CIADI, dependen de cuatro elementos³¹:

- a- Contribución (en efectivo o en especie).*
- b- Cierta duración en la ejecución.*
- c- Participación en el riesgo de la transacción.*
- d- Contribuir al desarrollo económico del país anfitrión.*

Posterior a este laudo arbitral, se establece el llamado Test Salini, derivado del análisis que dio el Tribunal en el caso y en relación con cuáles son las características para que ciertos elementos sean considerados una inversión.

Un Tribunal hace uso de dicho Test de manera enfática al resolver el caso *Bayindir Insaat Turizm S.A., versus la República Islámica de Pakistán* que se presenta por una disputa relacionada con el desarrollo de la construcción de una carretera. El laudo determina respecto del Test Salini lo siguiente:

*“Primero, para calificar como inversión, el proyecto en cuestión debe constituir un **compromiso** sustancial de parte del inversionista. En el presente caso, no se puede impugnar que Bayindir realizó una contribución significativa, ambos en términos del know-how, equipo y personal y en términos financieros.*

*Segundo, para calificar como una inversión, el proyecto en cuestión debe tener cierta **duración**. El elemento de duración es el factor soberano que permite distinguir las inversiones dentro de la competencia de la Convención del CIADI de transacciones comerciales ordinarias...*

³¹ Caso sobre Contrato de Construcción (Salini Costruttori versus Reino de Marruecos), [00/4] CIADI, 23 de julio 2001.

*Tercero, para calificar como una inversión el proyecto no debe solamente proveer ganancias sino también implicar un **elemento de riesgo**....*

*Por último, apoyándose en el preámbulo de la Convención del CIADI, los tribunales del CIADI generalmente consideran que, para calificar como una inversión el proyecto debe representar una **contribución significativa al desarrollo** del Estado Anfitrión. En otras palabras, la inversión debe ser significativa para el desarrollo del Estado”³². (El resaltado no es del original).*

Ciertamente, se demuestra en lo resaltado la necesidad de un análisis sobre la existencia o no de la inversión, la misma debe cumplir con los cuatro elementos básicos del Test Salini, presupuestos que deben estar presente para que la disputa entre el inversionista y el Estado sea objeto de estudio bajo la jurisdicción de, en este caso, el CIADI, situación que se mencionó previamente.

En relación con los cuatro elementos que abordé del Test Salini, Dolzer y Schreuer indican que una vez alcanzado los tres primeros elementos de una inversión, sean estos, la *contribución en efectivo o especie, cierta duración en la ejecución, la participación en el riesgo de la transacción*, el último elemento no debe ser difícil de hallarse presente, esto porque la propia consistencia del proyecto con el ordenamiento legal del Estado anfitrión debe indicar la contribución significativa con dicho Estado³³.

Lo anterior se puede avalar si se considera el siguiente escenario: materializar el desarrollo económico dentro de un país no puede verse en el corto plazo, sino que requiere del paso del tiempo para que el inversionista comience a generar “riqueza” y que la misma se distribuya, sea esto a través de salarios para los empleados, políticas de desarrollo y

³² Caso Bayindir Insaat Turizm S.A., versus la República Islámica de Pakistán, CIADI, caso número ARB/03/29, 14 de noviembre, 2005. Disponible en: <http://drupaldev.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0074.pdf>.

³³ Dolzer R., Schreuer C., “Principles of International Investment Law”, op. cit., p. 69.

compromiso social, creación de infraestructura y muchos otros esquemas que se traducen como crecimiento. Ahora bien, esperar ver materializado el desarrollo del país anfitrión en poco tiempo y considerar que, visualmente, no se ha logrado es negar la existencia de un proyecto en acción pensado para percibir ingresos a futuro. Por esto, es que los autores indican que el compromiso del inversionista de ordenar su inversión con base en el ordenamiento jurídico del país anfitrión y mantenerla ahí al menos por dos años es, de por sí, una contribución a ese Estado, la cual se materializará en un mediano o largo plazo³⁴.

No obstante, algunos tribunales no han considerado pertinente la posición de que una vez alcanzados los primeros tres elementos del Test Salini, el cuarto elemento debería, en teoría, estar presente y encontrarse con facilidad; este cuarto elemento, reitero, sería la contribución al desarrollo del Estado anfitrión. Más aun, han negado la jurisdicción y la posibilidad de dirimir disputas frente a un panel arbitral, tales son los casos de *Salvadores Históricos de Malasia versus Malasia*³⁵ y el caso *Mitchell versus Congo*³⁶. En el primero de los casos el Tribunal negó la existencia de una inversión al considerar que el contrato de salvamento marítimo con el gobierno no contribuía significativamente al desarrollo económico, el otro Tribunal asume la misma posición en cuanto a la no existencia de una inversión al considerar que la Firma Legal Norteamericana no contribuyó efectivamente al desarrollo del país, aun cuando los primeros tres elementos sí estaban presentes³⁷.

Ahora bien, generalmente se ha considerado que el Test Salini es una base importante para hallar la presencia de una inversión y, de esta manera, poder ingresar al marco jurídico de un tribunal arbitral en el CIADI; sin embargo, lo demuestra la disyuntiva

³⁴ Ibídem nota supra, p. 68.

³⁵ Caso de Salvadores Históricos de Malasia versus Malasia, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de mayo 2007.

³⁶ Caso Mitchell versus Congo, Decisión sobre Anulación, 1 de noviembre 2006.

³⁷ Dolzer R., Schreuer C., "Principles of International Investment Law op. cit., p. 69.

derivada de la existencia o no de los cuatro elementos del Test, es necesario que dichos elementos no sean considerados y pensados como un todo, pues son casuísticos, dependen de cada caso. De igual manera, se observa cómo algunos tribunales se distancian unos de otros, en cuanto a la necesidad de la presencia de los cuatro elementos al mismo tiempo para considerar la existencia de la inversión.

Así las cosas, se determina que la aplicabilidad de un Tratado Bilateral de Inversión dentro de un foro o panel arbitral presupone la existencia de una inversión para estos, de lo contrario si los mismos no consideran la actividad realizada como una inversión, el inversionista no tendría la potestad de interponer un reclamo contra el supuesto Estado ofensor.

CAPÍTULO TERCERO

DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA DOCTRINA CALVO

1. PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Previo a la llegada de los TBI y sus EPI, se desarrolló una gran batalla entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo, que se extendió durante décadas. Esta inició con la llamada protección diplomática, la cual fue definida en determinado momento por la CPJI en el caso *Mavrommatis Palestine Concessions* de la siguiente manera:

“It is an elementary principle of international law that a State is entitled to protect its subjects, when injured by acts contrary to international law committed by another State, from whom they have been unable to obtain satisfaction through the ordinary channels. By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights – its right to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law”³⁸.

Ahora bien, para que pueda darse protección diplomática es necesario que la corporación o persona sean nacionales, ciudadanos del país que acogerá el reclamo. El vínculo de nacionalidad debe ser continuo y estar presente desde el momento en que se produjo la lesión hasta el momento en que la persona física o jurídica presenta el reclamo. Otros puntos importantes son: a) el lesionado debe haber agotado los recursos locales para su defensa dentro del régimen jurídico del Estado que causó la lesión, b) la potestad de acceder a la protección diplomática recae en la discreción política del estado, c) el Estado

³⁸ Caso *Mavrommatis Palestine Concessions*, CPJI, Ser.A, No.2, p. 12. 1924.

puede discontinuar el proceso a favor de su inversionista nacional en cualquier momento, d) el Estado puede renunciar al reclamo de su nacional, e) el Estado puede llegar a un acuerdo o arreglo con el Estado demandado sin la aprobación del inversionista afectado³⁹.

Con fundamento en los elementos supra puedo señalar que la potestad de acoger un reclamo de sus nacionales recae en el Estado, quien tiene la discreción política de llevarlo a cabo, o bien de rechazarlo. Todo lo anterior señalado por la CIJ en el caso *Barcelona Traction* en donde el Tribunal determinó:

“The State must be viewed as the sole judge to decide whether its protection will be granted, to what extent it is granted, and when it will cease. It remains in this respect a discretionary power the exercise of which may be determined by considerations of a political or other nature, unrelated to the particular case. Since the claim of the State is not identical with that of the individual or corporate person whose cause is espoused, the State enjoys complete freedom of action”⁴⁰.

Dolzer expone, en la misma línea, que la protección diplomática desarrolló defensores y detractores, juristas y publicistas del derecho que comenzaron a velar por los intereses de sus países, establecieron una corriente a favor de la protección diplomática por parte de los países desarrollados, y una corriente contraria a esta por parte de los países en vías de desarrollo, específicamente, los países latinoamericanos⁴¹. Amén de lo anterior, el contexto en el cual se desarrolló la protección diplomática fue bastante problemático; por ejemplo, durante su inicio, a mediados del siglo XIX, a diferencia de lo que mostró en el siglo XX. Se presentaron abusos y, a razón de esto, surgió una doctrina que no se oponía

³⁹ Dolzer R., Schreuer C., “Principles of International Investment Law op. cit., p. 211.

⁴⁰ Caso Barcelona Traction (Bélgica versus España) Demanda, 5 de febrero de 1970. Reportes de CIJ, 1970, párrafo. 79.

⁴¹ Dolzer R., Schreuer C., “Principles of International Investment Law op. cit., p. 211.

propriadamente a la estructura jurídica de la protección diplomática, sino a la manera en que los países desarrollados comenzaron a emplearla, lo cual se detallará a continuación.

2. DOCTRINA BELLO/CALVO

La Doctrina Bello/Calvo surge, como se indicó anteriormente, de la necesidad de los países en vías de desarrollo, países latinos, de frenar la interpretación y aplicación de la protección diplomática que realizaban los países desarrollados. Para entender lo anterior, es necesario ahondar en el tema histórico y abordar la Conferencia que desarrolló el doctor Santiago Montt Oyarzun, en Denver Colorado, sobre la responsabilidad internacional del Estado desde la perspectiva latinoamericana⁴².

Para Montt, la protección diplomática comenzó a desvirtuarse en el momento en que algunos Estados integraron a su aplicación la ayuda o fuerza militar y la convirtieron en lo que define Richard Lillich como la “*diplomacia de cañonero*”⁴³, mediante la cual se le impuso a muchos países pequeños esquemas de compensación y decisiones arbitrales que bajo estándares democráticos y pacíficos no hubieran sido de recibo. En muchos casos, la intervención militar no, necesariamente, debía de materializarse, sino que bastaba con una simple amenaza creíble que desestimulara la intención de la contraparte de hacer uso de su defensa a través de herramientas legítimas. Igualmente, Lillich -citado por Montt- concluyó que no había duda de que los Grandes Poderes muchas veces estiraron los estándares sustantivos y abusaron del proceso de protección diplomática⁴⁴.

⁴² Law & Society Annual Meeting, Denver, Colorado, Mayo 30, 2009, y seminario LEGS, Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, Princeton University, Febrero 9, 2009, ponencia: “The Latin American Position on State Responsibility: Looking into the Past for Lessons on the Future” [La posición latinoamericana sobre responsabilidad (internacional) del Estado: mirando al pasado en búsqueda de lecciones para el futuro] Disponible en: <http://lapa.princeton.edu/uploads/2009-0209%20Montt%20LEGS%20chapter.pdf>, p. 3.

⁴³ Richard Lillich, citado por Montt Santiago. *Ibidem* nota supra.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 9.

Bien señala la situación vivida por los países latinoamericanos el doctor Montt al citar a José María Torres Caicedo, quien a su vez fue citado por Carlos Calvo en su Tratado:

“Pero ha mucho tiempo que se quiere explotar otra veta, otro filón de esa rica mina de indemnizaciones. Unos o muchos extranjeros reciben daño a consecuencia de una de esas revoluciones en que es tan fecunda la América latina. Los extranjeros así perjudicados que se les indemnice (si han perdido 1, reclaman 100); el Ministro respectivo apoya su reclamación; sigue la historia de las escuadras, la protesta del Gobierno injustamente amenazado, y el pago inmediato, o la promesa de pago hecha por ese Gobierno, al cual se le quita la palabra mostrándole la boca de los cañones”⁴⁵.

Puedo seguir la misma línea y mencionar algunas situaciones más que expone el doctor Montt, las cuales ejemplifican el escenario vivido por los países latinos, tales como:

- La invasión francesa en Argentina en 1838, sobre la cual ahondaré más adelante.
- La intervención franco-inglesa en Río de la Plata de 1843 a 1850.
- El ataque franco-alemán-español en México de 1861 a 1867.
- El bloqueo alemán-inglés-italiano a la costa de Venezuela de 1902 a 1903, en donde primero bombardearon y minimizaron la milicia de Puerto Cabello y luego establecieron un “tratado de paz” que incluía la administración aduanera venezolana a través de oficiales belgas⁴⁶.

Como mencioné anteriormente, procederé a comentar uno de los ejemplos que retrata situaciones de abuso, el cual se dio en 1938 cuando Francia bloqueó los puertos de Argentina. Esto por cuanto los primeros consideraban que Argentina, con base en un

⁴⁵ Ibídem nota supra.

⁴⁶ Miguel Cruchaga Tocornal, citado por Montt Santiago. Ibídem, p. 10.

tratado, daba un trato diferenciado a los ingleses con lo que, por medio de la fuerza y los cañones, recurrieron a amenazar a los argentinos, quienes en ese momento apenas eran un Estado incipiente al obtener su independencia de España, tal afirmación se refleja en la siguiente exposición de dicho conflicto entre cartas diplomáticas que se intercambiaron el gobernador argentino, un ministro inglés y un almirante francés en aquel entonces:

“No había más que hacer. Con fecha 10 Roger pidió sus pasaportes que le fueron entregados el 13. Al día siguiente se fue a Montevideo dejando a cargo de la legación inglesa los asuntos consulares franceses.

Rosas no había parecido atemorizarse, lejos de ello, con la presencia de la escuadra frente a Buenos Aires, Leblanc se trasladó a la rada porteña alineando su buque insignia - la corbeta Expeditive- con los demás. Quiso hacer una última tentativa para evitar la guerra, porque suponía que tras el bloqueo vendría el bombardeo y la ocupación de Buenos Aires.

El 24 después de conversar con el Ministro inglés Mandeville, dirigió una nota paternal y admonitoria a Rosas: “En nombre de la Francia vengo a daros la última prueba de sus benévolas intenciones”; (Rosas) no debería dejarse arrebatar “por una simple cuestión de amor propio”, debería pesar la debilidad del “país que os ha escogido para gobernarlo” y los medios de poder que tenía la escuadra que estaba frente a Buenos Aires, “reflexionando sobre las consecuencias”: la escuadra se volvería a su estación si, por lo menos, suspendía la aplicación de la ley de milicias a los franceses y prometía indemnizar a Despouys, Lavié y la viuda de Baclé.

Mandeville había interpuesto sus “buenos oficios” entre el almirante y el gobernador. El Ministro inglés no quería el bloqueo, que perjudicaría el comercio de exportación británico, y esperaba un allanamiento argentino a las imposiciones francesas. Si Rosas daba este primer paso, sería fácil llevarlo a otros que interesaban a Inglaterra: abolición de la ley de aduana, restablecimiento del Banco, arreglo de la deuda exterior...

... Rosas trasladó sus gritos del francés al inglés, por pluma de Arana contestó contra el contralmirante con arrogancia. No aceptaba que un jefe naval al frente de su fuerza hiciera intimaciones: **“Exigir sobre la boca del cañón privilegios que solamente pueden concederse por tratados es a lo que este gobierno, tan insignificante como se quiera, nunca se someterá... ningún interés francés se encuentra atacado”** para tolerar la presencia de la cuadra en la rada”⁴⁷. (El resaltado no es del original).

En respuesta al desenlace anterior, en donde el gobernador argentino rechaza las exigencias francesas, el almirante Leblanc declara en estado de riguroso bloqueo el puerto de Buenos Aires y todo el litoral del río perteneciente a la República de Argentina. En Francia, esta accionar tuvo buen asidero e incluso la circunspecta Revue des Deux Mondes habló del “alto deber que incumbía a Francia de ejercer influencia disciplinaria y civilizadora sobre los degenerados hijos de los héroes de la conquista española”⁴⁸.

Ahora bien, se desprende que este “bloqueo pacífico” no fue como otros que implicaron el choque de fuerzas militares; sin embargo, esto se dio porque los ingleses estaban en medio de la línea de batalla y se veían afectados comercialmente por el bloqueo. El escritor José María Rosa cita un memorándum de 1839 que demuestra lo bélico que podía ser el escenario de un bloqueo, este decía:

“Algo más salió de ese “entendimiento”. Una escuadra francesa zarpó para Méjico a pedirle explicaciones al presidente Bustamante por el “agravio al honor”, ya que su gobierno se negaba a indemnizar a un confitero francés a quien unos soldados le habían comido unos pasteles sin pagarle. El almirante Baudin, al frente de la fuerza, no se limitó a bloquear el puerto de Veracruz y cañoneó y destruyó el fuerte de San Juan

⁴⁷ Rosa José María, Historia de Argentina: Unitarios y Federales (1826-1841) Stanford University Libraries, Tomo IV, Ed. Oriente Buenos Aires, p. 311. El resaltado no es del original.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 312.

de Ulúa (28 de noviembre de 1938) que guarnecía la plaza. Medió Inglaterra ante el nuevo presidente de Méjico, Santa Ana (que combatiendo en Ulúa había perdido una pierna), llegándose a un arreglo: Méjico indemnizaría a Francia con 600.000 francos que el diplomático Deffaudis entendió suficientes para el honor francés, e Inglaterra sacó un excelente tratado de esclavatura y comercio.

En Chile hubo en enero algunos actos inamistosos de la corbeta Flora, que motivaron una enérgica nota del gobierno. La dificultad de mandar una escuadra al pacífico y la extensión del litoral chileno hacía inoperante el “bloqueo pacífico”, además las complicaciones del Plata no permitieron tomar medidas serias de intervención. También en Ecuador hubo presiones, tal vez para que el presidente Rocafuerte no se declarase contra Santa Cruz. En Venezuela se pidió, con tono exigente, el “trato de la nación más favorecida”. Tanto Venezuela como Ecuador, donde el comercio francés era exiguo y no había mayores residentes franceses, se allanaron previo consejo de los agentes británicos”.⁴⁹.

Las razones de los “bloqueos pacíficos” con seguridad calaban en las incipientes y desordenadas democracias y, como bien, lo indica el escritor Rosa, para un país en materia económica y financiera, un bloqueo era tremendamente ruinoso, lo anterior sin incluir las implicaciones que las intervenciones bélicas traían consigo. Intervenciones que, finalmente, provocaron la necesidad en América Latina de manifestarse contra la protección diplomática y contra, una de sus manifestaciones legales de más trascendencia histórica, los ***estándares mínimos internacionales***⁵⁰.

Dentro de este contexto y según el bagaje histórico de aquella época, puedo entonces ahondar en lo que la doctrina Bello/Calvo expresaba a ciencia cierta. El doctor Montt, expone que el creador de la Doctrina Calvo fue realmente el jurista Venezolano Andrés

⁴⁹ *Ibídem* nota supra, p. 314.

⁵⁰ Law & Society Annual Meeting, Denver, Colorado, mayo 30, 2009, op. cit., p. 10.

Bello, quien, en 1832, señala en su tratado “Derecho de Jentes” el principio de **no-intervención e igualdad entre las naciones**. Asimismo, Bello determinó que el extranjero que ingresaba a un Estado ajeno a realizar inversiones u otro tipo de actividades **“acordaba tácitamente estar sujeto a sus leyes y a su jurisdicción”**⁵¹.

Más adelante, en la publicación del tratado de 1844 denominado “Principios de Derecho Internacional” Bello expresa la idea que ahora podemos considerar como la estructura base de la Doctrina Calvo:

*“Es obligación del soberano que les da acogida [a los extranjeros] atender a su seguridad, haciéndoles justicia en sus pleitos, y protegiéndolos aun contra los naturales, demasiado dispuestos a maltratarlos y vejarlos, particularmente en países de atrasada civilización y cultura. **El extranjero a su entrada contrae tácitamente la obligación de sujetarse a las leyes y a la jurisdicción local, y el Estado le ofrece de la misma manera la protección de la autoridad pública, depositada en los tribunales.** Si estos contra derecho rehusasen oír sus quejas, o le hiciesen una injusticia manifiesta, puede entonces interponer la autoridad de su propio soberano, para que solicite se le oiga en su juicio, o se le indemnicen los perjuicios causados. Los actos jurisdiccionales de una nación sobre los extranjeros que en ella residen, deben ser respetados de las otras naciones; porque al poner el pié en el territorio de un Estado extranjero, contraemos, según se ha dicho, la obligación de someternos a sus leyes, y por consiguiente a las reglas que tiene establecidas para la administración de justicia. Pero el Estado contrae también por su parte la obligación de observarlas respecto del extranjero, y en el caso de una palpable infracción, el daño que se infiere a este, es una injuria contra la sociedad de que es miembro. Si el Estado instiga, aprueba o tolera los actos de injusticia o violencia de sus súbditos contra los extranjeros, los hace verdaderamente suyos, y se constituye responsable de ellos para con las otras naciones”*⁵². (El resaltado no es del original)

⁵¹ Ibídem nota supra, p. 16.

⁵² Ibídem, p. 17.

Queda claro, con la visión anterior, que la intención de Bello era hacer hincapié en el hecho de que los Estados debían garantizar a los inversionistas extranjeros el mismo trato que daban a sus propios nacionales, eso sí, con base en la ley local. Sin embargo, y esto también queda claro, se debía proteger al Estado de aquellos extranjeros, que alegaban supuestas leyes internacionales y demandaban posiciones privilegiadas.

Es menester señalar que la perspectiva de Bello, según expone Montt, fue sumamente importante, al punto que enriqueció muchos de los TACN que firmó Chile con otras naciones en los años 1800. Tratados en los cuales se plasmó el principio de igualdad de trato a los extranjeros y que, posteriormente, abrió un camino al debate internacional sobre la llamada protección diplomática y su intervención militar versus el llamado derecho de igualdad y respeto a las leyes locales.

En resumidas cuentas, Montt realiza una conclusión sumamente acertada sobre la Doctrina Calvo, la cual impulsa al análisis del siguiente apartado, el Trato Nacional:

*“In sum, the Calvo Doctrine and Clause embodied the principle of **national treatment** as an attempt to curb the excesses of diplomatic protection. The Doctrine did not deny aliens and foreign investors’ their rights under international law, and the Clause did so only under the authority vested in the free will and freedom of contract of those aliens and foreign investors. When viewed in a proper historical light, the Calvo Doctrine and Clause illustrate the tensions inherent in Latin American policy between the priorities of fostering foreign immigration and investment on the one hand, and avoiding military self-help on the other”⁵³. (El resaltado no es del original).*

⁵³ *Ibidem* nota supra, p. 23.

Entender el desarrollo histórico de la protección diplomática y la Doctrina Bello/Calvo permite evaluar la cláusula de Trato Nacional, en adelante TN, que se encuentra en los Tratados de Libre Comercio y en los Tratados Bilaterales de Inversión, esto porque la misma interrelaciona al inversionista, a la inversión o ambos elementos con el trato que les ofrece el Estado anfitrión.

CAPÍTULO CUARTO

LAS CLÁUSULAS QUE INTEGRAN EL RÉGIMEN DE INVERSIONES EN LOS TRATADOS.

1. CLÁUSULA DEL TRATO NACIONAL

La cláusula de TN ha sido evaluada por distintos tribunales de manera reiterada. Sin embargo, antes de iniciar el análisis de su contenido, es necesario hacer la observación sobre el TN que se encuentra en las regulaciones GATT de la Organización Mundial de Comercio, el cual regula el trato que reciben las mercancías cuando ingresan a determinado Estado provenientes de otra nación. Por su parte, el TN presente en los tratados bilaterales de inversión surge como inspiración del GATT, con claras y absolutas distinciones, por ejemplo, en los instrumentos comerciales “BITS” o Tratados de Libre Comercio, se enfoca el trato que recibe un inversionista extranjero versus el trato que recibe un inversionista local. Mientras que la manifestación del TN en el GATT se orienta en los acuerdos sobre comercio de mercancías y en la comparación entre productos. Así las cosas, ambos son estándares de no discriminación; no obstante, han tenido una evolución independiente y una aplicación distinta.

A continuación, se desarrolla el análisis del TN en dos espacios, el primero en la aplicación de la cláusula dentro de los Tratados de Libre Comercio y el segundo en la aplicación de la cláusula dentro de los Acuerdos Bilaterales de Inversión, se deja de lado aquello que tiene estricta relación con el foro de la OMC.

1.1 El Trato Nacional al inversionista en los Tratados de Libre Comercio

En el acuerdo entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, la cláusula de TN está definida como:

“Artículo 10.3 Trato Nacional:

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones.

3. El trato otorgado por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte”⁵⁴.

La definición anterior, también, se encuentra presente en los tratados que ha suscrito Estados Unidos relacionados con inversión en otras naciones como México y Canadá, el Tratado de Libre Comercio Norteamericano, el cual entró en vigencia el primero de enero de 1994⁵⁵, mucho tiempo antes del CAFTA-DR, la interpretación de los Tribunales del NAFTA ha sido vasta y me abocaré a mencionarla. La definición en el tratado de Norteamérica es idéntica, por no decir la misma que en CAFTA-DR, lo único diferente es que añade el apartado 4 y dos subpárrafos, el a y el b, tal como se muestra a continuación:

⁵⁴ Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, op. cit. p. 10-1.

⁵⁵ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá, enero 1994. Disponible en <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590&mtpilD=142>.

“Artículo 1102: Trato Nacional

1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

2. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

3. El trato otorgado por una Parte, de conformidad con los párrafos 1 y 2, significa, respecto a un estado o una provincia un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese estado o provincia otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de la Parte de la que forman parte integrante.

4. Para mayor certeza, ninguna Parte podrá:

(a) imponer a un inversionista de otra Parte el requisito de que un nivel mínimo de participación accionaria en una empresa establecida en territorio de la Parte, esté en manos de sus nacionales, salvo que se trate de acciones nominativas para directivos o miembros fundadores de sociedades; o

(b) requerir que un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, venda o disponga de cualquier otra manera de una inversión en territorio de una Parte”⁵⁶.

Se considera, entonces, el tema de la interpretación por parte de los tribunales NAFTA sobre la cláusula de TN. El primero de los casos que se puede señalar es *Pope &*

⁵⁶ *Ibíd*em nota supra, Artículo 1102.

*Talbot Inc. versus Canadá*⁵⁷. Este caso, literalmente, marcó el camino para los demás tribunales respecto de la interpretación de la cláusula de Trato Nacional.

El caso se presenta cuando una compañía norteamericana denominada *Pope & Talbot* operaba a través de su subsidiaria canadiense tres aserraderos en Canadá. Dicha compañía exportaba a los Estados Unidos la mayoría de la madera blanda que producía. Sin embargo, a raíz del llamado Acuerdo sobre Madera Blanda vigente entre ambos países, se estableció la obligación de las compañías exportadoras de madera blanda de pagar un arancel sobre la exportación del producto a los Estados Unidos, si la cantidad de exportación excedía un límite previamente establecido.

Por razones geográficas y naturales, la provincia de Columbia Británica posee sobreabundancia en cuanto a la producción de madera blanda y es aquí a donde se encuentran las subsidiarias de *Pope & Talbot*; por lo que el Acuerdo afectó directamente el retorno de capital que podía percibir con la venta del producto, pues eran los mayores exportadores a Estados Unidos.

En la presentación de la demanda, la parte actora, la compañía, señala que el trato que recibe es menos favorable que aquel que reciben otros exportadores de madera blanda bajo el régimen de control de exportaciones. Por su parte, el Estado canadiense alegó que el reclamo no era válido, a menos que el inversionista pudiera demostrar que el trato menos favorable que recibía se debía al origen del estado de donde pertenecía. El Tribunal *Pope & Talbot* no encontró una razón para condenar con base en la cláusula de TN. Sin embargo, sí desarrolló un análisis de la misma el cual la mayoría de los tribunales arbitrales ha seguido posteriormente sin discusión. En el análisis el Tribunal determina la presencia de un test con

⁵⁷ Caso de *Pope & Talbot versus Canadá*, Ordenanza sobre: Moción para Rechazar por Motivos del Artículo 1101, NAFTA, 26 de enero 2000.

tres elementos para presumir la violación de la cláusula. El Tribunal indica lo siguiente en su intervención:

“Al evaluar las implicaciones del contexto legal, el Tribunal considera que, como primer paso, el trato que se le brinda a una inversión extranjera protegida por el Artículo 1102(2) debe ser comparado con aquel trato que se le brinda a la inversión doméstica que se encuentran en el mismo sector económico o empresarial. Sin embargo, ese primer paso no es el último. Las diferencias en el trato presuntivamente violan el Artículo 1102(2), a menos que tengan un nexo razonable con políticas gubernamentales racionales que (1) no distinguen, entre las compañías locales y las que pertenecen a extranjeros, y (2) de otra manera no socavan indebidamente los objetivos liberales de las inversiones con base en el NAFTA ”⁵⁸.

Basado en el párrafo anterior, el autor Todd Weiler indica que el Tribunal articuló un análisis irresistible y simple del artículo 1102 (Trato Nacional) en su exposición y crean un tipo de Test para reconocer si existe o no violación de dicho artículo. Weiler comparte dicho test y, adicionalmente, expone los elementos esenciales que involucra de la siguiente manera:

- 1. “Primer Elemento: Identificar a los sujetos relevantes para la comparación.*
- 2. Segundo Elemento: Considerar el trato relativo que reciben los comparados.*
- 3. Tercer Elemento: Considerar si existe algún factor que justifique cualquier desviación en el trato otorgado ”⁵⁹.*

Recapitulo en forma breve el análisis que realiza el Tribunal *Pope & Talbot* respecto de los tres elementos mencionados anteriormente y cómo los aborda:

⁵⁸ Caso de *Pope & Talbot versus Canadá*. Laudo sobre el fondo de la fase II, NAFTA, 10 de abril 2001, párrafo 78.

⁵⁹ Weiler Todd, “International Investment Law and Arbitration”, op. cit., p. 567.

- En el primer elemento, el Tribunal identifica a las partes o sujetos que debían ser objeto de comparación, estos eran aquellas empresas que produjeran un producto específico y distinguible en Norteamérica. En este caso, el que estaba bajo regulación, *Pope & Talbot*, y cualquier otro productor de madera blanda.

- En el segundo elemento, el Tribunal analiza el trato que reciben los comparados, lo cual era bajo todos los puntos de vista, un trato igualitario, esto en el tanto la cuota o impuesto que se debía pagar por exportar madera blanda a Estados Unidos no variaba entre una parte u otra, sino que era un margen estándar aplicado de manera congruente a los exportadores de madera blanda (*había provincias donde el impuesto no se aplicaba*).

- Finalmente, en el tercer elemento, el Tribunal señala la necesidad de encontrar un factor justificante para aplicar la medida discriminatoria, una medida que provenga de una política gubernamental racional. Este último elemento, el cual alegó *Pope & Talbot* no se consideró discriminatorio por parte del Tribunal.

Nótese que en el tercer elemento se encuentra la posibilidad del Estado anfitrión de discriminar con base en regulaciones de interés público. Esta disposición presente en uno de los puntos señalados anteriormente por parte del Tribunal *Pope & Talbot*, implica “considerar si existe o no algún factor que justifique cualquier desviación en el trato otorgado”⁶⁰. A pesar de la posibilidad de discriminar, existe un riesgo en cuanto a la justificación del Estado anfitrión no resulte suficiente para alcanzar el escenario adecuado para fundamentar la diferencia de trato.

⁶⁰ Caso de *Pope & Talbot versus Canadá*, op. cit., párrafos 9-37.

Se puede ilustrar mejor la situación antes descrita (la justificación para un trato diferenciado por parte del Estado Anfitrión) si se considera el caso *SD Myers versus Canadá*⁶¹. En este caso particular, una compañía norteamericana invierte y crea una compañía en Canadá, denominada SDMI Canadá, con el propósito de importar Bifenilos Policlorados (BP), un compuesto químico dañino para el ambiente. El mismo sería tratado en la casa matriz de la compañía ubicada en Estados Unidos. El problema se inicia después de la prohibición que se da en Estados Unidos de importar BP de Canadá. Esto se dio en 1980 y hasta 1995 la empresa SD Myers fue autorizada para importar este compuesto químico⁶².

No obstante, el Gobierno de Canadá rápidamente emitió una “Orden” que prohibía la exportación de BP a Estados Unidos durante 16 meses. Finalmente, el Tribunal en su decisión determina que la “Orden” emitida por Canadá que prohíben la exportación de BP a Estados Unidos, no se creó por preocupaciones ambientales, como lo indicó Canadá, sino que la razón principal fue proteger la industria de eliminación de desechos de la competencia estadounidense y favoreció a los inversionistas nacionales canadienses sobre los no-nacionales⁶³.

Amén de lo anterior, podría considerar que, eventualmente, si un estado, por ejemplo Costa Rica, excusa algún tipo de discriminación con base en políticas internas de interés público o ambiental debe poder demostrar de manera transparente y objetiva que la aplicación de la norma no busca dar un trato menos favorable a un inversionista extranjero o discriminarlo por su nacionalidad, sino que se enfoca en aplicar políticas con relevancia interna que buscan proteger, salvaguardar y defender un tema que el Estado considera

⁶¹ *SD Myers versus Canadá*, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre 2000, 40 ILM (2001) párrafo 250.

⁶² *Ibidem*, párrafo 101.

⁶³ *Ibidem*, párrafo 193.

importante regular. La dificultad que se presenta con respecto al supuesto antes descrito, es el análisis que debe realizar el tribunal arbitral sobre la intención per se del regulador.

Aparte de los tres elementos esenciales del test que se han abordado en el análisis de la cláusula de Trato Nacional, existe un factor adicional que toma una posición de relevancia, incluso presente en CAFTA-DR y NAFTA, este es el término “**en circunstancias similares**”, el cual fue empleado en sus inicios como “**en situaciones similares**”, esta última frase ha sido manejada por algunos autores como por ejemplo Alicia M. Perugini quien al referirse a la definición de TN indica:

*“El Trato Nacional es un compromiso que asume un estado frente a otros estados de tratar a las inversiones del otro estado con un trato no menos favorable que el que se otorga **“en situaciones similares”** a las inversiones de nacionales de terceros países”⁶⁴.*

Sin embargo no continuaré utilizando la expresión “en situaciones similares” a pesar de que esta no es incorrecta, emplearé el término “en circunstancias similares” esto en el tanto el mismo es abordado de manera más amplia por diferentes autores, por ejemplo, Dolzer y Schreuer, quienes consideran esta expresión como la posibilidad de determinar si el inversionista foráneo y el inversionista local se **ubican en un escenario comparable**⁶⁵.

Con respecto a este tema, conviene detenerse un momento con el fin de señalar la relevancia de la Organización Mundial de Comercio y su relación con el término “**en circunstancias similares**”. De igual manera, bajo el señalamiento de los autores antes mencionados, Dolzer y Schreuer, quienes consideran que los Tribunales NAFTA, al inicio, tales como *Pope & Talbot* u otros que se describen más adelante como *SD Myers o Marvin*

⁶⁴ Citado por Granato Leonardo, Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 29. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2005/lg/lg-pie.pdf>. El resaltado no es del original.

⁶⁵ Dolzer R., Schreuer C., “Principles of International Investment Law, op. cit., p. 180.

Feldman consideraron que la jurisprudencia de la OMC era adecuada para guiar sus decisiones. Sin embargo, de manera posterior esto cambia, según los autores, básicamente, por tres razones⁶⁶:

La primera razón se da en el tanto la jurisprudencia de la OMC le exige al gobierno que aplica un trato diferenciado soportar la carga de la prueba al demostrar la legitimidad de la política que justifica el trato diferenciado, caso que los autores critican pues en los tratados bilaterales de inversión esta posición no necesariamente es compartida.

La segunda razón, se presenta en 2004 con el análisis que aplica el Tribunal en el caso *Occidental versus Ecuador*⁶⁷, respecto de un acuerdo de inversión. Se menciona la preocupación de la OMC por el tema de “productos similares”, empero el tratado de inversión hablaba de “situaciones similares” y se agrega que las políticas que se refieren a productos competitivos y sustituibles no pueden ser tratadas de la misma manera que las políticas de un acuerdo bilateral que se refiere a “situaciones similares.

La tercera razón se presenta claramente en el 2005, cuando el Tribunal NAFTA del caso *Methanex* analiza el tratado comercial cláusula por cláusula e indica que utiliza diferente lenguaje en diferentes partes. En algunas partes, el lenguaje es el mismo que el que utiliza la OMC, específicamente, en el capítulo 12. El Tribunal determina que las partes estaban al tanto de la diferencia en el lenguaje utilizado y en el capítulo 12 en forma deliberada se refirieron a “mismas circunstancias” en contraposición al término “productos similares”, por lo cual concluye que una inversión no puede ser considerada como idéntica dentro del concepto “productos similares” y que, por lo tanto, las provisiones sobre

⁶⁶Ibidem nota supra, p. 184.

⁶⁷ *Occidental versus Ecuador*, Decisión, 1 julio 2004, Reporte 59 CIADI 12.

inversión debían ser interpretadas de manera independiente a las consideraciones de la OMC⁶⁸.

Se observa que el camino que marcó la OMC fue sumamente importante en un inicio, permitió que se desarrollara una visión amplia sobre cuáles debían ser los elementos objeto de comparación, lo cual le ayudó a los jueces no solo a alcanzar la decisión más acertada en relación con la frase “en circunstancias similares”⁶⁹, sino también a encaminarse y a estructurar un camino distinto en la aplicación de este estándar.

En lo que se refiere a la importancia del término “en circunstancias similares” conviene mencionar lo que el Tribunal NAFTA en su decisión sobre el caso *SD Myers versus Canadá* señaló:

“El Tribunal considera que la interpretación de la frase “en circunstancias similares” en el Artículo 1102 debe tomar en consideración los principios generales que emergen del contexto legal del NAFTA, incluyendo ambos, su preocupación con el medio ambiente y la necesidad de evitar transacciones distorsionadas que no estén justificadas por dichas preocupaciones ambientales. La evaluación de “en circunstancias similares” también debe tomar en consideración circunstancias que justificarían regulaciones gubernamentales que los traten de manera diferente con el fin de proteger el interés público. El concepto de “en circunstancias similares” invita a examinar si un inversionista no-nacional que reclama un trato menos favorable está en el mismo “sector” que el inversionista nacional. El Tribunal toma la posición de que la palabra “sector” tiene una amplia connotación que incluye los conceptos de “sector económico” y “sector empresarial”⁷⁰. (El resaltado no es del original).

⁶⁸ Methanex Corporation versus los Estados Unidos de América, Laudo Final, 3 de agosto 2005, UNCITRAL, párrafos 33, 34.

⁶⁹ Weiler Todd, “International Investment Law and Arbitration”, op. cit., p. 564.

⁷⁰ SD Myers versus Canadá, Primer Laudo Parcial, op. cit., párrafo 130. El resaltado no es del original.

Finalmente, y como se mencionará en el siguiente apartado, debo señalar que con frecuencia la cláusula de TN en su redacción “estándar” involucra dos elementos importantes, primero, no discriminar a un inversionista extranjero y, segundo, no darle un trato menos favorable. Esto significa la obligación del Estado de darle a las inversiones de los extranjeros un trato similar o igual al que reciben las inversiones de sus locales y adicionalmente se le exige no diferenciar con base en cuestiones de nacionalidad. Estos dos elementos no son excluyentes uno del otro, sino que subsisten de manera independiente. Así lo determina el Tribunal NAFTA en el *Caso Thunderbird*⁷¹, cuando señala que la violación del estándar de TN en NAFTA no requiere que el demandante demuestre por separado que el trato menos favorable se motivó por su nacionalidad. El hecho de que se presente un trato menos favorable es suficiente para violar la cláusula de TN, igualmente, si se presente la discriminación por la nacionalidad del inversionista, es suficiente para que el tribunal o panel arbitral determinan una violación de la cláusula de TN⁷².

1.2 El Trato Nacional en los Tratados Bilaterales de Inversión.

Para dar inicio al análisis del TN dentro de los Tratados Bilaterales de Inversión debo señalar la definición de esta cláusula dentro de un acuerdo bilateral suscrito por Costa Rica, como por ejemplo el que se encuentra vigente con Chile, el mismo se refiere al TN en su artículo cuarto e indica:

*4. “Artículo IV: 3. Cada Parte Contratante otorgará, a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante, efectuadas en su territorio un trato **no menos favorable** que aquel otorgado a las inversiones de los inversionistas de un tercer Estado, si este último tratamiento fuere más favorable.*

⁷¹ Citado por Dolzer R., Schreuer C., “Principles of International Investment Law op. cit., p. 181.

⁷² *Ibídem.*

*Entre el **Trato Nacional** y el Trato de Nación más Favorecida, cada Parte Contratante aplicará el trato que sea más favorable para la inversión del inversionista, a criterio de este último”⁷³.*

Se puede comprender que existe diferencia en la redacción de este estándar entre lo que es el CAFTA-DR y lo que es un Acuerdo Bilateral de Inversión.

A pesar de que la estructura del artículo antes mencionado, que es distinta a la que se encuentra en CAFTA-DR, los elementos básicos de la misma se encuentran presentes, tal como la frase “un trato no menos favorable”, mencionado brevemente en el apartado anterior. El acuerdo aboga por definir un parámetro respecto del trato que debe recibir la inversión del inversionista, quizá la “**más favorable**” frente al trato que pudieran recibir los mismos inversionistas locales. Esta posición es analizada por la autora Ymaz Videla quien expone, según su opinión, que el TN no está ideado para garantizar igualdad de trato a los inversores locales o extranjeros, sino para promover la existencia de un trato “privilegiado” para los inversores foráneos dentro del Estado anfitrión⁷⁴.

Con base en el punto anterior se puede pensar que los Estados deberían inclinar la balanza hacia la necesidad e importancia de incluir siempre esta cláusula en acuerdos bilaterales de inversión; sin embargo, según lo señala Guido S. Tawil, la decisión de hacerlo depende de cada nación, por ejemplo, en el caso de Alemania se considera esencial tener esta cláusula dentro de sus tratados o acuerdos, en el caso de Francia se ha adoptado una posición más flexible en cuanto a la presencia de la misma⁷⁵.

⁷³ Acuerdo bilateral de inversión entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones, 11 de Julio de 1996 . Disponible en: <http://www.comex.go.cr/tratados/inversion/Chile%20Ley%207748.pdf>. El resaltado no es del original.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Citado por Granato Leonardo, “Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión”, op. cit., p. 30.

2. CLÁUSULA DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO VERSUS EL NIVEL MÍNIMO DE TRATO

Se debe señalar que el principio de Trato Justo y Equitativo, en adelante TJE, se ha plasmado reiteradamente en tratados e instrumentos comerciales y es por este medio, en gran parte, que se ha establecido como piedra angular para la protección de los inversionistas; así como a través de la costumbre, del análisis y la interpretación que desarrollan distintos tribunales arbitrales por su reiterada presencia dentro de los argumentos de las partes demandantes o demandadas durante el proceso de discusión⁷⁶.

Es pertinente indicar que este principio derivó del estándar internacional llamado “nivel mínimo de trato”, mismo que se analizará más adelante, y que se refiere a las diferentes obligaciones que surgen para un Estado respecto de aquellos extranjeros que se establecían en su territorio.

Los reclamos presentados con base en este principio no solo han incrementado, sino que son los que presentan mayor relevancia, esto en el tanto la mayoría de reclamos exitosos que se han alcanzado en arbitrajes internacionales usan como argumento la violación de la cláusula de TJE⁷⁷. Consecuentemente, los tratados o instrumentos comerciales de inversión buscan utilizar este principio como salvaguarda y refuerzan la idea de este estándar como un elemento esencial para la protección de inversionistas foráneos y para sus inversiones dentro del país anfitrión, se cumple así la finalidad de este y otros principios de protección a nivel internacional.

⁷⁶ *Ibídem* nota supra.

⁷⁷ Dolzer R., Schreuer C., “Principles of International Investment Law op. cit., p. 119.

Ahora bien, se señalan las diferencias relevantes entre la cláusula de TJE y los otros principios o cláusulas tendientes a proteger al inversionista, tales como el principio de Trato Nacional y de nación más favorecida. Una de estas diferencias radica en que la cláusula de TJE es “absoluta”, “no contingente”, en el sentido que el nivel de trato que debe otorgarse al inversionista es independiente y responde únicamente al significado exacto de aquello que es “justo” y “equitativo” y la aplicación de estos términos con las circunstancias específicas de cada caso. Diferentes son las cláusulas de nación más favorecida y de Trato Nacional pues estas son “relativas”, exigen cumplir el nivel de trato que recibe el inversionista y lo comparan con el nivel de trato que reciben otros inversionistas en circunstancias o escenarios similares⁷⁸.

El principio de trato justo y equitativo ha estado presente desde mucho tiempo atrás, en situaciones o instrumentos comerciales que eran vinculantes o meramente protocolarios entre diferentes Estados. La presencia de este estándar de protección al inversionista (en adelante “EPI”) data desde 1945, en los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación que se mencionaron previamente, los TACN. Un ejemplo es el TACN entre Estados Unidos de Norteamérica y Alemania que señala:

“Artículo I

*1. Cada Parte otorgará en todo momento **trato justo y equitativo a los nacionales** y a las compañías de la otra Parte, y a sus propiedades, empresas y sus otros intereses”⁷⁹.*

⁷⁸ Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD, Number 2004/3, September 2004. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/33776498.pdf>.

⁷⁹ Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los estados Unidos de América y la República Federal Alemana, 1945. Disponible en http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005344.asp. El resaltado no es del original.

En la misma línea, se desarrolló una perspectiva similar de establecer una obligación a los Estados para que trataran las inversiones de los foráneos de manera justa y equitativa, esto en la Carta de la Habana artículo 11 inciso 2, el cual dispone:

“Artículo 11: Medidas para promover el desarrollo económico y la reconstrucción.

1. El progresivo desarrollo industrial y económico general, así como la reconstrucción, requieren entre otras cosas las disponibilidades adecuadas de capitales, materiales, equipos y procedimientos tecnológicos modernos y la competencia del personal técnico y directivo [competente y técnicos]. En consecuencia el efecto de estimular y facilitar el suministro e intercambio de estos recursos:

*... (b) ningún miembro deberá tomar dentro de su propio territorio **medidas arbitrarias o injustificadas** que sean perjudiciales a los derechos o intereses que los nacionales de otros Miembros tengan respecto al personal personalizado, al capital, o a los métodos de trabajo o a la tecnología que hubieren facilitado...”⁸⁰.*

Los dos ejemplos anteriores, tanto el TACN entre Estados Unidos y Alemania como la Carta de la Habana en 1945 y 1948, respectivamente, permiten observar un acercamiento a lo que tiempo después llegaría a ser la mezcla entre justicia y equidad, derivado de la no arbitrariedad que genera determinadas decisiones de los Estados anfitriones contra inversiones de extranjeros, esto considerando que la justicia y la arbitrariedad son antagónicamente opuestas. Sin embargo, la finalidad de la Carta de la Habana, de promover mecanismos para generar la distribución equitativa de recursos, tecnologías, entre otros aspectos, no se materializó, pues la misma no entró en vigor en los Estados Unidos, por lo que otros países no ratificaron la Carta⁸¹.

⁸⁰ Organización Internacional de Comercio, Carta de la Habana, octubre 1948. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/377/29.pdf>. El resaltado no es del original.

⁸¹ International Criminal Justice, editado por Bohlander Michael, 2007, p. 29.

El mismo destino de la Carta de la Habana sufrió a nivel regional la Novena Conferencia Internacional Americana donde se suscribió el Convenio Económico, que igualmente hace alusión al principio de justicia y equidad de la siguiente forma:

“Artículo 22. Los estados declaran que la inversión de capitales privados y la introducción de técnicas modernas y capacidad administrativa de otros países para fines productivos y económicos y socialmente adecuados, constituye un factor importante de su desarrollo económico general y del progreso social consiguiente.

Reconocen que la corriente de inversiones internacionales de capitales será estimulada en la medida en que los estados ofrezcan a los nacionales de otros países oportunidades para hacer sus inversiones, y seguridad para las inversiones existentes y futuras.

Los capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado”⁸². (El resaltado no es del original).

Como consecuencia de los diversos fracasos que se presentaron al intentar imponer el TJE como regla convencional por medio de cartas, convenios o acuerdos en donde se involucraban gran cantidad de estados, la opción más conveniente fue añadirlo a través de instrumentos bilaterales remitiendo a las costumbres comerciales entre dos estados o entre un estado con los inversionistas en donde finalmente comenzó a plasmarse, en la relación comercial entre dichas partes.

⁸² Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1948. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>.

Lo anterior no quiere decir que a nivel internacional cesaran los intentos para firmar de forma vinculante, otros acuerdos distintos a los que ya habían fracasado, tal como lo fue, el *Draft Convention on the Protection of Foreign Property* adoptado por la OCDE en 1967 el cual indicaba:

“Artículo I:

*(a) Cada Parte deberá en todo momento asegurar **trato justo y equitativo** a la propiedad de los nacionales de la otra Parte...”⁸³.*

Del año 1967 se avanza a instrumentos más actualizados, en donde se termina incluyendo la cláusula de TJE, de manera más representativa como lo es en la Convención de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, que refiere en su artículo 10.5 al estándar de trato mínimo señalando que las Partes deben otorgarle a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte trato de conformidad con el estándar de derecho consuetudinario, el NMT, incluyendo TJE y protección y seguridad plena⁸⁴.

2.1 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y SUS ELEMENTOS

El abordar el tema de trato justo y equitativo a la luz de distintos paneles arbitrales nos permitirá encontrar cuáles son sus elementos esenciales.

Para iniciar el abordaje hablaré del muy citado párrafo 154 del caso *TECMED vs México*, en el CIADI que planteó:

154. El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por

⁸³ Draft Convention on the Protection of Foreign Property, OCDE, 1967. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>. El resaltado no es del original.

⁸⁴ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCED) UNCTAD/DITE/4(Vol.XII), 2003. Disponible en http://unctad.org/en/Docs/dite4volxii_en.pdf.

el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación. En realidad, la no observancia por el Estado receptor de la inversión de las pautas apuntadas en su conducta relativa al inversor extranjero o sus inversiones perjudica la posibilidad de éste, tanto de apreciar el nivel de trato y protección realmente brindado por el Estado receptor, como de determinar hasta qué punto dicho Estado observa un comportamiento acorde con la garantía de trato justo y equitativo. Por consiguiente, la observancia por el Estado receptor de dichas pautas se encuentra indisociablemente ligada a esa garantía, a las posibilidades reales de hacerla efectiva, y a excluir toda posible calificación del accionar estatal como arbitrario; es decir, cuando dicho accionar presenta insuficiencias tales que éstas serían reconocidas “...por todo hombre razonable e imparcial”, o cuando tal accionar, sin

necesariamente violar normas jurídicas específicas, es contrario a derecho porque:

...shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety”⁸⁵.
(El resaltado no es del original).

Si se presta cuidadosa atención a las partes resaltadas se puede ver que el tribunal deriva la definición del principio de TJE tanto de la regulación propia del tratado como del derecho internacional general, es así como lo señala el doctor R. Dolzer, no existe realmente una definición concreta y precisa sino por lo contrario, una definición sumamente abierta.⁸⁶ Sin embargo el laudo nos brinda algunos elementos que han de ser seguidos por el Estado Anfitrión, y deben estar presentes en sus decisiones para no afectar la inversión del inversor y sus expectativas económicas pues caso contrario se generaría una violación del TJE, con base en la determinación del tribunal estos serían:

- Buena fe.
- Transparencia.
- No arbitrariedad.

Dentro del contexto anterior puedo seguir señalando elementos que encierra el trato justo y equitativo, esta vez partimos de la última frase en idioma inglés que se menciona en el párrafo 154 del caso *TECMED*, esta frase deriva de un fallo de la CIJ de 1989 que dice:

*“128. Arbitrariedad no es algo que se opone a una regla legal, sino algo que se opone a la regla legal. Esta idea fue expresada por la Corte en el caso *Asylum*, cuando habló de una “acción arbitraria” que sustituye la regla legal. **Es un desprecio deliberado del debido proceso de la ley, un acto que choca, o por***

⁸⁵ Técnicas Medio Ambientales *TECMED S.A. versus Estados Unidos Mexicanos*, Caso No. ARB (AF)/00/2. Laudo, 29 de mayo de 2003. El resaltado no es del original.

⁸⁶ Dolzer R., Schreuer C., “Principles of International Investment Law op. cit., p. 127.

*lo menos sorprende, el sentido del decoro judicial. No existe nada en la decisión del Perfecto, o en la Corte de Apelación de Palermo, que de alguna manera transmita o indique que la orden del Alcalde debía considerarse desde esa perspectiva*⁸⁷. (El resaltado no es del original).

Llego aquí a un elemento sumamente importante que se une a los antes mencionados:

- Debido Proceso.

Por su parte, en el caso *Occidental versus Ecuador* en el párrafo 404 el tribunal hace mención a que, con base en el creciente número de normas arbitrales, por ejemplo las que se presentan ante el CIADI, hay una tendencia a considerar que la proporcionalidad es un principio aplicable y consecuentemente la falta de este elemento puede significar un posible incumplimiento de las obligaciones presentes en los tratados bilaterales de inversión⁸⁸.

Continúa su análisis el del tribunal *Occidental versus Ecuador* señalando que según la disposición del instrumento de inversión suscrito entre las partes, el Artículo II.3(a) dispone la obligación de concederle a las inversiones de la otra parte trato justo y equitativo, así también como protección y seguridad plena. Señala que el mismo Tratado refiere al derecho internacional al determinar que en ningún caso debe concederse a las inversiones de la otra parte un trato menos favorable al establecido por el derecho internacional. Finalmente el tribunal asevera que en diversas ocasiones, diferentes paneles arbitrales han interpretado que el deber de garantizar trato justo y equitativo contiene la obligación de brindar y mantener parámetros de proporcionalidad, tal como se desprende del laudo cuando señala:

⁸⁷ Caso *Elettronica SICULA S.p.A. (ELSI)*, Estados Unidos de América versus Italia, 20 de julio de 1989. Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>.

⁸⁸ Caso *Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company versus la República de Ecuador*. (Caso CIADI No. ARB/06/11). Laudo. 5 octubre del 2012. Parra, 404.

“404 (...) En numerosas ocasiones, se ha interpretado que el deber de otorgar un trato justo y equitativo incluye **una obligación de proporcionalidad**”⁸⁹. (El resaltado no es del original).

Así las cosas se observa otro elemento relevante dentro del TJE:

- Proporcionalidad.

Retomo brevemente el tema, esta vez con el análisis que realizó el CIADI respecto del reclamo presentado por *MDT Equity contra la república de Chile* respecto de la violación del trato justo que determinaba la cláusula de Nación más favorecida del Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre Chile y Malasia. Esta cláusula señalaba, al igual que otras que se han mencionado de TJE, la obligación de otorgar a las inversiones realizadas por los inversionistas de la otra parte TJE.

El tribunal en este caso se aproxima a la definición de la cláusula de manera puntal e indica:

“(i) *Significado de trato justo y equitativo.*

*Las partes coinciden en que hay obligación de tratar las inversiones en forma justa y equitativa. Están asimismo de acuerdo con la afirmación del Juez Schwebel de que “el significado de lo que es justo y equitativo se define cuando la norma se aplica a un conjunto de hechos específicos”. De acuerdo con la definición del Juez Schwebel, el “tratamiento justo y equitativo es una norma amplia y extensamente aceptada que **abarca criterios fundamentales tales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad**”⁹⁰.*

⁸⁹ *Ibídem* nota supra.

⁹⁰ Caso MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. versus la República de Chile. CASO No. ARB/01/7. Laudo, 25 de mayo de 2004.

Ahora menciono todos los elementos anteriores los cuales indiqué como componentes inmersos dentro del trato justo y equitativo y los incluimos a los que señala el Juez Schwebel, de tal manera que se tienen los siguientes:

- a. Buena fe.**
- b. Debido Proceso.**
- c. Transparencia.**
- d. No arbitrariedad.**
- e. Proporcionalidad.**
- f. No discriminación.**

Es así que la cláusula de TJE exige un comportamiento determinado de parte del país anfitrión y hacia las inversiones de los inversores foráneos, dicho comportamiento se fortalece con un inmenso abanico de criterios que deben respetarse, y en teoría permite discreción a los árbitros sobre la existencia o no de medidas contrarias u obstaculizadoras al fin de los acuerdos bilaterales de inversión entre las partes, cual es, incentivar, promover y proteger al inversionista y a su inversión en medio de políticas y regulaciones que pueden llegar a ser discrecionales y adoptadas de manera unilateral por parte de un estado.

Finalmente, puedo concluir que durante muchos años se han presentado reclamos arbitrales aduciendo la violación de TJE con base en algunos de los seis criterios señalados anteriormente, los cuales desarrollaré aún más a la luz de un laudo sumamente reciente e importante para Costa Rica, que desprende el análisis del principio de trato justo y equitativo ligado a la perspectiva del NMT, el cual se aborda inmediatamente.

3. NIVEL MÍNIMO DE TRATO

Existe actualmente discusión a nivel internacional sobre si la cláusula de TJE subsiste por sí sola como concepto independiente, y si va más allá de la expresión de NMT que refiere al derecho consuetudinario, o si por el contrario el trato justo y equitativo se debe mantener enmarcado y relacionado con el nivel mínimo de trato, el cual se ha generado a través de la práctica de los estados y que se ha impreso como obligación vinculante a través del derecho internacional consuetudinario por medio de la intención de los estados de obligarse legítima y legalmente, la idea anterior descrita de manera reiterada en diferentes laudos con la frase “with a sense of legal obligation”, e igualmente vinculante según el artículo treinta y ocho del Estatuto de la CIJ que indica que la función de la Corte es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, y en el apartado C menciona la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho⁹¹.

Uno de los casos más relevantes a nivel histórico respecto de esta cláusula fue el caso *Neer versus México* del 15 de Octubre de 1926⁹². Es a partir de este caso que se inicia la creación de una estructura consistente sobre el trato que debían recibir los extranjeros dentro del Estado Anfitrión. La decisión del Tribunal Neer se establece en breves páginas, sin embargo, la importancia de su dictamen trasciende y aun al día de hoy es utilizado como referencia por parte de árbitros, consejeros y comentaristas.

El caso se da bajo la Convención suscrita entre Estados Unidos de América y los Estados Unidos Mexicanos de 1923, y se acciona cuando el 16 de noviembre de 1924 el señor Paul Neer, superintendente Americano de una mina en Guanaceví, México, regresaba

⁹¹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

⁹² Reporte de laudos arbitrales internacionales. Naciones Unidas. Caso L. F. H. Neer y Pauline Neer (U.S.A.) versus los Estados Unidos Mexicanos. 15 de Octubre de 1926, pág. 60. Disponible en: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_iv/60-66.pdf

a su casa a caballo con su esposa, un grupo armado de hombres lo detuvo, intercambiaron disparos, dándole muerte al señor Neer. Su esposa por otro lado logró escapar.

Estados Unidos presentó una denuncia contra México en nombre de la esposa del señor Neer y su hija, esto por un monto de \$100.000,00, lo cual fue el daño que la parte afectada alegó haber sufrido. Estados Unidos señaló que las autoridades mexicanas eran responsables dado que “mostraron falta injustificada de diligencia o falta injustificada de realizar una investigación inteligente para procesar a los culpables”⁹³.

En lo que respecta al trato que debe recibir un extranjero, la Comisión dictaminó lo siguiente:

“Without attempting to announce a precise formula, it is in the opinion of the Commission possible to go a little further than the authors quoted, and to hold (first) that the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and (second) that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily 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”⁹⁴.

Posterior al caso Neer que se expuso, y como consecuencia de la reiterada aparición del TJE dentro del NMT es que se observan dos posiciones que se contraponen. La primera considera que el término de TJE prevé una conducta que va mucho más allá del estándar mínimo y proporciona protección a un nivel más alto y de acuerdo a un estándar más

⁹³ Ibídem nota supra, p. 61.

⁹⁴ Ibídem.

objetivo, que debe tomar en cuenta todas las fuentes de derecho internacional, tales como principios generales, tratados modernos y otras obligaciones convencionales. Así las cosas, un tribunal arbitral no debería preocuparse por un estándar de trato mínimo, máximo o promedio. El tribunal debería decidir si, bajo cualquier circunstancia, la medida en cuestión es justa y equitativa o injusta e inequitativa, por tal razón, el término debe entenderse y aplicarse de manera autónoma e independiente⁹⁵.

La misma postura tuvo en su momento el Tribunal Metalclad⁹⁶, el cual consideró que en la declaración de principios y reglas introductorios en el Tratado suscrito entre las partes, México y Estados Unidos, se hacía referencia a la transparencia, por lo cual las partes debían actuar de manera tal que no existiera dificultad de ningún grado para entender las acciones o decisiones que se tomaran y relacionadas con la relación entre el Estado Mexicano y la Corporación Metalclad.

El Tribunal determinó la violación del principio de trato justo y equitativo al considerar que el Estado Mexicano no actuó de manera transparente frente al inversionista y señaló:

“El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte. No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o

⁹⁵ FA Mann, citado por Dolzer R., Schreuer C., Principles of International Investment Law op. cit, p. 124.

⁹⁶ Caso Metalclad Corporation versus Estados Unidos Mexicanos. Caso No. ARB(AF)/97/1. Laudo. 30 de agosto del 2000.

confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes”⁹⁷.

La segunda posición es la que adoptó la Comisión de Libre Comercio del NAFTA en adelante “CLC”, la cual es un órgano compuesto por representantes de los tres estados partes, sean, Estados Unidos, Canadá y México. Las interpretaciones de la CLC son vinculantes para las partes.

Al respecto, el tema del TJE fue analizado por esta Comisión y determinó como interpretación oficial que el artículo 1105 (1) refleja la regla de derecho consuetudinario del estándar mínimo y no requiere a las partes trato adicional o más allá de que aquel que se requiere en el derecho internacional consuetudinario. Es por lo anterior que los tribunales NAFTA han seguido esta interpretación. Ahora bien, existen elementos adicionales que nos podrían guiar a entender el porqué de esta interpretación:

- 1- El título de la cláusula es nivel mínimo de trato y no trato justo y equitativo,
- 2- La cláusula señala la necesidad de abordar el tema desde la perspectiva del derecho internacional consuetudinario⁹⁸.

Partiendo de lo anterior se pueden plantear dos interrogantes,

- A. ¿Cuál es la diferencia entre la posición del Tribunal Metalclad y la posición de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA?
- B. ¿Cuál de los dos puntos de vista debe superponerse al otro?

⁹⁷ *Ibidem* nota supra, párrafo 76.

⁹⁸ Dolzer R., Schreuer C., “Principles of International Investment Law op. cit., p. 126.

La respuesta ha de darse a la luz de la jurisprudencia internacional, sin embargo, puedo comentar sobre la primera interrogante, que la diferencia entre ambas posiciones, radica en que en la visión de la Comisión de Libre Comercio, el NMT, el comportamiento exigido al Estado Anfitrión con respecto a las inversiones de extranjeros es el que ha de desarrollarse a través de la costumbre y la práctica comercial de los estados; lo cual para algunos no necesariamente implica justicia y equidad sino la imposición de las costumbres generadas entre dos partes, la activa o más fuerte y la pasiva o más débil. Por su parte, la otra visión representada desde la perspectiva del Tribunal Metalclad, el considerar el principio desde la esencia de aquello que es verdaderamente justo y equitativo es, según su criterio, más objetivo. Sin embargo, otros consideran que esta perspectiva se reduce a la interpretación del tribunal sobre lo que este considera justo y lo que percibe como equitativo, visión que es subjetiva y que puede ser en alguna medida sesgada.

Respecto de la segunda pregunta sobre cuál debe superponerse a la otra, tal situación se analizó por parte de un tribunal, en el *caso CMS* contra la República de Argentina donde se indicó:

“282. Hay un elemento adicional que el Tribunal debe examinar después de haber escuchado los argumentos de las partes. Esto es si el estándar de trato justo y equitativo está separado y es más expansivo que aquel del derecho internacional consuetudinario, tal y como lo concibe el Tribunal de Pope & Talbot o si por el contrario es idéntico con el estándar consuetudinario de nivel mínimo de trato como lo argumenta Argentina.

283. El Tribunal es consciente del debate suscitado por estos argumentos, especialmente con referencia a la Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio la cual identifica el estándar de trato justo y equitativo con aquel que se brinda en el derecho internacional consuetudinario. Este debate ha llevado a diferentes aclaraciones de tratados tales como en el

Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América-Chile.

284. Aunque la elección de exigir entre un nivel de trato más alto y entre la intención de equipararlo con el estándar mínimo internacional podría tener relevancia en diferentes controversias, el Tribunal no está convencido de que es relevante en este caso. De hecho, el estándar de trato justo y equitativo presente en el tratado y su relación con la necesaria estabilidad y previsibilidad del entorno comercial, fundada de forma solemne a través de contratos y compromisos legales, no es diferente a aquella presente en el estándar internacional de nivel mínimo de trato y su evolución en el derecho consuetudinario”⁹⁹ (El resaltado no es del original).

Semejante criterio se encuentra dentro del análisis que realiza el Tribunal en el *caso Glamis Gold* contra los Estados Unidos de América¹⁰⁰. El Tribunal se plantea cuál es el comportamiento que exige el estándar internacional consuetudinario de NMT entre las partes dentro de una relación Estado-Inversionista. Primero plantea la posición de que este estándar es el mismo que aquel establecido en 1926 con el caso *Neer*, desarrollado previamente, y segundo plantea la opción de que por el contrario el estándar haya evolucionado. Ahora bien, como lo señala el laudo, la decisión de presentar ante el Tribunal la aseveración de que determinada conducta es parte de la práctica de los estados debe ir acompañada de pruebas o evidencia de costumbre que demuestra tal alcance¹⁰¹.

Lo anterior nos muestra un punto de vista evidente, cual es que el derecho que se deriva de la costumbre, el derecho consuetudinario, cambia, evoluciona y se transforma, no es estático como algunos suponen al inferir que existe un nivel mínimo de trato que debe

⁹⁹ Caso CMS Gas Transmission Company versus la República de Argentina, Caso No. ARB/01/8. Laudo, 12 de mayo de 2005, párrafos 282-284.

¹⁰⁰ Caso Glamis Gold, LTD, versus Estados Unidos de América. Laudo (Reglas-UNCITRAL). 8 de junio del 2009.

¹⁰¹ *Ibidem*, párrafo 600.

otorgarse a la otra parte. Es menester hacer hincapié en el señalamiento del caso Neer sobre la necesidad de presentar elementos de prueba que demuestren que la modificación, evolución o cambio en la costumbre de los estados se ha hecho vinculante a través de la intención de las partes de obligarse legalmente a dicha modificación.

Por otro lado, y retomando a la posición de la Comisión NAFTA, esta nos permite apuntar ahora hacia Costa Rica y su relación con Estados Unidos, esto por cuanto en el acuerdo comercial entre estos dos estados no se deparó en definir aquello que abarcaría y aquello que no abarcaría el TJE, la razón fue probablemente para así evitar posibles reclamos, futuras aclaraciones e incertidumbre.

Se debe recordar que en el caso de CAFTA-DR, no existe un órgano de interpretación vinculante por lo que, aun cuando el título del principio se defina como NMT y exista una referencia directa al derecho consuetudinario, del lado de ninguna de las dos partes se debería pensar que se tienen cubiertos todos los flancos por los cuales alguno podría demandar y demostrar la existencia de un reclamo válido en relación con la interpretación del TJE más allá de lo que exige la costumbre internacional, esto por cuanto no existe un dictamen vinculante de un órgano asesor como lo es la Comisión de Libre Comercio.

Ciertamente puede existir la posibilidad de aducir, sea por el Estado Anfitrión o por la parte que desarrolla la inversión, una interpretación independiente del principio de trato justo y equitativo. Para tener un panorama más claro de lo anterior cito la cláusula del CAFTA-DR de NMT donde se señala:

1. “Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato

*1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un **trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido***

el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquel exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo”¹⁰².

Leído lo anterior se puede observar que la disposición tomada en su momento por la CLC del NAFTA se reflejó de manera literal en el CAFTA-DR por medio de un esquema mejorado de redacción del estándar de NMT del NAFTA, el cual refiere, de igual manera, al derecho internacional consuetudinario. El artículo supra también señala que a este trato no puede requerirse un trato adicional o mayor al que se brinda consuetudinariamente a nivel internacional dentro de determinada relación comercial.

¹⁰² Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, op. cit. El resaltado no es del original.

Al respecto conviene decir que no obstante el parafraseo presente en NAFTA y CAFTA-DR, algunos tribunales, como por ejemplo dentro del CIADI, se han desviado de la interpretación de los tribunales NAFTA por diferentes motivos, el principal es que no hay obligación de considerar vinculante el punto de vista de la CLC quien en última instancia fue la que determinó la obligación de considerar el TJE según las pautas del derecho internacional consuetudinario.

La aseveración anterior se confrontará a continuación con el análisis del laudo que brindó el tribunal integrado por el doctor Andrés Rigo Sureda, Presidente, profesor James Crawford Árbitro de la parte demandada y el Honorable Stuart E. Eizenstat árbitro de la parte demandante, esto en el caso *Railroad Development Corporation*, en adelante “RDC” (demandante) contra la República de Guatemala (demandada)¹⁰³.

3.1 NIVEL MÍNIMO DE TRATO EN CAFTA-DR

El caso *Railroad* toma importancia al saber que es el primer caso bajo la regulación del CAFTA-DR. De manera breve describiré el escenario que se desarrolló en este caso que es particularmente relevante para Costa Rica.

Este caso se presentó ante un tribunal nombrado por el CIADI en el año 2008 y por la compañía RDC, una compañía norteamericana de capital privado que invierte en ferrovías e infraestructura de ferrocarriles, contra Guatemala y bajo la regulación del tratado de libre comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

¹⁰³ Caso *Railroad Development Corporation versus la República de Guatemala*, Caso No. ARB/07/23. Laudo. 29 de junio del 2012.

La compañía Norteamérica RDC ganó en 1997 una licitación internacional en la cual el gobierno guatemalteco daba en usufructo las líneas ferroviarias para brindar el servicio ferroviario en un sector de este país. Únicamente se presentaron dos oferentes¹⁰⁴. El gobierno guatemalteco eligió como mejor opción la que presentó RDC. Esta oferta consistía en reconstruir el sistema ferroviario con un plan de inversión de 10 millones de dólares. La oferta de RDC no incluía el material rodante sin embargo la compañía presentó un plan para rehabilitar las locomotoras y vagones de carga. El usufructo dado a RDC consistía en los derechos de uso y disfrute de la infraestructura ferroviaria y algunos activos por 50 años durante los cuales la compañía debía mejorar la infraestructura y reparar el material rodante.

Para aclarar el escenario, se debe comprender que RDC realizó su participación en el mercado guatemalteco en 1997 a través de Ferrovías Guatemala (FVG), cuyo nombre comercial era Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A., una empresa guatemalteca cuyo control propiedad eran mayoritariamente de RDC.

FVG firmó un contrato de usufructo con derecho de uso llamado también el Contrato 402 con Ferrocarriles de Guatemala, una compañía guatemalteca-estatal registrada en 1969, la cual es responsable de proveer una parte del servicio de transporte ferroviario y la que tiene en su poder la administración de los activos y el equipo estatal ferroviario. Tanto el contrato de usufructo como el contrato de usufructo de derechos de uso o 402 fueron ratificados por el Congreso Guatemalteco por decreto 27-68, publicado en el periódico oficial La Gaceta el 23 de abril de 1998, y entró en vigencia el 23 de mayo de 1998.

El Contrato de usufructo cubría 407 millas e incluía el derecho de desarrollar trabajos alternativos derivados del derecho de uso, tales como alcantarillado, transmisión eléctrica,

¹⁰⁴ *Ibidem* nota supra, p. 12.

fibra óptica entre otros. A raíz del contrato 402 RDC acordó realizar ciertos pagos a FEGUA.

En 1997, el Gobierno Guatemalteco sacó a través de licitación el usufructo del equipo que administraba FEGUA, el 11 de diciembre FVG presentó su oferta y ganó la licitación, por lo cual, el 16 de diciembre FEGUA y FVG firmaron el contrato de usufructo número 41, este contrato le concedía a FVG el uso, disfrute, reparación, y mantenimiento del equipo ferroviario que pertenecía a FEGUA. Sin embargo este contrato nunca entró en vigencia dado que no fue aprobado por acuerdo gubernativo lo cual es requisito establecido en el derecho Administrativo Guatemalteco.

Como consecuencia de la no entrada en vigencia del Contrato 41, FVG y FEGUA firmaron el Contrato Número 143 el 28 de agosto del 2003, dicho contrato no lo analiza el Tribunal dado que es de controversia entre las partes, únicamente se tiene por acreditado que el contrato se firmó y se le realizó un “addendum 158” en octubre del 2003, Contrato 143/158.

La compañía guatemalteca FVG restauró el servicio comercial en 1999 en determinados tramos del país, el mismo fue creciendo gradualmente hasta el 2005 cuando se estancó y empezó a empeorar. En ese año, durante el junio Ferrovías Guatemala presentó dos procesos de arbitraje doméstico contra FEGUA por incumplimiento contractual. En ese entonces RDC alegó que FEGUA no cumplió en remover a unos precaristas de la línea férrea y tampoco realizó pagos acordados a un fondo fiduciario. Además, RDC alegó que, FEGUA, para anticipar la denuncia de RVG en su contra solicitó al Fiscal General investigar las circunstancias que rodearon la adjudicación del Contrato de Usufructo 143 y también del addendum 158.

Con base en la solicitud de FEGUA el Fiscal General emitió la Opinión 205-2005, el primero de agosto del 2005, la “Opinión Lesivo”, en la cual recomendó a Guatemala declarar los Contratos 143/158 inválidos por estar en contra del interés del Estado Guatemalteco. En esta Opinión y según lo que indicó RDC, el Fiscal General expresaba que el Contrato había quebrantado el correcto debido proceso para ejecutar el acuerdo de manera válida y legal, violentando la regulación guatemalteca. Además indicó que existía un daño patrimonial con el oneroso contrato de usufructo con activos del Estado, en el tanto Guatemala percibiría únicamente una ganancia bruta del 1.25 % con la prestación del servicio de transportes ferroviarios.

El 13 de enero del 2006 FEGUA adoptó la Opinión Lesivo del Fiscal General y emitió la Opinión 05-2006, argumentando que el Contrato 143 y su addendum 158 no fueron otorgados a través de licitación pública.

Tanto RDC como FVG tuvieron intención de llegar a un acuerdo con el Presidente de la Republica, el señor, Oscar Berger. El Presidente creó una comisión de alto nivel para que trabajara con RDC, FVG y con representantes de FEGUA. Se mantuvieron varias reuniones sin embargo aproximadamente tres meses después de trabajo las reuniones se suspendieron. RDC aseveró que de manera paralela a las reuniones el Gobierno Guatemalteco estaba preparando la resolución para declarar el contrato de usufructo perjudicial para el interés del Estado. Dicha resolución (“Resolución Lesivo” o “Declaración Lesivo”) se emitió el 11 de enero del 2006 y se publicó el 25 de agosto del 2006¹⁰⁵.

a) **Argumentos de las partes sobre el nivel mínimo de trato.**

¹⁰⁵ Caso Railroad Development Corporation versus la República de Guatemala, op. cit., párrafos 30-37.

Durante el desarrollo del arbitraje el Tribunal debió pronunciarse precisamente sobre la aplicación del NMT y además sobre el principio de TJE, esto por las razones que se expusieron previamente sobre la mención que hace la cláusula 10:5 del CAFTA-DR, “NMT”, incluyendo trato justo y equitativo.

El argumento de la parte demandante, RDC, se basó en indicar que el Estado Guatemalteco no le trató de manera justa y equitativa, contrario al Artículo 10:5 del tratado suscrito por ambas partes. Así mismo, RDC manifestó que desde su perspectiva, se debía abordar dicho principio con base en lo que determinaron los tribunales *Waste Management II* y *TECMED*.

El primero, *Waste Management* construyó su opinión recopilando la perspectiva de varios casos resueltos por diferentes tribunales, por ejemplo: *S.D. Myers*, *Mondev*, *ADF* y el caso *Loewen*. *Waste Management II* consideró que los casos anteriores sugieren que el estándar de NMT de trato justo y equitativo se quebranta con una conducta atribuible al Estado Anfitrión la cual es perjudicial para el inversor. Ahora bien, dicha conducta para ser considerada como perjudicial debe ser arbitraria, manifiestamente abusiva, injusto o idiosincrático, discriminatoria, y debe exponer al demandante a un perjuicio seccional o racial. De igual manera la conducta puede infringir el EPI si la misma implica una falta al debido proceso que consecuentemente conduce a un resultado que ofende el decoro judicial, lo cual puede presentarse a través de la falta de transparencia y franqueza en un procedimiento administrativo¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Caso *Waste Management Inc. versus Estados Unidos Mexicanos II*. Caso No ARB (AF)/00/3. Laudo. 30 de abril del 2004, párrafo 98.

Por su parte el segundo tribunal que mencioné, *TECMED*, hace referencia a elementos similares, tales como arbitrariedad, coherencia, transparencia, entre otros, que se mostraron previamente según párrafo 154 del laudo del 29 de mayo de 2003¹⁰⁷.

RDC, subrayó que, derivado de las posiciones de los casos *Waste Management* y *TECMED*, la conducta de un estado debe ser transparente, consistente, no discriminatoria y no debe basarse en distinciones arbitrarias e injustificables, y que, en este caso en específico, la conducta del gobierno guatemalteco al emitir la “Resolución Lesivo” no reflejaba ninguno de esos elementos¹⁰⁸.

Por su parte la parte demandada, señaló que bajo la regulación CAFTA la obligación de dar TJE requiere únicamente proveer el nivel mínimo de trato según lo establece el derecho internacional consuetudinario, el cual no crea derechos sustantivos adicionales. Dentro de este contexto, continua Guatemala indicando que, RDC tiene la carga de la prueba en mostrar que la conducta que invoca como parte del trato justo y equitativo es en verdad parte del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario¹⁰⁹.

Más aun, con relación a la referencia que hace RDC sobre los laudos de diferentes tribunales, la parte demandada sostiene que los laudos arbitrales no constituyen una práctica de los Estados, y por esa razón no puede probar o crear derecho internacional consuetudinario. Dicha consideración de parte de Guatemala se basa en el argumento de que RDC no pudo demostrar que los tres estándares de trato que alegó, sean estos, no-arbitrariedad, transparencia y adhesión a las expectativas legítimas del inversor, son parte del estándar de NMT.

¹⁰⁷ Técnicas Medio Ambientales *TECMED* S.A. versus Estados Unidos Mexicanos, op. cit., párrafo 154.

¹⁰⁸ Caso *Railroad Development Corporation* versus la República de Guatemala. op. cit., p. 57.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párrafo 159.

Guatemala respalda la perspectiva anterior con base en la decisión de anulación del laudo MTD que dictaminó:

*“67. El Comité puede apreciar algunos aspectos de estas críticas. La dependencia aparente del Tribunal TECMED sobre las expectativas del inversionista extranjero como la fuente generadora de las obligaciones del Estado Anfitrión (tal como la obligación de compensar por expropiación) es cuestionable. **Las obligaciones del Estado Anfitrión derivan de los términos del tratado de inversión aplicable y no de un conjunto de expectativas que el inversor puede tener o considere tener.** Un tribunal que pretendía generar de esas expectativas un conjunto de derechos distintos a los que contenidos o exigibles en virtud del BIT podría exceder sus poderes, y si la diferencia fuere material podría hacerlo de manera manifiesta”¹¹⁰.*

Manifestando nuevamente oposición, RDC menciona un elemento que reproducimos al inicio del estudio de este estándar, cual es el hecho de que el derecho internacional consuetudinario puede evolucionar con el paso del tiempo y por lo tanto se pueden incluir nuevos elementos, la tesis mencionada la expone fundamentando su posición en casos como *Mondev*, y *Merril & Ring*, y asevera que hay acuerdo entre los tribunales NAFTA de que el TJE solo se puede discernir cuando es interpretado a la luz de los hechos de cada caso, por ejemplo en el caso *Mondev* el tribunal suscribe de la siguiente manera:

*- “Cuando un tribunal se enfrenta al reclamo de un inversionista extranjero que aduce que su inversión ha sido tratada de manera injusta o inequitativa o que no ha recibido protección y seguridad plena, se ve obligado a pasar sobre dicha afirmación con base en los hechos y con base en la aplicación de las disposiciones vigentes de un tratado. **Juzgar lo que es justo y equitativo no puede ser alcanzado de manera abstracta, sino***

¹¹⁰ Caso MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A., versus la República de Chile. Caso No. ARB/01/7. Decisión sobre Anulación. 21 de marzo del 2007, párrafo 67. El resaltado no es del original.

que debe depender de las circunstancias de cada caso particular. Es parte del negocio esencial de los tribunales y juzgados emitir un juicio como este. De este modo, los principios generales contemplados en el artículo 1105 (1) y sus disposiciones similares deben inevitablemente interpretarse y aplicarse a los hechos concretos de cada caso”¹¹¹. (El resaltado no es del original).

RDC señala adicionalmente que es necesario considerar el caso *Waste Management II*, en el cual el tribunal determinó que cuando el Estado Anfitrión busca deliberadamente destruir o frustrar una inversión a través de medios impropios es una violación al estándar de trato mínimo. Siguiendo la misma línea de argumentación referida por RDC, la parte demandante considera que está establecido que el trato justo y equitativo abarca la obligación del Estado Anfitrión de actuar con buena fe, y no hacerlo es prueba de la violación del estándar de TJE en el derecho internacional consuetudinario. Para esto establece algunos ejemplos donde no ha habido buena fe y esto lo han identificado los tribunales arbitrales, dentro de un contexto de comercio e inversión, como violación al EPI que estoy comentando, estos son:

- A) Situaciones de coerción y acoso dirigidos al inversionista.
- B) Una conspiración deliberada para atropellar la inversión.
- C) Uso de amenazas sobre la resolución del contrato para traer al concesionario a renegociar a la mesa.
- D) Resolución del contrato por razones diferentes a las que el Gobierno había estado planteando¹¹².

¹¹¹ Caso *Mondev International LTD versus Estados Unidos de Norteamérica*. Laudo. Case No. ARB(AF)/99/2. 11 de Octubre del 2002, párrafo 118. El resaltado no es del original.

¹¹² Caso *Railroad Development Corporation versus la República de Guatemala*. op.cit., párrafo 179.

Es interesante examinar el problema planteado también desde la perspectiva de Guatemala, esto por cuanto ellos consideran que el Gobierno como tal actuó con buena fe en todo momento respecto de la inversión de RDC. Guatemala estaba de acuerdo en la indicación de RDC al invocar el caso *Waste Management II*, y acepta que actuar con buena fe es una de las obligaciones a las que se compromete el Estado Anfitrión bajo el estándar de TJE, sin embargo expone que los dos elementos a los que se refiere el tribunal del caso *Waste Management* sobre actuar con buena fe nunca los violentó, sean estos dos elementos:

- Que el Estado Anfitrión actúe impropriamente o sin justificación.
- Que el Estado Anfitrión actúe deliberadamente o conscientemente con el objetivo de destruir la inversión relevante¹¹³.

Guatemala asevera que actuó con base en su normativa legal sin tener una intención maliciosa o impropia, en ningún momento consideran que hubo discriminación sino que la única motivación era aplicar sus leyes al determinar que el Contrato 143/158 era ilegal y debía ser declarado “Lesivo”. Igualmente expone que en caso de que las medidas tomadas por el Estado le resulten arbitrarias a RDC, esta arbitrariedad debe ser manifiesta. Situación que RDC rechaza indicando que la arbitrariedad manifiesta ha sido exigida por muy pocos tribunales NAFTA, así mismo estima que aun si se buscara arbitrariedad manifiesta esta se encontraría fácilmente en la conducta del Estado Guatemalteco.

Respecto de la carga de la prueba que exigía el Gobierno de Guatemala a RDC de demostrar si las expectativas legítimas son parte del trato justo y equitativo RDC se resguarda en el caso *Glamis Gold* que señala:

“620. El Tribunal toma nota del argumento del Demandado de que incluso las expectativas que se manifiestan en un contrato

¹¹³ *Ibíd*em nota supra, párrafo 164.

*son insuficientes para proporcionar una base para un incumplimiento del nivel mínimo de trato. El Tribunal acepta que la simple violación del contrato, sin algo más como la denegación de justicia o la discriminación, normalmente no es suficiente para establecer una infracción del artículo 1105.1. Se requiere la evaluación de si el Estado brindó alguna garantía o realizó algún compromiso específico para el inversor con el fin de inducirlo a sus expectativas*¹¹⁴. (El resaltado no es del original).

RDC responde a la parte demandada que aun cuando ellos conocían la regulación interna del Estado Guatemalteco, incluso la regulación sobre “Lesividad” RDC nunca pensó que Guatemala haría uso de ese recurso como estrategia para forzarlos a renegociar y ceder sus derechos, sino que se pensó, que la situación pudo haberse hablado para corregir los errores que existían¹¹⁵.

Por su parte Guatemala concluye con sus argumentos indicando que FVG y RDC no podían beneficiarse de sus propios errores en tanto ambos sabían cuáles eran los requerimientos legales para la contratación del equipo y buscaron eludirlo utilizando un acuerdo anterior y posterior a esto el Contrato 143/158. Asimismo culmina su intervención retomando su señalamiento inicial, cual es, que las decisiones de los tribunales arbitrales no constituyen práctica de los Estados y por lo tanto no pueden crear o probar costumbre en el derecho internacional.

Aquí conviene detenerse un momento a fin de añadir un elemento sumamente importante de este novedoso caso CAFTA, el cual es que durante este proceso se dio la

¹¹⁴ Caso Glamis Gold, LTD, versus Estados Unidos de América, op. cit., párrafo 620.

¹¹⁵ Caso Railroad Development Corporation versus la República de Guatemala, op. cit., párrafo 190. El resaltado no es del original.

intervención de tres partes no contendientes, entre las cuales estaba Estados Unidos, El Salvador, y Honduras¹¹⁶. Estos países presentaron peticiones sobre el NMT a los extranjeros.

Inició su presentación como parte no contendiente los Estados Unidos y se refirió al Artículo 10.5 (1) y (2) señalando:

- *"Estas disposiciones demuestran la intención expresa de las Partes del CAFTA-DR de incorporar el estándar mínimo de trato requerido por la costumbre internacional como el estándar de trato en el CAFTA-DR en el artículo 10.5. Además, expresan la intención de orientar la interpretación del citado artículo por lo que entienden las partes del derecho consuetudinario internacional, en otras palabras, la ley que se desarrolla a partir de la práctica y opinio iuris de los propios Estados, en lugar de interpretaciones de provisiones de tratados similares que se trabajaron de manera distinta. La responsabilidad recae sobre el demandante para demostrar la existencia y aplicabilidad de una obligación relevante en el marco internacional consuetudinario que cumpla con estos requisitos"*¹¹⁷.

Por su parte el Salvador aborda su perspectiva señalando lo siguiente:

- *"La interpretación correcta de la obligación de proporcionar "trato justo y equitativo", como parte del estándar mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, tal como exige CAFTA, solo puede derivarse del análisis de la práctica general de los Estados que resulte de un sentido de obligación legal. Los laudos internacionales son relevantes para la determinación de la adecuada interpretación bajo el CAFTA, pero solo en la medida en que realmente examinen la práctica de los Estados que resulten de un sentido de obligación legal. Por lo tanto, los laudos arbitrales internacionales que se refieren a "Justo y Equitativo" como una norma autónoma, así como los tratados de inversión que utilizan el "Trato Justo y Equitativo"*

¹¹⁶ Caso Railroad Development Corporation versus la República de Guatemala. op.cit., párrafo 206.

¹¹⁷ Ibídem, párrafo 207.

*sin referencia al derecho internacional consuetudinario, no son pertinentes para la interpretación del estándar presente en el artículo 10.5 del CAFTA*¹¹⁸.

El Salvador concluye que el estándar de trato mínimo dentro del derecho internacional consuetudinario que expuso el tribunal en el caso *Neer versus México* no ha cambiado significativamente con el tiempo y concuerda con la perspectiva de los Estados Unidos en el caso *Glamis Gold* al indicar que reconocer que el derecho consuetudinario puede evolucionar con el paso del tiempo no necesariamente implica que algún estándar en particular ha evolucionado también.

Finalmente Honduras muy puntualmente comunica su opinión indicando que el Artículo 10.5 tiene como título “Nivel Mínimo de Trato” y no de “Trato Justo y Equitativo” el cual es únicamente un concepto incluido dentro del nivel mínimo de trato, y coincide con los puntos de vista que presentaron El Salvador y Estados Unidos en sus peticiones.

b) Análisis del Tribunal sobre el Nivel Mínimo de Trato.

Procedo ahora a resumir el análisis del Tribunal per se, frente a las observaciones que realizaron tanto las partes del proceso, RDC y el Gobierno Guatemalteco, como también las partes no contendientes.

El Tribunal inicia señalando que las partes del CAFTA suscribieron el tratado con determinados objetivos para facilitar el intercambio comercial entre las partes del tratado, de estos objetivos el Tribunal señala algunos que se encuentran en el Artículo 1.2 del DR-CAFTA que reza:

“Artículo 1.2: Objetivos

¹¹⁸ *Ibidem* nota supra, párrafo 209.

1. Los objetivos de este Tratado, desarrollados de manera más específica a través de sus principios y reglas, incluidos los de trato nacional, trato de nación más favorecida, y **transparencia**, son:

(a) **estimular** la expansión y diversificación del comercio entre las Partes;

(b) **eliminar** los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de mercancías y servicios entre los territorios de las Partes;

(c) **promover** condiciones de competencia leal en la zona de libre comercio...”.

Continúa el Tribunal estructurando su análisis, esta vez con respecto a la aseveración que realizan las partes contendientes de que los laudos de los tribunales no crean práctica consuetudinaria y no deriva de un sentido de obligación legal, sino que lo relevante es aquello que representa práctica entre los Estados. Sin embargo, el Tribunal desvirtúa esta posición desde su raíz, esto al establecer que la Comisión en el caso *Neer* no formuló su hipótesis de lo que era el nivel mínimo de trato a partir del análisis de la práctica de los estados, sino que se elaboró desde la perspectiva de otros comentaristas, literalmente abordo dicho razonamiento de la siguiente manera:

- “[...] Es irónico que la decisión que se considerada el reflejo de la expresión del nivel mínimo de trato en el derecho consuetudinario internacional se base en la opinión de comentaristas, quienes, bajo su propio aseveración, fueron más allá de sus puntos de vista sin analizar la práctica de los Estados seguida por un sentido de obligación. Bajo los estrictos parámetros de prueba del derecho internacional consuetudinario aplicados en el caso *Glamis Gold*, el caso *Neer* hubiera fallado en probar su famosa declaración: “*treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency*”¹¹⁹.

¹¹⁹ Caso *Railroad Development Corporation versus la República de Guatemala*. op. cit., párrafo 218.

El Tribunal indica que a pesar de que los laudos no constituyen práctica entre los Estados, los mismos son utilizados de manera reiterada para fundamentar los argumentos de las partes. Asimismo y en cuanto a lo que se refiere a cual la evolución del nivel de trato requerido a nivel internacional el Tribunal sentencia que lo que proyecta el derecho consuetudinario internacional no es una fotografía estática del nivel mínimo de trato a los extranjeros que se planteó en 1927 cuando el laudo del caso *Neer* se presentó. Así las cosas, considera que el estándar del NMT está constantemente en proceso de desarrollo, inclusive desde el momento cuando se formuló en el caso *Neer*¹²⁰.

Finalmente, el Tribunal adopta la misma posición del caso *Waste Management II* que se mencionó anteriormente, en donde se expone que el estándar mínimo de trato del TJE se infringe toda vez que la conducta del Estado Anfitrión sea arbitraria manifiestamente abusiva, injusto o idiosincrático y discriminatoria¹²¹.

Por simplicidad del análisis únicamente indicaré que el Tribunal consideró que la manera y los motivos por los cuales Guatemala aplicó el remedio de “Lesividad” en contra del Contrato suscrito con RDC y bajo las circunstancias del caso fueron arbitrarias e injustas y por lo tanto su decisión, según el párrafo 283 del laudo en estudio, dictaminó que Guatemala violó el estándar del NMT contemplado en el Artículo 10.5 del CAFTA-DR y con relación a la inversión de RDC.

Creo que hasta aquí se ve bastante clara la dificultad que ha representado a nivel internacional el análisis del nivel mínimo de trato y el TJE como estándares de protección

¹²⁰ *Ibíd*em nota supra.

¹²¹ Caso *Waste Management Inc. versus Estados Unidos Mexicanos II*, op. cit., párrafo 98.

del inversionista, sin embargo, y parafraseando la referencia que hace el doctor R. Dolzer de la siguiente frase:

- *“El estándar de “trato justo y equitativo” ciertamente no es menos operativo de lo que en su momento fue el estándar del “debido proceso de ley”, y será la práctica futura, la jurisprudencia y los cometarios los que impartirán el contenido de esta”¹²².*

¹²² Prosper Weil, citado por Dolzer R., Schreuer C., Principles of International Investment Law, op. cit., p. 148.

CONCLUSIONES

Con base en el presente proyecto, queda claro que durante el proceso de desarrollo de la jurisprudencia arbitral derivada del análisis de distintos laudos, han existido posiciones encontradas respecto de la interpretación auténtica, el alcance y la aplicación de los estándares de protección al inversionista, por ejemplo en cuanto a la relación que existe entre la cláusula del NMT y el trato justo y equitativo. A su vez, la existencia de diferentes paneles arbitrales como el CIADI y el NAFTA y más recientemente CAFTA, los cuales deben realizar interpretaciones de los memoriales de la parte demandante y la parte demandada para emitir una decisión, han complicado aún más el escenario comercial para acordar definiciones concretas e interpretaciones universales respecto de los estándares de protección al inversionista.

Se comprende entonces que la interpretación de los estándares de TJE y de NMT, a pesar de estar en un escenario de conflicto, tienen la misma finalidad, el deber de brindar a un inversionista foráneo un trato imparcial, no arbitrario y con acceso a la justicia de manera efectiva cuando lo requiera. También es cierto que dentro de esta relación, existe el derecho del estado anfitrión de regular las acciones del inversionista, comunicando de manera clara, precisa, anticipada y ordenada, cuáles son los lineamientos y cuál es el comportamiento que se espera del inversionista en su territorio, de tal manera que se pueda mantener un equilibrio y un balance en la relación comercial de ambas partes, estado-inversionista. Por su parte, en lo que se refiere al TN, sin duda, la defensa de posiciones como la Doctrina Calvo serán determinantes en el futuro de la interpretación de este estándar, abriendo la posibilidad de ejecutar por la vía judicial de los estados las diferencias que surjan con inversionistas extranjeros, y eliminando eventualmente la necesidad de presentar las controversias frente a un panel arbitral internacional.

En el caso específico de Costa Rica, es necesario abordar el estudio de estos estándares desde una posición mesurada, favoreciendo el ingreso del capital extranjero y

ejecutando la supervisión adecuada de las actividades que desarrolla el inversionista dentro del país. Es necesario que Costa Rica desarrolle políticas para fortalecer los lazos con los inversionistas, que se les proporcione información relevante sobre las actividades que desean o pueden realizar en el país y las ventajas de hacerlo.

De igual relevancia es para Costa Rica dirigir el quehacer del inversionista extranjero dentro de las regulaciones-normativa interna a las que también se somete cualquier inversionista nacional, exigir el agotamiento de los recursos internos de la estructura estatal sea por medio del ámbito administrativo o judicial, eso sí, sin extenderse a brindar un trato privilegiado que pueda traducirse, bajo la percepción de terceros, en injusto e inequitativo. Conviene, sin embargo advertir que el inversionista debe entender que las regulaciones y políticas costarricenses brindan seguridad jurídica dentro de un entorno socioeconómico estable, sin necesidad de arrojar matices de debilidad, de corrupción o de ambigüedad.

Dentro de este contexto, el acceso a la justicia, las señales de no arbitrariedad, de transparencia, y de congruencia respecto de las decisiones gubernamentales permitirán a la postre, frente a un tribunal arbitral, demostrar por qué existe fundamento legal para brindarle a un inversionista foráneo, un trato discriminatorio en territorio costarricense. Potestad que ya de por sí sustenta el Estado sobre sus recursos naturales e internos con vista en el interés público de la nación.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo bilateral de inversión entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la promoción y protección recíproca de inversiones, 18 de marzo de 1998, págs. 10-22. Artículo 01 inciso g. Disponible en:
<http://www.comex.go.cr/tratados/inversion/Canada%20Ley%207870.pdf>

Acuerdo bilateral de inversión entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Gobierno de la República de Chile para la promoción y protección recíproca de inversiones, 11 de julio de 1996. Disponible en:
<http://www.comex.go.cr/tratados/inversion/Chile%20Ley%207748.pdf>.

American Bar Association. The International Lawyer. Symposium: The United States, the Doha Round and the WTO- Where do we go from here?, Verano del 2003, Volumen N°37, Serie Número 3. Chicago, Illinois.

Ankara Law Review realizado por Akin Alcitepe y Ronan J. McHugh, volumen 6 número 2 (inverno 2009) pp. 83-106 denominado Bayindir v. Pakistán and the decline and fall of investment treaty claims on international construction projects. Disponible en:
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/64/1629/17464.pdf>

Arsen, Patricia B.R., Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos, Editorial Astrea, 2003.

Caso Actividades Militares y Paramilitares dentro y en contra de Nicaragua (Nicaragua vs. Estados Unidos de América), [1984] C.I.J. Rep. 352

Caso ADF Group Inc. v. Estados Unidos de Norteamérica, Decisión Final,

NAFTA/CIADI, (9 de enero del 2003), (13 de noviembre del 2000). Disponible en:
<http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Barcelona Traction (Bélgica versus España) Demanda, 5 de febrero de 1970.
Reportes de CIJ, 1970.

Caso Barcelona Traction (Bélgica versus España) Nueva Aplicación, opinión disidente del
Juez A. Gros, 1970.

Caso Bayindir Insaat Turizm S.A., versus la República Islámica de Pakistán, CIADI, caso
número ARB/03/29, 14 de noviembre, 2005.

Caso CMS Gas Transmission Company versus la República de Argentina, Caso No.
ARB/01/8. Laudo, 12 de mayo de 2005.

Caso Contrato de Construcción (Salini Costruttori versus Reino de Marruecos), [00/4]
CIADI, 23 de julio 2001

Caso CSBO versus Eslovaquia, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo 1999, Reporte
335 CIADI.

Caso de Pope & Talbot versus Canadá, Ordenanza sobre: Moción para Rechazar por
Motivos del Artículo 1101, NAFTA, 26 de enero 2000.

Caso de Pope & Talbot versus Canadá. Laudo sobre el fondo de la fase II, NAFTA, 10 de
abril 2001.

Caso Elettronica SICULA S.p.A. (ELSI), Estados Unidos de América versus Italia, 20 de

julio de 1989.

Caso Fedax N.V. versus República de Venezuela, Decisión sobre Jurisdicción, CIADI, 11 de julio 1997.

Caso GAMI v. México, (NAFTA) UNCITRAL, Laudo (15 de noviembre del 2004).
Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Glamis Gold, LTD, versus Estados Unidos de América. Laudo (Reglas-UNCITRAL). 8 de junio del 2009.

Caso LG&E v. Argentina, No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad (3 octubre 2006). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Marvin Feldman v. México, Decisión Final, NAFTA/CIADI, (16 de diciembre del 2002)

Caso Mavrommatis Palestine Concessions, CPJI, Ser. A, No.2, 1924.

Caso Metalclad Corp. v. México, No. ARB (AF)/97/1, Laudo (30 de agosto del 2000).
Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Metalclad Corp. V. México, No. ARB (AF)/97/1, Laudo (30 de agosto del 2000).
Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Metalclad Corporation versus Estados Unidos Mexicanos. Caso No. ARB(AF)/97/1.
Laudo. 30 de Agosto del 2000.

Caso Methanex v Estados Unidos de Norteamérica, NAFTA, Decisión Final, (3 de agosto del 2005). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Middle East Cement v. Egipto, Decisión Final, No. ARB/99/6, (12 de abril del 2002). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Middle East Cement v. Egipto, No. ARB/99/6, Laudo (12 de abril 2002). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Mitchell versus Congo, Decisión sobre Anulación, 1 de noviembre 2006.

Caso Mondev International LTD versus Estados Unidos de Norteamérica. Laudo. Case No. ARB(AF)/99/2. 11 de octubre del 2002.

Caso MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. versus la República de Chile. CASO No. ARB/01/7. Laudo, 25 de mayo de 2004.

Caso MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A., versus la República de Chile. Caso No. ARB/01/7. Decisión sobre Anulación. 21 de marzo del 2007.

Caso Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company versus la República de Ecuador. (Caso CIADI No. ARB/06/11). Laudo. 5 octubre del 2012.

Caso Plataformas de Petróleo (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América), [2003] C.I.J.

Caso Pope & Talbot v. Canadá, NAFTA, Decisión sobre el Fondo Parte 2, (10 abril 2001).

Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Railroad Development Corporation versus la República de Guatemala, Caso No. ARB/07/23. Laudo. 29 de junio del 2012.

Caso S.D. Myers v. Canadá, Primera Decisión Parcial, (13 de noviembre del 2000).

Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso S.D. Myers v. Canadá, Segunda Decisión Parcial, NAFTA/UNCITRAL, (21 de octubre del 2002). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Salvadores Históricos de Malasia versus Malasia, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de mayo 2007.

Caso SD Myers versus Canadá, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre 2000, 40 ILM (2001).

Caso Sempra Energy International v. República de Argentina No. ARB/02/16, Laudo (28 de setiembre del 2007). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Sempra Energy International v. República de Argentina No. ARB/02/16, Procedimiento de Anulación, (29 de julio del 2010), (USA/Argentina TBI). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Tecmed v. México, No. ARB (AF)/00/2, Laudo (29 de mayo del 2003). Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Caso Waste Management Inc. versus Estados Unidos Mexicanos II. Caso No ARB

(AF)/00/3. Laudo. 30 de abril del 2004.

Caso Waste Management v. México, NAFTA, Decisión Final (30 de abril del 2004).

Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

(CNUCED)UNCTAD/DITE/4(Vol.XII), 2003. Disponible en

http://unctad.org/en/Docs/dite4volxii_en.pdf.

Convención de Ginebra de 1962, Colección de Tratados de las Naciones Unidas, No. 484, 1963.

[Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, del 23 de mayo de 1969.](#)

Disponible en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>, visitado el 15 de agosto a las 22:50 horas.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Aprobado por Ley número 7332, Publicada en la Gaceta del 16 de abril de 1993.

Diccionario de Economía. Definición de Inversión. Disponible en:

<http://www.zonaeconomica.com/inversion/definicion>. Revisado el 15 de setiembre, a las 17:30 horas.

Draft Convention on the Protection of Foreign Property, OCDE, 1967. Disponible en:

<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>.

Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD, Number 2004/3, September 2004. Disponible en:

<http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/33776498.pdf>.

Fernández S., “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras en Relaciones Internacionales”, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de La Plata, N° 3, 1992

Gerhard Wegen, Dispute Settlement and Arbitration, International Investment Disputes, Avoidance and Settlement, Saint Paul, West Publishing Company, 1985.

Granato Leonardo, Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión, p. 29. Disponible en:
<http://www.eumed.net/libros/2005/lg/lg-pie.pdf>. El resaltado no es del original.

Granato, Leonardo. Protección del inversor extranjero e internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2005/lg/lg-pie.pdf>

[Law & Society Annual Meeting, Denver, Colorado, mayo 30, 2009, y seminario LEGS, Woodrow Wilson School of Public and International Affairs, Princeton University, Febrero 9, 2009, ponencia: “The Latin American Position on State Responsibility: Looking into the Past for Lessons on the Future” \[La posición latinoamericana sobre responsabilidad \(internacional\) del Estado: mirando al pasado en búsqueda de lecciones para el futuro\]](#) Disponible en: <http://lapa.princeton.edu/uploads/2009-0209%20Montt%20LEGS%20chapter.pdf>

Moshe Hirsh, The Arbitration Mecanism of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Londres, Martinus Nijhoff, primera edición, 1992.

Naciones Unidas, Resolución 3171, 1973.

Occidental versus Ecuador, Decisión, 1 julio 2004, Reporte 59 CIADI 12.

[Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 1948. Disponible en
http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html.](http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html)

[Organización Internacional de Comercio, Carta de la Habana, octubre 1948. Disponible en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/377/29.pdf.](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/377/29.pdf)

Organización Mundial del Comercio. Los principios del sistema de comercio. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm. Visitado el 13 de agosto, a las 20:15 horas.

[Reporte de laudos arbitrales internacionales. Naciones Unidas. Caso L. F. H. Neer y Pauline Neer \(U.S.A.\) versus los Estados Unidos Mexicanos. 15 de octubre de 1926. Disponible en:
http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_iv/60-66.pdf](http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_iv/60-66.pdf)

Rosa José María, Historia de Argentina: Unitarios y Federales (1826-1841) Standford University Libraries, Tomo IV, Ed. Oriente Buenos Aires.

Rubén Hernández Valle, Las Libertades Públicas en Costa Rica, San José, Editorial Juricentro, segunda edición, 1990.

Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principals of International Investment Law, 2008.

Rudolf Dolzer, Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda, OECD Dec. 12, 2005, disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/51/10/36370461.pdf>

Sornarajah M., The International Law on Foreign Investment, New York, Cambridge University Press, 2010.

Sornarajah M., The pursuit of Nationalized Property, Dordrech, Martinus Nijhoff Publications, primera edición, 1986.

Técnicas Medio Ambientales TECMED S.A. versus Estados Unidos Mexicanos, Caso No. ARB (AF)/00/2. Laudo, 29 de mayo de 2003.

Todd Weiler, International and Investment Law and Arbitration, Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, 2005.

[Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos de América y la República Federal Alemana, 1945. Disponible en http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005344.asp.](http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/All_Trade_Agreements/exp_005344.asp)

Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana, 5 de agosto del 2004.

[Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá, enero 1994. Disponible en http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590&mtpiID=142.](http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?conID=590&mtpiID=142)

Villiger, Mark, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Editorial Martinus Nijhoff Publishers, 2009.