



# La Problemática de los Estándares en el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras

*James A. Graham*<sup>1</sup>

**SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PRINCIPALES ESTÁNDARES Y SUS INCERTIDUMBRES. 2.1. Trato Mínimo. 2.2. Trato Nacional. 2.3. Trato Justo y Equitativo. 2.4. Conclusión. 3. PROPUESTA. 3.1. Eliminar los Estándares en los TBI. 3.2. Limitación del Número de Estándares. 3.3. Interpretación Estricta de los Tratados. 4. PREGUNTAS PARA DEBATIR EN EL CONGRESO.**

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada de México en el GATT en 1986, el país se ha abierto cada día más a los inversionistas extranjeros. La celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte ha marcado la “nueva área” para México en relación con el derecho de la inversión extranjera. La celebración de unos 25 APPRI’s (Acuerdos bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones),<sup>2</sup> así como 13 TLC’s (Tratados de Libre Comercio)<sup>3</sup> han cambiado de manera definitiva el marco jurídico mexicano hacia el exterior.

Los instrumentos internacionales suscritos reposan principalmente en la implementación de estándares, en lugar de reglas predefinidas.

1 Doctor en derecho por la Universidad de París I Panthéon-Sorbonne, socio internacional, *De Forest*. Profesor por oposición y titular del Departamento de Derecho Internacional y Negocios, CITEJYC, Facultad de Derecho y Criminología, UANL, ex-presidente de la ANADE, Sección Nuevo León, coordinador de la Comisión de Litigio & Arbitraje, Barra Mexicana, Capítulo Nuevo León, presidente del Colegio de Doctores en Derecho de Nuevo León.

Agradecemos a Carlos Treviño Vives por su apoyo en la preparación del presente artículo.

2 Según la última actualización en fecha del 11/5/2011 del sitio [www.economia.gob.mx](http://www.economia.gob.mx) (visitado el 2/8/2011).

3 [www.aduanas.gob.mx/aduana\\_mexico/A\\_Preguntas\\_Frecuentes\\_Contribuciones\\_Aprovechamientos.htm](http://www.aduanas.gob.mx/aduana_mexico/A_Preguntas_Frecuentes_Contribuciones_Aprovechamientos.htm) (visitado el 2/8/2011).

Sin embargo, la práctica y los diversos litigios han mostrado lo difícil que es para un abogado asesorar a una empresa mexicana que quiere invertir en otro país, o una empresa extranjera que planea invertir en México. En efecto, ya no se cuenta con las múltiples decisiones de tribunales arbitrales —constituidos bajo el amparo de los APPRI's y TLC's—, que han tenido puntos de vista opuestos con relación a tal o tal estándar.

En lugar de tener reglas *a priori*, los estándares permiten sólo *a posteriori* saber cuál hubiera tenido que ser la conducta a adoptar para prevenir la violación de un estándar pactado en los diversos tratados.

Presentaremos de manera sucinta los diversos estándares que existen, así como las problemáticas que hay alrededor de ellos, y ofrecer unas propuestas para resolver este estado de inseguridad jurídica.<sup>4</sup>

## 2. LOS PRINCIPALES ESTÁNDARES Y SUS INCERTIDUMBRES

### 2.1 Trato Mínimo

Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, trato acorde con el derecho internacional consuetudinario.<sup>5</sup>

El estándar del Trato Mínimo parte del postulado que los extranjeros tienen, en aplicación de la costumbre internacional, en el territorio del Estado de recepción les da derecho a un trato acorde con el estándar mínimo establecido por las normas del derecho internacional consuetudinario. Se considera como violación de este estándar, según la definición clásica establecida por el laudo *Neer*,<sup>6</sup> “un trato tan alejado de los estándares internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial inmediatamente reconocería tal alejamiento”. En la práctica actual, el Trato Mínimo protege contra arbitrariedades e injusticias por parte de las autoridades, así

4 Es importante de subrayar que el derecho de la inversión extranjera está principalmente construido a partir de las interpretaciones dadas por los tribunales arbitrales. Como cada tribunal tiene otra composición y tiene por objetivo resolver sólo un caso en particular, resulta normal que hay tantas opiniones que hay tribunales, muchas veces contradictorias. Consecuentemente, las decisiones citadas no representan un derecho positivo fijo, sino son meras ilustraciones de lo expuesto.

5 Artículo 4, APPRI México-España.

6 *Neer v. México*, 1926.

como contra casos de denegación de la justicia por parte de los tribunales locales, por ejemplo. De manera positiva, el estándar garantiza el derecho del inversionista a expectativas legítimas y a la estabilidad (etcétera).

La evolución de un trato mínimo “clásico” (por ejemplo la compensación para una expropiación constituye una norma consuetudinaria internacional) a un estándar que engloba cualquier violación por parte del Estado en contra de un inversionista, tiene por consecuencia de eliminar poco a poco su propia definición y así ser más y más imprevisible que es lo que entra o no en su concepto.<sup>7</sup>

## 2.2 Trato Nacional

De conformidad con sus leyes, reglamentos y políticas, cada Parte Contratante otorgará a las inversiones realizadas en su territorio por Inversionistas de la otra Parte Contratante y a las actividades relacionadas con las inversiones un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios Inversionistas.<sup>8</sup>

Con respeto al estándar del Trato Nacional establece que el extranjero no puede tener un trato menos favorable que los nacionales. Es importante subrayar que el estándar no impide discriminaciones si éstas se justifican, como por ejemplo exigir más requisitos a los extranjeros que a los nacionales para la entrada en el territorio nacional. Sin embargo, uno de los grandes problemas es la definición de la situación a tomar en cuenta para dar constancia de una eventual discriminación.<sup>9</sup> Es así que por ejemplo en el asunto *Feldman v. México*<sup>10</sup> se tomó el sector particular de la demandante para verificar si en este sector hay una discriminación entre el inversionista extranjero y las empresas locales. En *Occidental v. Ecuador*,<sup>11</sup> el tribunal

7 Ver por ejemplo: Álvarez Jiménez, Alberto, “Minimum standard of treatment of aliens, fair and equitable treatment of foreign investors”, *Revista Académica e Institucional de la UCPR*, núm. 84, p. 5, Yalkin, Tolga, “The International Minimum Standard and Investment Law: The Proof is in the Pudding”, *EJIL Analysis*, 2009, <http://www.ejil-talk.org/international-minimum-standard/>

8 Artículo 4, APPRI, México-Australia.

9 Dolzer, Rudolfo, “National Treatment: New Developments”, *Making the most of international investment agreements: A common agenda*, París, OCDE, 2005.

10 *Marvin Feldman v. México*, Laudo 16/12/2002, p. 171.

11 *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, Laudo 1/7/2004, p. 173.

estimó que no es el sector particular que tiene que ser la base de comparación, sino la situación global de todas las empresas locales.

### 2.3 Trato Justo y Equitativo

Cada Estado Contratante otorgará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones del otro Estado Contratante. En ningún caso, los Estados Contratantes perjudicarán la operación, administración, mantenimiento, uso, goce o disposición de dichas inversiones a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.<sup>12</sup>

El tercer estándar no tiene su origen directamente en el derecho internacional general, sino se relaciona con el derecho internacional de las inversiones extranjeras. El Trato Justo y Equitativo se destina a garantizar un marco legal transparente, consistente y estable en materia de inversión extranjera y no requiere la prueba de violaciones “chocantes” como sería una eventual violación del Trato Mínimo.<sup>13</sup>

Sin embargo, desde su primera formulación, el estándar ha sido objeto de controversias en relación con su definición: ¿es un verdadero estándar autónomo?,<sup>14</sup> o ¿se confunde en realidad con el Trato Mínimo?,<sup>15</sup> o ¿se confunde con el trato nacional?<sup>16</sup> Otros tribunales lo han considerado como un estándar genérico que cubre otros tal como el de plena seguridad o de no discriminación por ejemplo.<sup>17</sup>

### 2.4. Conclusión

Además de los estándares ya presentados, existen muchos otros tal como el de la Constante Protección y Seguridad o el de la Protección con-

12 Artículo 2.3, APPRI, México-Alemania.

13 *Mondev v. USA*, Laudo 11/10/2002.

14 “El Trato Justo y Equitativo es un estándar que se agrega a el del Trato Mínimo”, (*Pope & Talbot v. Canada*, Laudo 10/4/2011, pp. 116-118).

15 “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas” (artículo 1105, TLCAN); artículo 5, APPRI, México-China. Para la discusión véase: OCDE, *Fair and Equitable Treatment standard in international investment law*, París, OCDE, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>

16 Véase por ejemplo artículo 3, APPRI, México-Argentina.

17 Por ejemplo: *Noble Ventures. Inc. v. Romania*, Laudo 12/10/2005, p. 182.

tra las Medidas Discriminatorias o Desrazonables. Por el objeto de nuestra exposición, el punto es que todos tienen en común la misma técnica normativa: ser estándares.

Al contrario de las reglas de derecho interno que establecen “el qué y el cómo”, los estándares sólo enuncian el qué y “no el cómo”.<sup>18</sup> Por ejemplo, tanto la Constitución, como la Ley de Inmigración y sus diversos reglamentos mencionan exactamente cuáles son los derechos de los extranjeros y en cual caso pueden o no pueden ejercerlos. Distinta es la situación en el marco del TLCAN, que simplemente describe que los extranjeros inversionistas que están en México tienen derecho a un “trato acorde con el derecho internacional”,<sup>19</sup> sin más precisión. Ausencia de definición, ausencia de reglas expresas, ambigüedad de la jurisprudencia internacional, hacen que caso por caso que se puede pronunciar sobre si había o no un “trato acorde con el derecho internacional”. En otras palabras, es *a posteriori* que el Estado puede saber si cumplió o no en un caso concreto con su obligación internacional. La situación es la misma para el inversionista, quien tampoco no tiene medio directo de saber *a priori* cuáles son exactamente los derechos mínimos que tienen en virtud del tratado internacional sobre inversión extranjera.

El resultado final es que estamos en presencia de una cierta revisión *ex post facto*, basada en una apreciación subjetiva de los árbitros de lo que es o no es “equitativo”, “justo” etcétera, cambiando lentamente los arbitrajes supuestos en derecho a procedimientos de amigable composición, desnaturalizando así lo pactado en los tratados.

### 3. PROPUESTA

#### 3.1. Eliminar los Estándares en los TBI

El argumento principal para la utilización de los estándares es, según sus defensores, sostener que no es posible poner de acuerdo a un gran nú-

18 Sobre el tema Cossío de González, Francisco, “Estándares en arbitraje de inversión: ¿Choque de tradiciones?”, *Arbitraje en materia de inversiones*, México, IJJ-UNAM, 2010, p. 55.

19 Artículo 1105.

mero de Estados sobre reglas precisas y detalladas y que sólo los estándares pudieran constituir un instrumento de consenso.

En primer lugar, el derecho positivo demuestra lo contrario, visto que casi todos los tratados internacionales, a excepción de la sobre inversión extranjera, son constitutivos de reglas detalladas (como por ejemplo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, etcétera).

En segundo lugar, la mayoría de los tratados sobre inversión extranjera son tratados bilaterales y no multilaterales, lo que hace aún más fácil la negociación de reglas en lugar de principios vagos.

En tercer lugar, unos 15 años después del histórico TLC con Estados Unidos y Canadá, y varios tratados bilaterales sobre inversión extranjera, México ya tiene experiencia para poder definir cuáles son las reglas que quiere aplicar: las que protegen al Estado en su función soberana, como las previsibles y atractivas para los inversionistas extranjeros.

Ahora bien, si se opta por la continuidad de la práctica de los estándares, sería importante cierta recomendación, tal como la limitación del número de estándares.

### **3.2. Limitación del Número de Estándares**

Nos parece primordial que se ponga un freno al desarrollo de nuevos estándares y reducir los existentes a su más estricto mínimo para garantizar la seguridad jurídica y previsibilidad. En efecto, como lo hemos visto con el estándar del Trato Justo y Equitativo, ciertos “nuevos” estándares en realidad no contribuyen a la protección ni del inversionista ni del Estado, sino, al contrario, aumentan la confusión. De la misma manera, ¿cuál es la diferencia entre el Trato de la Nación Más Favorecida y el Trato No Menos Favorable?: *“Cada una de las Partes Contratantes deberá otorgar [...] a los inversionistas de la otra Parte Contratante, [...], un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus inversionistas, o el tratamiento otorgado a los inversionistas de la Nación más favorecida, si el último es más favora-*

ble.<sup>20</sup> La disposición citada habla por sí misma, más oscura no se puede. Claro, no cabe duda que los abogados y académicos podrán afirmar que por aquí y por allí hay diferencias, pero al final, la oscuridad y la inseguridad triunfen sobre la claridad y la seguridad. En realidad, no se requiere de ambos estándares, visto que es suficiente tener una Cláusula de la Nación Más Favorecida<sup>21</sup> para obtener el mismo resultado. Otro ejemplo, aún más significativo es el tríptico Trato Mínimo —Trato Justo y Equitativo— Plena Protección y Seguridad: en realidad, los dos últimos están incluidos en el primero.

Si ya la idea es de tener sólo un mínimo de principios básicos, no existe razón para entonces aumentar su proliferación; al menos de confesar que estos estándares en realidad no son suficientes, lo que lleva a la conclusión que ¡lo que se requiere son reglas!

### 3.3. Interpretación Estricta de los Tratados

Es bien sabido que la principal crítica que existe en la actualidad al sistema de los APPRI's va contra las decisiones arbitrales, a los cuales se reprocha que tengan tendencia a hacer decir al tratado lo que no dice. El *Fork on the Road* ilustra de la mejor manera la problemática planteada. De una disposición clara se deduce soluciones contrarias. Muchos APPRI's y TLC's prevén que si el inversionista somete su controversia con el Estado receptor a los tribunales locales, pierde su derecho de presentar posteriormente la misma controversia al arbitraje internacional en virtud del tratado internacional. Ahora bien, varios tribunales arbitrales han considerado que no hay que elegir entre el tribunal nacional o el tribunal arbitral porque legalmente un mismo asunto (mismos actores, mismos hechos) puede ser un litigio contractual (ante los tribunales nacionales) y, al mismo tiempo, una controversia bajo el amparo del tratado (ante el tribunal arbitral).<sup>22</sup>

20 Artículo 4, Acuerdo de 1998 entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones.

21 La cláusula de la nación más favorecida establece la extensión automática de cualquier mejor tratamiento que se concederá o ya se ha concedido a una parte del mismo modo a todas las demás partes.

22 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c/. República Islámica de Pakistán* (Caso CIADI No. ARB/01/13). Decisión sobre Jurisdicción de 6 de agosto de 2003.

El resultado es que muchas veces en los dos procedimientos se otorgan los mismos montos: una vez en virtud de la responsabilidad contractual del Estado y una vez en virtud de la responsabilidad internacional del mismo. Y es justamente ese el problema. ¿Cómo convencer al Estado de pagar dos veces?, aunque conceptualmente eso puede justificarse. El riesgo es de matar la gallina en el huevo y empujar a los Estados a salirse de los procedimientos arbitrales; riesgo que hemos denunciado hace unos 10 años<sup>23</sup> y que ya se corroboró de manera parcial con la salida de Bolivia y Ecuador del CIADI.

Ahora bien, lo anterior se relaciona con los estándares. Las cláusulas de extensión como las de la Nación Más Favorecida o las de la obligación de respetar los compromisos (cláusulas “paraguas”), no son redactadas como reglas precisas y claras sino como una forma de estándar: imprecisas y abiertas. Y las consecuencias son las que vemos hoy: una jurisprudencia contradictoria y un marco jurídico incoherente.<sup>24</sup>

En ausencia de una corte internacional en materia de inversión que tendría por misión fijar la jurisprudencia y coadyuvar a lograr los objetivos implícitos (como es el caso de la CJCE), es de recomendar a los tribunales arbitrales de renunciar a la interpretación teleológica<sup>25</sup> y buscar métodos interpretativos que respeten lo pactado en los tratados,<sup>26</sup> así como las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>27</sup> y que ayuden a definir el contenido preciso de los estándares.<sup>28</sup>

23 Graham, James, “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2004. p. 146.

24 Véase: Tsatsos, Aristidis, “ICSID Jurisprudence: Between Homogeneity and Heterogeneity A Call for Appeal?”, *Transnational Dispute Management Journal*, 2009.

25 Por ejemplo en el asunto *Siemens*, el tribunal arbitral claramente enunció que es su misión de proteger el inversionista hasta donde se puede (*Siemens v. Argentina*, 3/8/2004).

26 *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), , 27/8/2008; *Telenor Mobile Communication AS v. Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15), 13/9/2006.

27 Ver por ejemplo *Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7), 13/11/2000, donde el tribunal arbitral no se ajustó a las reglas de interpretación de la Convención de Viena, sino aplicó sus propios métodos de interpretación.

28 Para una presentación exhaustiva de la problemática de la interpretación en materia de los APPRI's, véase: ILA (German Branch), *General Public International Law and Investment Law*, Alemania, Martin Luther University, 2011, pp. 15 y ss.



#### **4. PREGUNTAS PARA DEBATIR EN EL CONGRESO**

**1.** ¿Debe México continuar a celebrar nuevos APPRI's, cuando se sabe que México en la actualidad tiene más de 20 APPRI's y Brasil no tiene ni uno y aun así tiene mayor inversión extranjera?

**2.** ¿Los futuros APPRI's de México tienen que contener reglas precisas, o se debe de continuar con la práctica de los estándares?