



Universidad de San Andrés

Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho
Abogacía

Trabajo de Graduación

**Trato Justo y Equitativo: una necesidad global de equilibrar intereses contrapuestos en
el derecho internacional de inversión**

Autora: Solana Carregal

Legajo: 30041

Director de tesis: Julio Rivera (h)

Buenos Aires, febrero de 2024

A todos los profesores de Abogacía y Ciencias Políticas de la UdeSA, gracias por compartir todos sus conocimientos, por guiarme, por motivar mi aprendizaje y despertar en mi tanta curiosidad.

A mis padres, por sus palabras, su aliento y su apoyo incondicional.

Fueron tantos los profesores y las personas que durante mi carrera fueron fuente de inspiración, que nombrarlos no podrá ser posible en este trabajo.



Universidad de
San Andrés

Resumen

La norma del Trato Justo y Equitativo es, sin duda, una característica destacada y evolutiva de los acuerdos internacionales de inversión. No obstante, los desafíos que presenta el estándar global Trato Justo y Equitativo han impedido una jurisprudencia pacífica en el derecho internacional de inversión. Se crea un enigma interpretativo por las diversas conceptualizaciones del Trato Justo y Equitativo empleadas por los tribunales de arbitraje, convirtiéndose en un desafío para los países en desarrollo y para los inversores. Como respuesta a la plétora de interpretaciones que se desarrollaron en la jurisprudencia arbitral de inversiones, los tratados de la nueva generación buscan equilibrar el Trato Justo y Equitativo tanto a nivel conceptual como práctico. Las modificaciones recientes en la interpretación y aplicación del TJE muestran un intento de los Estados de reafirmar su control y autonomía a través de los tratados de inversión. Estos tratados buscan una reducción del alcance del Trato Justo y Equitativo, a través de su especificación y clarificación mediante criterios estrictos que permitan determinar si una determinada acción de Estado es una violación del Trato Justo y Equitativo, como también para enfatizar la soberanía estatal del Estado anfitrión.

Mi trabajo propone ilustrar las distintas interpretaciones del Trato Justo y Equitativo a lo largo de los años a fin de entender a través de sus nuevas formulaciones, cómo los Estados han afirmado el control sobre el estándar.

Universidad de
San Andrés

Índice

I. Introducción	4
II. Trato Justo y Equitativo: Una primera aproximación a la problemática	6
III. Historia del Trato Justo y Equitativo.....	9
IV. Evolución del estándar Trato Justo y Equitativo: primeras interpretaciones.....	10
A. Interpretación del Trato Justo y Equitativo de acuerdo al derecho internacional consuetudinario y al derecho internacional.	10
a. Jurisprudencia que vincula el Trato Justo y Equitativo con el Trato Mínimo Sustnativo	13
b. Conclusiones de la interpretación Trato Justo y Equitativo de acuerdo al derecho internacional consuetudinario y al derecho internacional	21
B. Interpretación del estándar Trato Justo y Equitativo no calificado, autónomo o independiente	22
a. Jurisprudencia que utiliza la norma autónoma del Trato Justo y Equitativo	25
b. Conclusiones del estándar del Trato Justo y Equitativo autónomo.....	28
c. Reacciones de los estados a las interpretación de los tribunales del TJE: nuevas interpretaciones del Trato Justo y Equitativo en los tratados de la nueva generación.....	30
A. Nueva formulación del Trato Justo y Equitativo en el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá	31
B. Nueva formulación del Trato Justo y Equitativo en el AECG, CPTPP, ATCI.....	35
C. Conclusiones de las nuevas formulaciones del Trato Justo y Equitativo en los tratados de nueva generación.....	36
VI. Consideraciones finales: Hacia un consenso global del Trato Justo y Equitativo	42
VII. Bibliografía	45

I. Introducción

En el transcurso del desarrollo de un país, la inversión privada emerge como un actor fundamental. Esta dinámica surge de la búsqueda constante de nuevos mercados, recursos y lugares de producción, así como de la competencia incesante entre Estados para atraer flujos de capital privado con el fin de promover su propio crecimiento económico. En este contexto de dinámicas de inversión, el derecho internacional de inversión regula los potenciales conflictos entre inversores extranjeros y los Estados anfitriones, generalmente naciones en desarrollo que ofrecen atractivas oportunidades de retorno de inversión.¹ A lo largo de los años, dicho cuerpo normativo internacional ha creado estándares comunes de protección, tales como la seguridad plena y efectiva, la compensación por expropiación y el "Trato Justo y Equitativo" ("TJE"). A pesar de la aceptación generalizada entre los Estados respecto a la existencia y la aplicación de dichos estándares, su interpretación suele ser motivo de controversia. Entre ellos, el más invocado en el ámbito del arbitraje de tratados de inversión es el TJE.²

Existe consenso de comentaristas y árbitros en que el TJE no es contingente, a diferencia de la cláusula de trato nacional o de nación más favorecida.³ En consecuencia, a lo largo de la historia del arbitraje de inversiones, el TJE se convierte en un pararrayo para gran parte de la protección sustantiva de la inversión extranjera.⁴ Su finalidad es proteger a los inversores contra instancias graves de conducta arbitraria, discriminatoria o abusiva por parte de los Estados receptores.⁵ Sin embargo, las distintas formulaciones del TJE ocasionan confusión y dudas en su conceptualización y, consiguientemente, en su comprensión y alcance. Consiguientemente, los Estados no logran anticipar las consecuencias jurídicas de su conducta o de los terceros

¹ Mortimore, M., "Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe.", CEPAL, Santiago de Chile, 2009.

² Harti, A. M., "Topical issues in ISDS: Latin America – A Review of Recent Developments – A Report from the CERSA.", Kluwer Arbitration Blog, 2018. [En: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/16/topical-issues-in-isds-latin-america/](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/16/topical-issues-in-isds-latin-america/).

"De acuerdo con la base de datos de *Investment Dispute Policy Navigator* del CNUDMI, de setenta casos TLCAN (incluyendo los casos pendientes y transigidos), en sesenta y seis casos fue presentado el reclamo de violación al trato justo y equitativo (en inglés «FET»)/nivel mínimo de trato y en cincuenta casos fue presentado el reclamo de expropiación indirecta."

³ OECD., "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law." OECD Working Papers on International Investment, 2004/03. OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>, pp. 2. Fatourous, A.A., "Government Guarantees to Foreign Investors." Columbia University Press, 1962, pp. 135-141, 214-215.

⁴ Schill, S. W., "Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator", *Leiden Journal of International Law* 23, no. 2, 2010, pp 401-430.

⁵ United Nations Conference on Trade And Development. "Fair and Equitable Treatment." UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva, 2012, pp. 1.

inversores, creando incertidumbre acerca de conductas permitida o prohibida por el TJE, ni tampoco pueden los inversores anticipar las protecciones que gozan en virtud del TJE.

Las diversas interpretaciones del TJE muestran que su evolución puede ser sistemáticamente categorizada en tres etapas: (i) su equiparación al estándar mínimo de trato o su invocación a costumbre internacional, (ii) su conceptualización como estándar autónomo e independiente y (iii) su especificación en relación a ciertas industrias o actos o su eliminación completa de tratados internacionales.⁶ En efecto, las últimas tendencias en jurisprudencia y tratados internacionales buscan una reducción del alcance del TJE, a través de su especificación y clarificación mediante criterios estrictos que permitan determinar si una determinada acción de Estado es una violación del TJE, como también para enfatizar la soberanía estatal del Estado anfitrión.⁷

Es conducente saber cómo surgieron dichos cambios en los tratados internacionales para comprender las últimas tendencias en la materia. La transformación del TJE se ve impulsada por una serie de factores que reflejan cambios sustanciales en la dinámica de las relaciones inversor-Estado. Mi hipótesis postula que las modificaciones recientes en la interpretación y aplicación del TJE son una respuesta de los Estados para reafirmar su control y autonomía en los tratados de inversión. Asimismo, es un reflejo de la tensión siempre presente entre la flexibilidad y la previsibilidad en las relaciones de inversión internacional. El dilema que se subsume en las interpretaciones del TJE evidencia que “el equilibrio adecuado entre las necesidades competitivas de permitir un espacio de política razonable para los estados receptores y facilitar que los inversores extranjeros planifiquen sus operaciones con antelación es un desafío complejo.”⁸ De esta manera, sostengo que estos ajustes muestran un cambio más amplio en el derecho internacional de las inversiones hacia un enfoque equilibrado y matizado, y sin grises que permitan la discreción. La última década ha presenciado un giro notable, especialmente por parte de los Estados desarrollados, que ahora buscan activamente reafirmar o recuperar el control sobre el ámbito de la inversión extranjera. Los estados desarrollados, que albergan a los inversores, buscan revertir sistemáticamente la evolución del TJE que parecía

⁶ De Brabandere, E. "States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'." In Andreas Kulick (ed.), *States' Reassertion of Control over International Investment Agreements and International Investment Treaty Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL, Leiden Law School Research Paper, pp 289. En: <https://ssrn.com/abstract=2846998>

⁷ Ibid, pp. 299.

⁸ Hirsch, M., "Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law." *Journal of World Investment & Trade* 12, 2001, pp. 2.. La traducción es de mi autoría.

inclinarse hacia un enfoque más protector del Estado anfitrión, con posibles repercusiones negativas para los inversores.

Mi trabajo propone ilustrar las distintas interpretaciones del TJE a lo largo de los años a fin de entender a través de su formulación, cómo los Estados han afirmado el control sobre el estándar. Si bien el alcance del TJE es un tema sobre el cual se debate abundantemente en la doctrina, es evidente la falta de consenso que ha impedido a los tribunales expedirse de manera uniforme. Quiero a través de este trabajo recapitular los exponentes más importantes de la doctrina y analizar las diferentes interpretaciones de los tribunales arbitrales. El hecho de que este tema sea tan polémico exige enfocarse en las diferentes interpretaciones. Pero más allá de esta necesidad, me impulsa el deseo de que Argentina como receptor de inversiones entienda los principios que están en juego a fin de crear un marco de seguridad para tan necesarias inversiones en este momento económico y, para evitar el dispendio jurisdiccional, los altos costos y daños generados en los reclamos en los cuales nuestro país ha debido indemnizar a inversores extranjeros. Es importante tener en cuenta que el inversor más allá de buscar su propio negocio ha tomado una decisión de elegir un país sobre otro y es importante ofrecer la seguridad que su inversión merece.

II. Trato Justo y Equitativo: Una primera aproximación a la problemática

La reciprocidad que se genera entre las nuevas oportunidades de inversión que ofrecen los países en vías de desarrollo y los inversores extranjeros que se interesan por rendimientos más allá de sus fronteras, comenzaron a demandar estándares de estabilidad y certeza dentro de un marco adecuado de seguridad jurídica. Recibir el mismo tratamiento que el país extranjero otorga a sus propios nacionales deja de ser atractivo para los inversores, que pretenden incluso un mejor trato que los nacionales. Tampoco son suficientes los derechos básicos que los Estados ofrecen a las inversiones extranjeras, que en el derecho consuetudinario suele llamarse trato mínimo sustantivo. Se exige que el Estado receptor otorgue cierto trato independientemente del trato que gocen sus nacionales y son a través de los tratados bilaterales que se comienza a vislumbrar estándares aceptables globalmente de seguridad para las inversiones extranjeras. Dentro de tales estándares, el TJE ha sido el elemento de protección más significativo para el inversor extranjero en los últimos 60 años.⁹

⁹ Bronfman M. K., "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard," Max Planck Yearbook of United Nations Law 10 (2006): pp. 610, 611, 612, 613.

Dicho estándar incorpora efectivamente el principio cardinal del estado de derecho, buscando establecer un marco jurídico predecible para las inversiones extranjeras, contribuyendo así a la estabilidad y la confianza en el entorno de inversión.¹⁰ El TJE no solo se refiere a la calidad formal de la ley como un medio para orientar los asuntos de los inversores extranjeros, sino también a la completa soberanía de los países en desarrollo sobre su espacio territorial sujeta a compromisos consagrados en acuerdos de inversión.¹¹

No obstante que la legislación internacional sobre inversiones contiene referencia a este estándar absoluto desde hace muchos años, la propia definición del TJE ha sido ampliamente debatida y analizada a lo largo de los años.¹² Existe una creciente divergencia en los alcances sostenidos por los inversores, por un lado, y los países en desarrollo, por el otro, en lo que respecta tanto al contenido definicional como normativo del TJE.

Los inversores extranjeros reconocen que el TJE es un estándar no contingente y absoluto, por lo que abogan que los gobiernos en países en desarrollo sigan un enfoque específico, que cuenten con un accionar de manera consistente, sin arbitrariedades, con total transparencia y en concordancia con el principio de buena fe.¹³ Desde dicha perspectiva, el TJE es una herramienta para proteger la inversión de las acciones y las omisiones tomadas por el Estado anfitrión¹⁴ y eludir las debilidades institucionales observadas en los países en desarrollo.¹⁵ Por lo contrario, los Estados anfitriones subrayan que el TJE no debe entenderse como una garantía absoluta, sino más bien como un principio relativo que permite equilibrar entre la protección de la inversión y sus intereses públicos. El fundamento para los Estados anfitriones es que “los países desarrollados puedan utilizar el TJE para proteger los derechos de los inversores extranjeros sin tener en cuenta adecuadamente los intereses y regulaciones internas de los países en desarrollo.”¹⁶

¹⁰ De Brabandere, E., "States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'." Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL, Leiden Law School Research Paper, pp 289. En: <https://ssrn.com/abstract=2846998>, pp 286.

¹¹ Haynes, J., "The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment (FET) Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns – The Case for Regulatory Rebalancing." *Journal of World Investment & Trade* 14, 2013, pp.188.

¹² Sornarajah M., "The International Law on Foreign Investment", 2nd edn, 2004, pp. 217, 218

¹³ Tecmed c. México (Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2), laudo del 29 de mayo de 2003: 23 ILM 133 (2004), párrafos 154-5.

¹⁴ Vagts, D. F., "Coercion and Foreign Investment Rearrangements." *The American Journal of International Law* 72, no. 1, 1978, pp 34-35. En: <https://doi.org/10.2307/2199701>.

¹⁵ Montt, S., *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pp 40. En: ISBN 978-1-84113-856-5.

¹⁶ Haynes, J., "The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment (FET) Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns – The Case for Regulatory Rebalancing." *Journal of World Investment & Trade* 14, 2013, pp. 136. Traducción de mi autoría.

Por estas divergencias, el TJE se convierte en un concepto flexible y vago. No hay una cláusula comúnmente acordada con una redacción clara que implique el TJE como tampoco una interpretación específica del mismo.¹⁷

En términos prácticos, existen tres *modelos de cláusulas* de TJE en acuerdos internacionales bilaterales y multilaterales. En primer lugar, el TJE puede asociarse a la frase “de acuerdo con el derecho internacional”. Estas cláusulas buscan asegurar que el intérprete utilice principios del derecho internacional: el derecho consuetudinario internacional y los principios generales, para identificar el alcance y el contenido del estándar. En relación con este modelo de cláusula, el TJE puede ser equiparado al TMS, como ocurre, por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”).¹⁸ En segundo lugar, el TJE puede presentarse como una cláusula independiente (no calificada), donde se incluye el TJE sin hacer referencia específica a otro estándar de tratado o a su contenido, siguiendo el 'modelo europeo'.¹⁹ Estas cláusulas, al ser independientes y no calificadas, suelen interpretarse de manera amplia por los tribunales. En tercer lugar, el TJE puede utilizarse en combinación con algún contenido sustantivo específico, como la prohibición de la denegación de justicia o la no discriminación.

Esta definición dinámica del TJE autoriza a los tribunales internacionales a llevar a cabo un examen para “considerar todas las circunstancias” de la acción o inacción del Estado anfitrión en cada caso particular, generando discreción del tribunal.²⁰

Así como hay distintos modelos de cláusulas del TJE, hay distintas concepciones del TJE en la jurisprudencia. Al analizar la jurisprudencia en torno al TJE se pueden observar tendencias de los arbitrajes a lo largo de la evolución del TJE. En un primer momento, la jurisprudencia vincula al TJE al derecho consuetudinario y equipara su alcance al TMS. En esta fase inicial, el TJE se considera como un estándar que garantiza un nivel mínimo de trato a los inversionistas.²¹ Luego, la jurisprudencia comienza a cuestionar si el TJE es un estándar

¹⁷ Kläger, R, “Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness.” *Journal of World Investment and Trade* 11 (3), 2010, pp. 319.

¹⁸ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN por sus siglas en español), es un tratado de libre comercio entre Canadá, Estados Unidos y México. Dichos tres países lo firmaron el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor a partir del 1 de enero de 1994.

¹⁹ En el Tratado Bilateral de Inversión entre la Unión Económica Bélgica-Luxemburgo y Tayikistán de 2009, el Artículo 3 establece que todas las inversiones realizadas por inversores de una de las partes contratantes deben recibir un tratamiento justo y equitativo en el territorio de la otra parte contratante. Esta disposición refleja el compromiso de garantizar que las inversiones realizadas por los inversores de una de las partes sean tratadas de manera justa y equitativa en el territorio de la otra parte.

²⁰ Kläger, R, “Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness.” *Journal of World Investment and Trade* 11 (3), 2010, pp. 164.

²¹ Artículo 1150 del TLCAN.

autónomo que va más allá del TMS para todos aquellos casos donde la cláusula es independiente. Surge la duda sobre si el TJE tiene entidad propia, es autónomo, y va más allá de establecer un trato básico para los inversionistas extranjeros.

En la actualidad, podemos observar una novedosa tendencia en los tratados de inversión que parece reflejar una reacción de los Estados parte del derecho internacional a los conflictos que derivaron del incesante dinamismo del TJE. Se trata de la tendencia de los Estados en los tratados internacionales de especificar el contenido del TJE en ciertas industrias o acciones o, incluso, omitir el TJE en los tratados internacionales. Esta evolución refleja un esfuerzo por reafirmar el control de los Estados sobre el derecho internacional de inversión y en particular sobre la interpretación discrecional de los tribunales arbitrales sobre los estándares sustantivos.²² Esta reacción queda reflejada en el nuevo (“T-MEC”), como en otros tratados de inversión recientemente ratificados.

III. Historia del Trato Justo y Equitativo

A nuestro propósito de esclarecer las tendencias de los tribunales arbitrales en interpretación del TJE, resulta ilustrativo analizar la evolución histórica del referido estándar, su interpretación y sus primeros usos, como así también los objetivos buscados por los tratados de inversión que oportunamente lo incluyeron.²³

La referencia al TJE puede rastrearse a los primeros acuerdos económicos internacionales. En 1946 se propone un trato “justo y equitativo” para las inversiones en el proyecto de declaración de política de inversiones extranjeras del Comité de Política de Inversiones Extranjeras dentro del marco de las negociaciones de los tratados de Amistad, Comercio y Navegación (“ACN”). En agosto de 1947, dicho Comité adopta la frase “trato justo, equitativo y no discriminatorio” de las inversiones. En 1948 durante las negociaciones de la Carta de la Habana de la Organización Internacional del Comercio (“OIC”), Estados Unidos propone que la OIC recomiende la celebración de acuerdos para el trato “justo y equitativo” de las inversiones.²⁴ Seguidamente, una iniciativa regional de adoptar un “trato equitativo” a las

²² Ver De Brabandere, E., “States’ Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining ‘Fair and Equitable Treatment’ and ‘Indirect Expropriation’.” Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL, Leiden Law School Research Paper, pp 289. En: <https://ssrn.com/abstract=2846998>, pp 299.

²³ Bronfman M. K., “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard”, Max Planck Yearbook of United Nations Law 10, 2006, pp. 612.

²⁴ Vandeveld, K J. 2017. “The First Bilateral Investment Treaties: U.S. Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties”, pp. 205. En: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2993300>.

inversiones extranjeras surge en el Acuerdo Económico de Bogotá de 1948.²⁵ Ninguna de estas iniciativas prosperaron, pero son el origen de la práctica de incluir este tipo de estándares en tratados bilaterales.

No es hasta los primeros tratados FCN luego de la Segunda Guerra Mundial que se comienza a incluir los términos trato equitativo y justo como garantías a brindar por el Estado anfitrión. Esta primera aparición formal del estándar TJE en los tratados FCN ejecutados por los Estados Unidos²⁶ constituye un antecedente importante en la ley internacional de inversiones.

Posteriormente, el estándar de trato justo y equitativo se incluye en el Proyecto de Convenio sobre inversiones en el extranjero propuesto por Hermann Abs y Lord Shawcross en 1959.²⁷ En líneas similares, los borradores de la Convención de la Protección de la Propiedad Extranjera de 1967 (“Proyecto OECD”) suman un antecedente importante a favor del TJE pese a no haber sido suscriptos.

A partir de 1970 existen varios acuerdos de inversión extranjera que incluyen el TJE. Lome IV fue ratificado por 12 países desarrollados y 68 en vías de desarrollo del África, Caribe y el Pacífico y aceptan garantizar el TJE. El TLCAN y otros acuerdos regionales asimismo aceptan el TJE. Finalmente el Energy Charter Treaty reconoce el TJE en sus artículos 1 y 20, como consecuencia del Caso Tecmed c. México y CME c. Czech Republic.²⁸

IV. Evolución del estándar Trato Justo y Equitativo a través de: primeras interpretaciones

A. Interpretación del Trato Justo y Equitativo de acuerdo al derecho internacional consuetudinario y al derecho internacional

²⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. OEA/Ser.L./V/II.23, OAS Official Records, Washington, D.C., 1948.

²⁶ Estados Unidos firma este tipo de acuerdos con Bélgica, Luxemburgo, Grecia. Israel, Pakistán, Irlanda con el estándar de trato equitativo y con Alemania, Omán, Ethiopia y los países Bajos con el estándar de trato justo y equitativo. Ver Marcela Klein Bronfman, “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard,” Max Planck Yearbook of United Nations Law 10, 2006, pp. 612.

²⁷ Artículo 1 del Proyecto de Convenio “Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories of the other Parties and the management, use and enjoyment thereof shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures” (Abs and Shawcross, 1960)

²⁸ United Nations Conference on Trade And Development. “Fair and Equitable Treatment.” UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva, 2012, pp. 5, 6.
Bronfman M. K., “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard,” Max Planck Yearbook of United Nations Law 10, 2006, pp. 612.

Durante años el largo debate doctrinal sobre el TJE lo limita y equipara al TMS. Uno de los primeros esbozos de dicho vínculo se encuentra en las Notas y Comentarios al artículo 1 del Proyecto de Convenio de la OCDE.²⁹ El Comité de Inversiones aclara en las referidas Notas y Comentarios que el TJE se ajusta al “estándar mínimo” que forma parte del derecho internacional consuetudinario:

La expresión “trato justo y equitativo”, habitual en los acuerdos bilaterales pertinentes, indica la norma establecida por el Derecho internacional para el trato debido por cada Estado con respecto a los bienes de nacionales extranjeros. La norma exige que, sin perjuicio de los intereses esenciales de seguridad, la protección otorgada en virtud del Convenio sea la que la Parte en cuestión concede generalmente a sus propios nacionales, pero, al estar establecida por el Derecho internacional, la norma puede ser más exigente cuando las normas del Derecho nacional o las prácticas administrativas nacionales no estén a la altura de los requisitos del Derecho internacional. La norma exigida se ajusta en efecto a la “norma mínima” que forma parte del derecho internacional consuetudinario.³⁰

Esta interpretación es luego respaldada por la práctica en diversos países como Suiza y Estados Unidos, como así también en varios casos internacionales.³¹ El TLCAN en su artículo 1105 exige el “trato justo y equitativo” como parte de los requisitos del derecho internacional y, por ende, del derecho consuetudinario.

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (“UNCTAD”), el estándar de TJE evoluciona como parte del TMS. El TMS es creado sobre la presunción de que existe un conjunto de normas consuetudinarias internacionales que rige el derecho internacional de las inversiones a fin de proteger a un extranjero en otro país. Establece un umbral mínimo de protección para el extranjero, lo cual implica un cierto nivel de derechos

²⁹ “Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention”, OECD, pp. 120.

³⁰ OCDE. Proyecto de Convenio sobre la Protección de la Propiedad Extranjera y Resolución del Consejo de la OCDE, sobre el Proyecto de Convenio (1967). Notas y Comentarios al Art. 1, apartado 4(a). Traducción de mi autoría. Ver Sullivan, K. M., y Connor, K. D. "Making the Continent Safe for Investors, NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution." *The Urban Lawyer* 36, no. 1, 2004, pp. 99–135.

³¹ “Nos referimos así al principio clásico del derecho de gentes según el cual los Estados deben proporcionar a los extranjeros que se encuentren en su territorio y a sus bienes el beneficio del “estándar mínimo” internacional, es decir, concederles un mínimo de derechos personales, procesales y económicos". *Annuaire Suisse de Droit International* 178, (1980), citado por R. Dolzer and M. Stevens, “Bilateral Investment Treaties, ICSID, 1995..

para individuos extranjeros garantizados por el país anfitrión. El TMS tiene su expresión más concreta en el caso *Neer Neer c. México*, donde el tribunal arbitral dispone la responsabilidad de un Estado sólo si su conducta implica “un ultraje, mala fe, negligencia deliberada de sus deberes, o una insuficiencia de acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia”.³²

Otros tratados expresamente vinculan el TJE con el derecho internacional sin mención al TMS, requiriendo una revisión de las fuentes aplicables del derecho internacional para determinar si la conducta de un Estado anfitrión incumple el TJE.³³ De esta manera, el derecho internacional establece un suelo de protección al inversor. Es relevante destacar que, según casos como el de *Vivendi c. Argentina*³⁴, la conexión del TJE al derecho internacional no puede considerarse equivalente a TMS toda vez que respalda una lectura más amplia y evolutiva del TJE que considera los principios contemporáneos del derecho internacional. Sin embargo, otros casos señalan que el TMS es parte del derecho internacional consuetudinario por lo que una lectura evolutiva del TMS incluye principios contemporáneos del derecho internacional. En consecuencia, por más que su formulación difiera, su interpretación es similar.

El objetivo del enfoque semántico de la cláusula de TJE -la vinculación del TJE con el derecho internacional consuetudinario- es un intento inicial de restringir la discreción de los tribunales en el arbitraje de inversión al determinar qué constituye un “trato justo y equitativo”. Los estados vinculan el contenido del TJE al derecho internacional o a normas consuetudinarias internacionales para otorgar un contenido específico o más estrecho a la disposición y distanciarse de una interpretación semántica y expansiva. Al vincular la cláusula de TJE al derecho internacional se busca establecer una base más objetiva y específica para evaluar el cumplimiento de la obligación, limitando la interpretación subjetiva de los tribunales arbitrales.

La equiparación del TJE con el TMS genera estándares más elevados de protección que favorecen a los países desarrollados exportadores de capital, siendo que la obligación sustantiva que “no debe ser inferior al nivel mínimo de vigilancia y cuidado exigido por el derecho internacional”. Al mismo tiempo, impone un estándar elevado para demostrar cuando se produce una negación de justicia, en beneficio de los estados anfitriones. Esta interpretación de

³² *Neer and Neer (U.S.A.) c. United Mexican States*, Decision, 15 October 1926, párrafo. 4

³³ De acuerdo con el Artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes de derecho internacional incluyen (a) convenciones internacionales, (b) derecho internacional consuetudinario, (c) principios generales del derecho internacional y (d) decisiones judiciales y las enseñanzas de los publicistas más calificado.

³⁴ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007.

comienzos del siglo XXI afecta el equilibrio entre los intereses de los inversionistas y los países receptores de inversión, inclinando a los estados a adoptar un enfoque expansivo y autónomo del TJE.³⁵

a. Jurisprudencia que vincula el Trato Justo y Equitativo con el Trato Mínimo Sustantivo

Desde las primeras interpretaciones de los doctrinarios, muchos arbitrajes que surgieron del TLCAN se pronunciaron a favor del status consuetudinario del TJE de acuerdo al derecho internacional y su equiparación o su alcance limitado al TMS.³⁶

Roland Klager sostiene que el artículo 1105(1) del TLCAN establece el tratamiento justo y equitativo bajo un encabezado que hace referencia al estándar mínimo internacional, lo cual parece sacar al TJE de su “semihibernación”, convirtiéndolo en un aspecto destacado en las disputas de inversión.³⁷

SD Myers c. Canadá y Metalclad c. México son los primeros casos en donde el tribunal vincula el TJE al derecho internacional. En el caso *SD Myers c. Canadá*, SD Myers sostiene que al implementar prohibiciones de exportación de desechos PCB de Canadá a los Estados Unidos, Canadá no le otorga a su inversión un trato justo y equitativo de acuerdo con el derecho internacional y, por ende, viola el artículo 1105 del TLCAN. El reclamante alega que dicha prohibición de exportación por parte de Canadá “se llevó a cabo de manera discriminatoria e injusta, lo que constituyó una negación de justicia y una violación de la buena fe según el derecho internacional.”³⁸ El tribunal sostiene que el artículo 1105 del TLCAN vinculado al derecho internacional es necesario “para evitar lo que de otro modo podría ser un vacío legal”³⁹ y proporciona un nivel mínimo de protección que un inversor puede reclamar. Agrega que el TMS “es un umbral por debajo del cual el tratamiento de los inversores extranjeros no debe caer, incluso si un gobierno no estuviera actuando de manera discriminatoria.”⁴⁰ Cuando se utiliza este piso mínimo no se cuestiona las decisiones gubernamentales de los estados anfitriones siempre y cuando se demuestre que no hay un inversionista que sea tratado de

³⁵ Schreuer, C. "Series on International Investment Policies for Development, Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review." 2005, p. 40.

³⁶ Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca c. Estados Unidos Mexicanos, Caso No. ARB(AF)/97/2, Laudo del 1 de noviembre de 1999, párrafo 92.

³⁷ Kläger, R., "Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness." *Journal of World Investment and Trade* 11 (3), 2010, pp. 62. Traducción de mi autoría.

³⁸ S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá, Laudo Parcial, 21 Oct 2002, párrafo 134, 135. Traducción de mi autoría.

³⁹ *Ibid*, párrafo. 259. Traducción de mi autoría.

⁴⁰ *Ibid*, párrafo. 259. Traducción de mi autoría.

manera injusta o arbitraria y que el tratamiento alcanza un nivel considerado aceptable desde la perspectiva internacional.⁴¹

En un pronunciamiento similar en el caso *Metalclad c. México*, el tribunal sostiene que México fracasa en brindar transparencia y predictibilidad conforme al MST y, por lo tanto, viola la provisión del TJE del TLCAN.⁴² Metalclad alega que México al interferir en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos en La Pedrera, revocando permisos ya otorgados de construcción por declarar reserva natural la propiedad de Metalclad viola las provisiones del artículo 1105 del TLCAN. Al definir el alcance y contenido de la obligación del TJE, el tribunal no profundiza en el debate del MST/TJE, pero incorpora la obligación de garantizar transparencia en el TJE “en trato acorde con el derecho internacional convencional.”⁴³

En ambos casos, el tribunal sostiene que el TJE no solo se limita al MST contenido en el derecho consuetudinario internacional, sino que debe tener en cuenta otras fuentes del derecho internacional, incluyendo principios generales y tratados modernos como también otras obligaciones convencionales.

En el caso *Pope & Talbot c. Canadá*, el tribunal ratifica que los inversores bajo el TLCAN “tienen derecho a un trato mínimo internacional, además de los elementos de justicia”.⁴⁴ Canadá y la empresa estadounidense acuerdan inicialmente que la disposición del TJE establece un estándar mínimo de tratamiento de costumbre internacional “que se aplica independientemente del trato que un país de TLCAN pueda otorgar a sus propios inversores o inversiones, así como a los de otros países”⁴⁵, con diferentes opiniones sobre el TMS.⁴⁶ Canadá presenta una interpretación restrictiva del estándar del TJE argumentando su límite al TMS sobre la base de ciertos casos que el MST incorporado en el artículo 1105 requiere una conducta “flagrante”⁴⁷ previo a encontrar la violación necesaria del derecho internacional, y que, por lo tanto, el artículo 110 no va más allá de los principios tradicionales del derecho internacional consuetudinario de equidad. Por lo contrario, Pope sostiene que la disposición debe

⁴¹ S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá, Laudo Parcial, 21 Oct 2002, párrafo 134, 135. Traducción de mi autoría, párrafo. 260-263. Traducción de mi autoría.

⁴² Metalclad Corporation c. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Laudo, párrafo 99 y 100

⁴³ Kläger, R., "Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness." *Journal of World Investment and Trade* 11 (3), 2010, pp. 64. Traducción de mi autoría.

Metalclad Corporation c. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Laudo, párrafo 99 y 100.

⁴⁴ Pope & Talbot Inc. c. Canadá, UNCITRAL (Laudo Final de Méritos del 10 de abril de 2001), párrafo 110. Ver también Kläger, R., "Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness." *Journal of World Investment and Trade* 11 (3), 2010, pp. 67.

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 110.

⁴⁶ *Ibid.*, para 106.

⁴⁷ Neer and Neer (U.S.A.) c. United Mexican States, Decisión, 15 October 1926, párrafo. 4

interpretarse a la luz de todas las fuentes relevantes del derecho internacional. El tribunal considera que el lenguaje mencionado confirma la adopción del “carácter aditivo de los elementos de equidad” del artículo 1105. Es decir, los inversores bajo el TLCAN tienen derecho al mínimo del derecho internacional, más los elementos de equidad. La aceptación del enfoque “aditivo” por parte del tribunal se basa en su conclusión de que los “tratados comerciales bilaterales negociados por Estados Unidos y otros países industrializados”, sobre los cuales se basa el TLCAN, representan una evolución de los derechos de los inversores para incluir elementos de equidad, “independientemente de cualquier otro derecho que pudieran tener bajo el derecho internacional [y] ... sin ningún umbral que pudiera aplicarse a la evaluación de medidas bajo el estándar mínimo del derecho internacional.”⁴⁸

El 21 de julio de 2001, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una interpretación vinculante a fin de aclarar la interpretación del artículo 1105 (1):⁴⁹

B. Nivel mínimo de trato de conformidad con el Derecho internacional

El Artículo 1105 (1) prescribe el nivel mínimo de trato a extranjeros del derecho internacional consuetudinario como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversores de otra Parte.

Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no exigen un trato adicional o más allá del exigido por la norma mínima de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario.

La determinación de que ha habido una violación de otra disposición del TLCAN, o de un acuerdo internacional distinto, no establece que haya habido una violación del Artículo 1105 (1).

En su esencia, estas aclaraciones reflejan las respuestas de los Estados miembros del TLCAN a los mencionados fallos de *Metalclad, S.D. Myers y Pope & Talbot*. Dicha interpretación tiene la clara intención de superar el prolongado debate en torno a si el TJE debe equipararse con el TMS o construirse según su significado autónomo, independientemente del estándar mínimo. No obstante, los debates continúan por el rechazo al alto umbral que impone el TJE, prefiriendo el estándar TMS del caso *Neer*. Esta interpretación se refiere al estándar

⁴⁸ Sullivan, K. M., y Connor, K. D. "Making the Continent Safe for Investors—NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution." *The Urban Lawyer* 36, no. 1 (2004): 99–135.

⁴⁹ Comisión de Libre Comercio del TLCAN. *Notas Interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*. 31 de julio de 2001.

mínimo que protege sólo contra conductas “atroces” o representan “mala conducta flagrante, injusticia manifiesta o indignante, mala fe o negligencia deliberada”.⁵⁰

Como reacción a la pronunciación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, los tribunales del TLCAN procuran soluciones diversas para casos individuales. En líneas generales, al cabo de los años, los tribunales consideran que la fórmula *Neer* está desactualizada para argumentar casos del siglo XXI. En el caso *Mondev c. Estados Unidos*, el tribunal alega la limitación del TJE al TMS, pero sostiene que este último se encuentra en constante evolución y depende del contexto. La disputa se genera cuando una corporación canadiense de desarrollo inmobiliario presenta su reclamo bajo el TLCAN por las pérdidas de Lafayette Place Associates, una sociedad de Massachusetts de la que Mondev es propietaria. Mondev presenta la solicitud de arbitraje ante el tribunal del TLCAN sosteniendo que Estados Unidos viola las provisiones de TMS, trato nacional, expropiación y compensación. El tribunal arbitral asegura que el TMS se trata de un “derecho internacional consuetudinario, tal como estaba no antes de la entrada en vigor del TLCAN”, y no está “limitado al derecho internacional del siglo XIX o incluso de la primera mitad del siglo XX, aunque las decisiones de ese período sigan siendo relevantes.”⁵¹ Para el tribunal, “sería sorprendente que esta práctica y la gran cantidad de disposiciones que refleja fueran interpretadas como significando no más de lo que el Tribunal *Neer* (en un contexto muy diferente) quiso decir en 1927”.⁵² Es por esta razón que sostiene que el TMS es un estándar en constante evolución y, por lo tanto, refleja la práctica de todos los tratados de inversión existentes hasta la fecha.⁵³

El tribunal TLCAN en el caso *ADF c. Estados Unidos* se adhiere a dicha interpretación. Un productor de acero presenta una demanda por supuestas lesiones resultantes de legislación federal y regulaciones de Estados Unidos que exigían que los proyectos de carreteras estatales financiados por el gobierno federal utilicen exclusivamente acero producido en el país. En acuerdo con *Mondev*, el tribunal afirma que cualquier requisito general de otorgar TJE “debe estar disciplinado al basarse en la práctica estatal y jurisprudencia judicial o arbitral u otras fuentes de derecho internacional consuetudinario o general.”⁵⁴ Luego, sostiene que:

⁵⁰ Kläger, R., "Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness." *Journal of World Investment and Trade* 11 (3), 2010, pp. 71. Traducción de mi autoría.

Neer and Neer (U.S.A.) c. United Mexican States, Decisión, 15 October 1926, párrafo 4.

⁵¹ *Mondev International Ltd. c. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Laudo, párrafo 117.

⁵² *Ibid.*, párrafo 125.

⁵³ Ver Bronfman M. K., “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 10, 2006, pp. 612.

⁵⁴ *ADF Group Inc. c. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, 21 de julio de 2000, párrafo 112.

*Lo que proyecta el derecho internacional consuetudinario no es una fotografía estática del estándar mínimo de tratamiento de extranjeros tal como estaba en 1927 cuando se emitió el Laudo en el caso Neer. Tanto el derecho internacional consuetudinario como el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros que incorpora están constantemente en un proceso de desarrollo.*⁵⁵

Teniendo en cuenta el contexto del caso, el tribunal puede realizar su apreciación del TJE, pero está vinculado al TMS conforme en la práctica estatal y en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales. Citando a Mondev: “No puede simplemente adoptar su propio estándar idiosincrático de lo que es “justo” o “equitativo”, sin referencia a fuentes establecidas de derecho”.⁵⁶

El carácter evolutivo descrito es confirmado por otras decisiones arbitrales posteriores, como el caso *Waste Management c. México*, que establece que el TJE debe construirse de acuerdo con el TMS, que, sin embargo, se dice que evoluciona más allá de la antigua fórmula Neer.⁵⁷ En particular, la formulación del tribunal en *Waste Management c. México* es influyente para determinar la norma general para el artículo 1105. El tribunal de *Waste Management* concluye que México no viola el artículo 1105 por su alto umbral:

Tomados en forma conjunta, los casos S. D. Myers, Mondev, ADF y Loewen sugieren que el nivel mínimo de TJE es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 179.

⁵⁶ *Ibid.*, párrafo 184.

⁵⁷ *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* ('Número 2'), ICSID Caso No. ARB(AF)/00/3, 30 de abril de 2004, en los párrafos 91 a 93.

sobre las que la demandante se basó en forma razonable. Evidentemente, el criterio es, hasta cierto punto, flexible y debe adaptarse a las circunstancias de cada caso.⁵⁸

Uno de los casos más recientes de TLCAN en materia de TJE es el caso *Eli Lilly and Co. c. Canadá*. La disputa se deriva de la invalidación de las patentes farmacéuticas Strattera y Zyprexa del demandante por parte de Canadá. El inversor estadounidense reclama que Canadá violó los estándares de expropiación y de TMS de los artículos 1110 y 1150 del TLCAN. Al analizar el estándar del TJE, el tribunal aplica la teoría en *Glamis y Mondev* para la negación de justicia conforme al TMS y sostiene que “es evidente que existen distinciones que deben hacerse entre la conducta que puede constituir una negación (o negación grave) de justicia y otra conducta que también puede ser lo suficientemente atroz y sorprendente, como la arbitrariedad manifiesta o la injusticia flagrante”, la cual puede ser “una presunta violación del requisito del estándar mínimo de tratamiento del derecho internacional consuetudinario de conformidad con el Artículo 1105(1) del TLCAN.”⁵⁹

En resumen, la interpretación tradicional no evolutiva del TMS en los primeros casos del TLCAN sostiene que el efecto de vincular el TJE al TMS es que los mismos elementos del TJE se limitan a los elementos que comprenden esa norma mínima.⁶⁰ Estos elementos son la denegación de justicia en su administración por los tribunales del Estado, el trato a los extranjeros detenidos y la protección y seguridad plena y las legítimas expectativas. Esta primera interpretación adopta el estándar Neer. No obstante, los tribunales del TLCAN, en especial en casos recientes, se inclinan a que la norma mínima internacional evoluciona a lo largo de los años hacia una mayor protección de los inversores.⁶¹ Sin embargo, pese a que muchos tribunales del TLCAN comparten el consenso emergente de que Neer ya no es aplicable, no hay consenso sobre una formulación que se adapte mejor a la evolución moderna

⁵⁸ Waste Management Inc. c. México, Caso CIADI No. ARB(AF)00/3, 30 de abril de 2004, párrafo. 98 y 99, citado en Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canadá, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/04, Decisión sobre Responsabilidad y sobre Principios de Quantum, 22 de mayo de 2012, párrafo. 141, y en Cargill Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI (“Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”) núm. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, párrafo. 282.

⁵⁹ Eli Lilly and Company v. The Government of Canada, UNCITRAL, ICSID Caso No. UNCT/14/2, 16 de marzo de 2017, párrafo. 223.

⁶⁰ Ver Coleman M, and Innes, T., "Investor-State Arbitration and 'Fair and Equitable' Treatment." *Investor-State Arbitration Series*, 19 de Mayo, 2015. En: <https://www.steptoe.com/en/news-publications/investor-state-arbitration-and-fair-and-equitable-treatment.html>

⁶¹ Ver Waste Management Inc. c. México, Caso CIADI No. ARB(AF)00/3, 30 de abril de 2004, párrafo. 98 y 99. OECD., “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law.” OECD Working Papers on International Investment, 2004/03. OECD Publishing., pp 17.

del estándar. La jurisprudencia determina que la protección del TJE garantiza transparencia y predictibilidad, un tratamiento justo y no arbitrario bajo de derecho internacional y un justificado repudio de regulaciones.⁶² Los tribunales del TLCAN están de acuerdo en dicho piso mínimo, donde el TJE puede requerir más pero nunca menos que el TMS.

Esta interpretación semántica que equipara el TJE con el TMS a la luz de la jurisprudencia del TLCAN, influye el debate en varios casos arbitrales que participa la República Argentina. A diferencia de los casos TLCAN, los tribunales arbitrales en otros contextos no necesitan tener en cuenta la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, y la jurisprudencia no está limitada a una sola versión del TJE. Por estas razones, sus interpretaciones pueden diferir como se analiza a continuación en ciertos casos de Argentina.

En el caso *CMS Gas Transmission Co. c. Argentina*, el tribunal arbitral encuentra que el gobierno argentino viola la disposición del TJE del artículo 2 del tratado bilateral entre Argentina y Canadá cuando, ante la grave fuga de capitales, congela las cuentas bancarias y promulga leyes de emergencia que levantan la convertibilidad de la moneda, fijando el peso a una tasa de cambio de uno a uno con el dólar estadounidense. Como resultado, el peso se devalúa drásticamente a una tasa de cambio temporal de casi cuatro pesos por un dólar estadounidense, afectando las tarifas de gas de la compañía canadiense. El artículo 2 del tratado sostiene que “La inversión deberá recibir en todo momento un trato justo y equitativo (...) y en ningún caso se le otorgará un trato inferior al requerido por el derecho internacional.” El tribunal sostiene que al ser el objetivo del tratado “mantener un marco estable para las inversiones y el uso máximo efectivo de los recursos económicos”,⁶³ el TJE se propone garantizar efectivamente estabilidad y predecibilidad y no debe relacionarse el alcance del estándar a una “intención deliberada o mala fe al adoptar las medidas en cuestión.”⁶⁴ Agrega entonces que el TJE “y su conexión con la estabilidad y previsibilidad requeridas del entorno empresarial, basado en compromisos legales y contractuales solemnes, no difiere del estándar mínimo del derecho internacional y su evolución bajo el derecho consuetudinario.”⁶⁵ Por lo tanto, el Tribunal parte de la suposición de que el amplio estándar del TJE, tal como está, forma parte del derecho internacional general.⁶⁶

⁶² La formulación de *Waste Management c. México* incluye "manifiestamente" injusto, "manifiesto" fracaso de la justicia natural y "completa" falta de transparencia.

⁶³ *CMS Gas Transmission Company v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párrafo 274. Traducción de mi autoría.

⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 270. Traducción de mi autoría.

⁶⁵ *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, párrafo 274. Traducción de mi autoría, párrafo 284.

⁶⁶ Ver también el caso *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, párrafos 335 y 336.

En el caso *Sempra Energy International c. Argentina* el tribunal llegó a conclusiones similares. Sempra, un inversionista estadounidense, reclama ante el CIADI que Argentina viola las garantías de TJE cuando deroga las garantías proporcionadas antes de la inversión sobre las tarifas de gas, lo que resulta en una reducción sustancial en la rentabilidad del negocio de distribución de gas y, en consecuencia, en los rendimientos de la inversión de Sempra. Sempra sostiene que el TJE gradualmente ha tomado un significado específico a la luz de decisiones y tratados, y requiere, entre otras cosas, un trato compatible con las expectativas de los inversores extranjeros, la observancia de acuerdos en los que el inversor ha confiado al realizar la inversión y el mantenimiento de un marco legal y comercial estable. Por lo contrario, Argentina sostiene que su significado debe mantenerse a la luz del MST toda vez que “es un estándar indistinguible del estándar mínimo internacional consuetudinario, y que no corresponde a los tribunales definir su significado y mucho menos legislar sobre el asunto.”⁶⁷ Para dar fin con las objeciones, el tribunal afirma:

Es posible que en algunas circunstancias en las que el estándar mínimo internacional sea lo suficientemente detallado y claro, el estándar de trato justo y equitativo pueda equipararse a él. Pero en otros casos, podría ser lo contrario, de modo que el estándar de trato justo y equitativo sea más preciso que sus antecesores en el derecho internacional consuetudinario. En muchas ocasiones, la cuestión ni siquiera será si el estándar de trato justo y equitativo es diferente o más exigente que el estándar consuetudinario, sino solo si es más específico, menos genérico y detallado de manera contemporánea para que su aplicación sea más apropiada al caso bajo consideración. Esto no excluye la posibilidad de que el estándar de trato justo y equitativo impuesto bajo un tratado también pueda eventualmente requerir un tratamiento adicional o más allá del derecho consuetudinario. Sin embargo, parece que este no es el caso en la presente disputa. El hecho mismo de que interpretaciones recientes de tratados de inversión hayan pretendido cambiar el significado o alcance del estándar

⁶⁷ *Sempra Energy International v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, 28 de septiembre de 2007, párrafo 292. Traducción de mi autoría.

solo confirma que, dejando de lado esos instrumentos específicos, el estándar es o puede ser más amplio.⁶⁸

b. Conclusiones de la interpretación de acuerdo al derecho internacional consuetudinario y al derecho internacional

El artículo 1105 del TLCAN que engloba al TJE bajo un encabezado que se refiere al TMS, afirma la formulación y equiparación del TJE al TMS.⁶⁹ Con la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN queda claro que la cláusula de TJE debe estar vinculada al derecho internacional consuetudinario. Consiguientemente, los tribunales del TLCAN se basan únicamente en la costumbre como fuente de derecho internacional en su interpretación del referido artículo 1105.⁷⁰

Los tribunales arbitrales ya no pueden determinar qué constituye un “trato justo y equitativo” mediante enfoques semánticos, ya que su alcance se encuentra en las normas consuetudinarias al respecto. Se evidencia un primer intento de “afirmar” el control de los Estados sobre el derecho internacional de inversión y limitar el poder discrecional de los tribunales arbitrales a fin de limitar el alcance de sus obligaciones.

Paradójicamente, este enfoque presupone una existencia de un consenso general sobre lo que constituye el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, lo cual no existe.⁷¹ El MST en sí mismo es “altamente indeterminado, carece de un contenido claramente definido y requiere interpretación”.⁷² Lo más cercano a definir el alcance del MST es el caso Neer, que genera un umbral muy alto de responsabilidad para los Estados anfitriones como se trató oportunamente.

Asimismo, incluso cuando se acepta que el estándar TJE está en proceso de desarrollo y evoluciona con los años, establecer el contenido del TJE como estándar consuetudinario internacional aplicable en general, basado en la práctica estatal y *opinio juris*, resulta una tarea

⁶⁸ *Sempra Energy International v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/16, 28 de septiembre de 2007, párrafo 296. Traducción de mi autoría. Una misma interpretación fue tomada en el caso *Enron Corp. y otros c. Argentina*.

⁶⁹ Sullivan, Kathleen M., y Connor, Kevin D. "Making the Continent Safe for Investors—NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution." *The Urban Lawyer* 36, no. 1 (2004): 99–135.

⁷⁰ Dumberry, P., “The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105.”, Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer Law International, 2013, p. 23.

⁷¹ UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment: A sequel." UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, pp 28. En: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

⁷² Guillaume, G. "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators." *Journal of International Dispute Settlement* 2 (2011): 5-23. doi: 10.1093/jnlids/idq025.

ardua y compleja para los tribunales arbitrales. Esta realidad genera incertidumbre tanto para los inversores como para los estados anfitriones.

Dado que los laudos de los tribunales arbitrales no comparten un enfoque común para la interpretación de cláusulas relacionadas con el TJE, los países en desarrollo siguen enfrentando un alto grado de imprevisibilidad e incertidumbre al determinar qué tipo de tratamiento deben dispensar a los inversores extranjeros y los países desarrollados no pueden basar sus expectativas de trato de manera que les genere algún tipo de protección.⁷³ Los casos bajo el TLCAN revelan las expectativas de las partes en buscar interpretaciones contrarias de los tribunales: los inversores argumentan en línea con la visión amplia, mientras que los estados anfitriones favorecen el enfoque restrictivo adoptado en la nota de interpretación del TLCAN de la Comisión Federal de Comercio.⁷⁴

B. Interpretación del estándar Trato Justo y Equitativo no calificado, autónomo o independiente

Muchos tratados bilaterales de inversión (“TBI”) contienen disposiciones que simplemente establecen la obligación del estado anfitrión a proporcionar un TJE. En tales casos, el TJE no se limita al estándar de protección del derecho internacional y, por lo tanto, genera que su interpretación en los tribunales arbitrales por lo general sea independiente.⁷⁵ Son casos que incluyen una formulación simple y sin reservas del TJE que establecen la obligación de un Estado receptor de conceder un trato justo y equitativo a las inversiones protegidas.⁷⁶ Los TBI utilizados por los Estados de Europa Occidental suelen incorporar el TJE como un estándar de

⁷³ Gaukrodger, D., “Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2017, OECD Publishing, Paris. En: <http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en> .

⁷⁴ Kläger, R., "Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness." *Journal of World Investment and Trade* 11 (3), 2010, pp 85.

⁷⁵ Bélgica-Luxemburgo-Unión Económica-Tayikistán BIT (2009): Todas las inversiones realizadas por inversores de una de las Partes Contratantes disfrutarán de un trato justo y equitativo en el territorio de la otra Parte Contratante. China-Suiza BIT (2009): Las inversiones y los rendimientos de los inversores de cualquiera de las Partes Contratantes serán siempre objeto de un trato justo y equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante.

⁷⁶ UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment: A sequel." UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, pp 21. En: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

tratamiento independiente.⁷⁷ La frase se formaliza como “trato justo y equitativo” o se vincula el TJE con el estándar de plena protección y seguridad en la misma cláusula.⁷⁸

Durante la década de 1960 se observa una interpretación centrada en el significado literal y evidente del texto, sin recurrir a interpretaciones extensivas o contextualizadas.⁷⁹ Se plantea entonces el interrogante si la cláusula TJE formulada de esta manera puede interpretarse a la luz del TMS o si se refiere a un estándar autónomo no calificado que debe interpretarse caso por caso en función de nociones generales de justicia y equidad. El equiparar el TJE no calificado al TMS se consolida cuando el Comité de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales informa en 1984 que “según todos los países miembros que han comentado sobre este punto, el trato justo y equitativo introduce un estándar legal sustantivo que se refiere a principios generales del derecho internacional, incluso si esto no se expresa explícitamente”. Si bien este proyecto de convención sirve como modelo para muchos tratados bilaterales de inversión, por su falta de efecto legal y de fuerza vinculante, el TJE fue interpretado por los tribunales arbitrales como desvinculado del derecho internacional consuetudinario y en base al significado literal de los términos "justo" y “equitativo”.⁸⁰ En consecuencia, la mayoría de los tribunales arbitrales adopta la interpretación independiente del TJE que se “refiere a una norma autónoma no calificada que puede interpretarse caso por caso por referencia a nociones generales de justicia y equidad.”⁸¹ Esta interpretación basada en el sentido ordinario de la redacción del tratado combinado con el propósito expreso de los TBI y los hechos del caso en cuestión, se justifica en Artículo 31(1) del 1969 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que sostiene que “El tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le dará a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito.”⁸²

La doctrina que favorece esta distinción sostiene que el TJE no debe vincularse al derecho internacional consuetudinario, sino que “representa una interpretación ampliada y

⁷⁷ Brabandere, E. "States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'." Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL, Leiden Law School Research Paper, pp 289. En: <https://ssrn.com/abstract=2846998>, pp 289.

⁷⁸ Ver TBI China-Suiza (2009)

⁷⁹ Bronfman M. K., "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard," Max Planck Yearbook of United Nations Law 10 (2006), pp. 672, 673.

⁸⁰ UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment: A sequel." UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, pp 21, 22. En: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf. Traducción de mi autoría.

⁸¹ Ibid., pp. 21. Traducción de mi autoría.

⁸² Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Viena, 23 de mayo de 1969. Entró en vigor el 27 de enero de 1980.

contemporánea del derecho internacional consuetudinario”.⁸³ F.A. Mann afirma: “Ningún estándar definido por otras palabras es probable que sea relevante. Los términos deben entenderse y aplicarse de manera independiente y autónoma”. Él mismo hace hincapié en la distinción fundamental entre la norma mínima consuetudinaria y la obligación convencional de garantizar el TJE:

*Es engañoso equiparar la norma justa y equitativa con la norma mínima internacional: esto se debe a que los términos trato justo y equitativo contemplan una conducta que va mucho más allá de la norma mínima y ofrecen protección en mayor medida y de acuerdo con una norma mucho más objetiva que cualquier forma de expresión empleada anteriormente. A un tribunal no le preocuparía una norma mínima, máxima o media. Tendrá que decidir si en todas las circunstancias la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta y no equitativa. Es probable que ninguna norma definida con otras palabras sea importante. Los términos deben entenderse y aplicarse de forma independiente y autónoma.*⁸⁴

Este enfoque autónomo del TJE surge como reacción al controvertido alcance del TMS. Dolzer and Stevens indican que la prueba de la existencia de una norma autónoma se fundamenta en el hecho de que las partes de los tratados hayan considerado necesario estipular el TJE como una obligación expresa, alejándose de un concepto relativamente vago como lo es la norma mínima.⁸⁵

Al igual que el enfoque semántico, la teoría autónoma del TJE expone muchas dificultades. Los términos “justo” y “equitativo” no tienen un significado preciso y a veces se utilizan indistintamente.⁸⁶ Por ende, al no especificar el contenido, esta interpretación delega

⁸³ Foy, P. G. y Deane, R J. C., “Foreign investment protection under investment treaties: recent developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement”, ICSID Review, v. 16, n. 2, p. 299-331, 2001, p. 312. Traducción de mi autoría.

⁸⁴ Bronfman M. K., "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard," Max Planck Yearbook of United Nations Law 10 (2006), pp. 674. Mann, Frederick A. Further Studies in International Law. Oxford: Clarendon, 1990., pp 238. Mann, Frederick A. The Legal Aspect of Money: With special reference to Comparative Private and Public International Law, 5th edn. Oxford: Clarendon, 1992, pp.427.

⁸⁵ Peters, P. “R. Dolzer, M. Stevens, Bilateral Investment Treatie, Kluwer Law International, The Hague 1995, Dfl. 175/\$124/£ 75.” Netherlands International Law Review 43, no. 1 (1996): 103–8. <https://doi.org/10.1017/S0165070X00004812..>

OECD (ed.) Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. 2004. Páginas 2 y siguientes (página 4).

⁸⁶ P. Muchlinski, "Multinational Enterprises and the Law", in: OECD, pp. 635.

en los tribunales el deber de construir el significado literal de justo y equitativo, y su interpretación puede convertirse en subjetiva y poco precisa. Deja espacio para la ambigüedad con respecto al estándar de protección que debe aplicarse, es decir, si al construir el alcance del TJE este debe ser conforme al TMS o, teniendo en cuenta otras decisiones arbitrales recientes, o el sentido literal.

A continuación expondré la jurisprudencia que utiliza la interpretación autónoma del TJE, específicamente la evolución y los elementos de la perspectiva no calificada del TJE en países europeos y en la República Argentina.

a. Jurisprudencia que utiliza la norma autónoma del Trato Justo y Equitativo

La interpretación predominante de los tribunales arbitrales que sostiene un TJE independiente, no calificado, determina lo que es justo y equitativo conforme los hechos del caso. La fórmula clásica europea del TJE es autónoma, sin una aclaración expresa que se vincule el TJE con el TMS. Otros casos aclaran el derecho internacional como piso mínimo.⁸⁷ Un fallo importante que abre el debate a esta teoría se emite en el caso *Pope and Talbot c. México*, bajo el tratado TLCAN. Pese a la vinculación expresa que hace el tribunal del TJE al TMS, se establece que el elemento de equidad en el Artículo 1105 del TLCAN es adicional a los requisitos del derecho internacional.⁸⁸ El tribunal consideró que “el cumplimiento de los elementos de justicia debe determinarse en forma independiente de cualquier límite mínimo que pueda resultar aplicable para la evaluación de medidas en función del estándar mínimo del derecho internacional.” El hecho que haya determinado que el TJE es adicional al TMS, permite interpretar al TJE como independiente y no calificado.⁸⁹

El tribunal en el caso *MTD c. Chile* asimismo realiza una lectura independiente del TJE. El caso se refiere a una empresa de inversión malaya y su filial chilena que inician procedimientos arbitrales conforme al TBI entre Chile y Malasia después de no lograr llevar a cabo un proyecto de inversión para desarrollar una ciudad satélite en el municipio chileno de Pirque. El fracaso de la inversión se da luego de que la agencia gubernamental chilena decidiera no reclasificar la tierra propiedad de MTD para poder comenzar a construir, argumentando que

⁸⁷ Tratado Azurix c. Argentina. En el inciso a) del párrafo 2 del Artículo II se dispone lo siguiente: “Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”

⁸⁸ *Pope & Talbot Inc. c. Canadá*, UNCITRAL (Laudo Final de Méritos del 10 de abril de 2001), párrafo 110.

⁸⁹ Marcela Klein Bronfman, "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard," Max Planck Yearbook of United Nations Law 10 (2006), pp. 674. Mann, Frederick A. Further Studies in International Law. Oxford: Clarendon, 1990., pp. 673.

sería inconveniente y contrario a la ley chilena. Al debatir el alcance del TJE, el tribunal sostuvo que se debe interpretar el “sentido ordinario” del TJE en el sentido literal que abarca los términos “justo” y “equitativo” utilizados en el artículo 3(1) 62 del TBI. El tribunal sostiene que estos términos “significan “justo”, “imparcial”, “equitativo”, “legítimo”.⁹⁰

Dicho caso fue referenciado por el tribunal en *Saluka c. República Checa*, donde el tribunal arbitral emite un fallo relacionado al TJE, adoptando un enfoque no calificado del estándar. Saluka alega que la República Checa lo privó ilegítimamente del valor de sus acciones durante el período de intervención en el banco. La argumentación de Saluka se centra en que esta acción constituye una violación de los estándares de expropiación y de TJE establecidos en el TBI entre la República Checa y los Países Bajos. Al debatir el alcance del TJE, el tribunal cuestiona la relevancia práctica de la controversia sobre la relación entre el trato justo y equitativo y la norma mínima. Siguiendo la línea de razonamiento de casos anteriores como *MTD c. Chile*, el tribunal aboga por interpretar al TJE considerando: (i) el significado ordinario de las palabras justo y equitativo, (ii) el contexto inmediato de las palabras “justo” y “equitativo” y (iii) el “objetivo y propósito” del TBI.⁹¹

La jurisprudencia argentina en el caso *Azurix c. Argentina* continúa con esta misma línea de pensamiento. Azurix presenta una demanda arbitral ante el CIADI alegando la violación al TBI entre Argentina y Estados Unidos por la rescisión por parte del gobierno de la Provincia de Buenos Aires del contrato de concesión para la distribución de agua potable y la recolección y tratamiento de líquidos cloacales, firmado en 1999 entre el Estado provincial y Azurix Buenos Aires S.A. La cláusula del TJE en el tratado limita al TJE a un trato no “menos favorable que el que exige el derecho internacional”.⁹² No obstante, el tribunal arbitral aplica un enfoque literal: según Diccionario de la Lengua Española, los términos “justo” y “equitativo” empleados en la cláusula del TJE significan “que obra con justicia y razón”, “arreglado a justicia y razón”, “que tiene equidad” y de ahí “que obra con igualdad de ánimo”.⁹³ A su vez, el significado del estándar se construye a partir del propósito y el objetivo del TBI fijando como límite mínimo el derecho internacional. El tribunal “no considera que revista importancia para la aplicación del estándar de tratamiento justo y equitativo a los hechos del caso de autos” ni cree relevante postular su posición de la relación del TJE con el TMS porque “la respuesta puede ser

⁹⁰ MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. v. República de Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, 25 de mayo de 2004, párrafo. 113.

⁹¹ *Saluka Investments B.V. v. La República Checa*, UNCITRAL, 17 de marzo de 2006, párrafo 297.

⁹² Artículo 3(1) del TBI de Argentina y Estados Unidos

⁹³ *Azurix Corp. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párrafo 360.

sustancialmente la misma”.⁹⁴ Para dar con el contenido sustancial del TJE, cita a *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* y el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*.⁹⁵

Una interpretación muy similar del TJE se da en el caso *Siemens c. Argentina*. El caso se refiere al incumplimiento de Argentina de las obligaciones del TBI entre Argentina y Alemania cuando emite la ley de emergencia para abordar la crisis financiera que permite renegociar los contratos de licitación previamente ratificados entre la empresa argentina de Siemens y Argentina. En referencia a la interpretación del TJE, el tribunal sostiene que:

*[la cláusula de TJE en el TBI] no hace referencia al derecho internacional ni a un estándar mínimo. Sin embargo, al aplicar el Tratado, el Tribunal está obligado a encontrar el significado de estos términos según el derecho internacional, teniendo en cuenta su significado ordinario, la evolución del derecho internacional y el contexto específico en el que se utilizan.*⁹⁶

En los casos más recientes como es el caso *Bayindir c. Pakistán*, el tribunal sostiene que, cuando TBI contiene expresamente un TJE autónomo sin referencia al derecho internacional, se debe construir su significado ordinario, caso por caso. Para dar con su contenido sustancial, el tribunal destacó el pasaje del tribunal en *Tecmed c. México* donde se afirma que el estándar TJE “requiere que las Partes Contratantes proporcionen a las inversiones internacionales un trato que no afecte las expectativas básicas que fueron tenidas en cuenta por el inversor extranjero para realizar la inversión”.⁹⁷ El tribunal en *Bayindir c. Pakistán* afirma que los diferentes factores que surgen de las decisiones de los tribunales de inversión como parte del estándar de TJE “comprenden la obligación de actuar de manera transparente y otorgar el debido proceso, abstenerse de tomar medidas arbitrarias o discriminatorias, de ejercer coerción o de frustrar las expectativas razonables del inversor con respecto al marco legal que afecta la inversión.”⁹⁸

En el caso *White c. India*, el tribunal aplica el estándar autónomo del TJE, con un contenido sustancial similar al establecido en *Tecmed*. White alega que la demora excesiva en

⁹⁴ *Azurix Corp. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006, párrafo 110.

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 310.

⁹⁶ *Siemens A.G. v. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 17 de enero de 2007, párrafo 291. Traducción de mi autoría.

⁹⁷ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, párrafo. 178. Traducción de mi autoría.

⁹⁸ *Ibid.*, Traducción de mi autoría.

los tribunales indios para ejecutar el laudo arbitral de una disputa contractual viola el TBI entre India y Australia. En efecto, al probar legítimas expectativas, el tribunal aplica el estándar de Newcombe y Paradell, sosteniendo que las legítimas expectativas en violación del estándar del TJE deben probar que, “en función de las condiciones ofrecidas por el Estado receptor en el momento de la inversión”, una “afirmación” o una “garantía definitiva, inequívoca y repetida” fue “dirigida a una persona concreta o un grupo identificable”.⁹⁹

Por último, resulta importante destacar que tribunales recientes afirman que la interpretación que vincula al TJE con el MST y la interpretación autónoma de FET son similares.¹⁰⁰ Esto ocurre, por ejemplo, en el caso *Deutsche Bank c. Sri Lanka*, donde el tribunal reconoce en una sola frase que el TJE “no difiere materialmente del contenido del estándar mínimo de tratamiento en el derecho internacional consuetudinario, según lo reconocido por numerosos tribunales arbitrales y comentaristas”.¹⁰¹

b. Conclusiones de la interpretación del estándar del Trato Justo y Equitativo autónomo

A modo de resumen, los tribunales que interpretan al TJE como autónomo se limitan a construir su contenido sustancial caso por caso, siguiendo el contenido ordinario del significado de lo que es justo y equitativo. Toma en cuenta los objetivos y el propósito del TBI en cuestión, haciendo énfasis en Artículo 31(1) del 1969 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Al analizar el pronunciamiento de los tribunales, se puede advertir que los tribunales arbitrales no se expiden sobre la distinción entre TMS y el TJE como lo hace la jurisprudencia del TLCAN y algunos inclinándose por la visión independiente, reconocen que su interpretación es similar.

⁹⁹ *White Industries Australia Limited v. La República de India*, Laudo Final, 30 de noviembre de 2011, párrafo 10.3.7. Newcombe, A. y Paradell, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. 2009, pp. 281-282.

¹⁰⁰ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7 (anteriormente *FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*), Laudo, 8 de julio de 2016, párrafo 317. El tribunal sostiene que por más que no es un estándar autónomo, “como cualquier otra disposición de un tratado, el texto del Artículo 3(2) del TBI debe interpretarse conforme a los cánones normales de interpretación de los tratados, tal como se estipula en los Artículos 31 y 32 de la CVDT.” El contenido debe construirse teniendo en cuenta el derecho internacional, siendo el derecho internacional consuetudinario parte de este mismo.

¹⁰¹ *Deutsche Bank AG c. la República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Laudo, 31 de octubre de 2012, párrafos 418-419 (“el contenido real del estándar de tratamiento justo y equitativo del tratado no es sustancialmente diferente del contenido del estándar mínimo de tratamiento en el derecho internacional consuetudinario, según reconocido por numerosos tribunales arbitrales y comentaristas.”); *SAUR International S.A. c. la República Argentina*, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, párrafos 491-494.

El razonamiento colectivo de los casos en este ámbito cita repetidamente el estándar aplicado en el caso *Tecmed c. México* que dispone, para cumplir los elementos de una norma TJE autónoma, la conducta de un Estado anfitrión hacia una inversión cubierta debe ser transparente, no arbitraria, no discriminatoria, cumplir las expectativas legítimas del inversor, seguir el debido proceso, no equivaler a una denegación de justicia y no ser abusiva.¹⁰² Varios tribunales, aún optando por la interpretación autónoma, citan y confían en los estándares sustanciales elaborados en los casos del TLCAN que interpretan el estándar mínimo de trato en virtud del Artículo 1105.¹⁰³

Este enfoque otorga a los árbitros un amplio margen de discreción, que plantea preocupaciones significativas y puede llevar a una expansión excesiva del estándar del TJE, abarcando “amplias categorías de acciones gubernamentales anteriormente consideradas fuera del ámbito de revisión del derecho internacional.”¹⁰⁴ Una formulación simple e incondicional sin limitaciones del TJE puede resultar en un umbral de responsabilidad bajo y conlleva el riesgo de que las acciones regulatorias del Estado sean consideradas en violación de este estándar. Por ende, dicho estándar autónomo, afecta la soberanía de los estados anfitriones que no pueden prever qué va a ser considerado como justo y equitativo por el tribunal.¹⁰⁵

E. Brandebere sostiene que, en una primera instancia, se busca vincular el contenido del TJE al derecho internacional y el derecho internacional consuetudinario para “evitar un enfoque semántico por parte de los tribunales arbitrales al definir ese contenido, al exigir una revisión de las diversas fuentes de derecho internacional en ese sentido.”¹⁰⁶ Esto surge como estrategia de los estados parte del TLCAN a fin de limitar la interpretación autónoma del estándar. Paradójicamente, la predominancia de la formulación e interpretación autónoma del TJE en la actualidad constituye una respuesta de los estados a la proliferación de las disputas de TJE en casos arbitrales del TLCAN. Es evidente el péndulo de la interpretación del TJE que oscila

¹⁰² Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003.

¹⁰³ Ver *White Industries Australia Limited v. La República de India*, Laudo Final, 30 de noviembre de 2011, párrafo 10.3.7.

¹⁰⁴ UNCTAD, "Fair and Equitable Treatment: A sequel." UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, pp 22. En: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaaia2011d5_en.pdf

¹⁰⁵ Gaukrodger, D. "Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law." OECD Working Papers on International Investment, 2017/03, OECD Publishing, Paris. En: <http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en>.

¹⁰⁶ De Brabandere, E., "States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'." In Andreas Kulick (ed.), *States' Reassertion of Control over International Investment Agreements and International Investment Treaty Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL, Leiden Law School Research Paper, pp 292. En: <https://ssrn.com/abstract=2846998>

entre estrategias e intereses de países desarrollados y en desarrollo, que nunca han llegado a un acuerdo completo sobre el tipo de protección que proporciona el TJE, como tampoco el TMS.¹⁰⁷ No obstante, como hemos podido demostrar, tanto la primera interpretación equiparadora del TJE y vinculante al derecho internacional como la interpretación autónoma no permitió ninguna de estas partes reafirmar el control del derecho internacional de inversión. Estamos frente a un nuevo giro, una “tercera ola” de formulaciones e interpretaciones del TJE producto de la contra-reacción de los estados parte del derecho internacional de inversiones a las interpretaciones de los tribunales arbitrales.

V. Reacciones de los estados a las interpretaciones de los tribunales del TJE: nuevas interpretaciones del TJE en los tratados de la nueva generación

Ante la vaguedad de las cláusulas y las interpretaciones del TJE que resultaron en un aspecto multifacético y dinámico del mismo, hay una creciente tendencia por parte de los Estados a reducir el alcance del TJE. Los tratados de la nueva generación responden a este desafío reformulando la cláusula TJE para incluir más restricciones. Los tratados más recientes muestran una clara tendencia por parte de los Estados a alejarse de formulaciones abiertas de TJE mediante disposiciones que incluyen explícitamente el contenido específico de lo que constituye un TJE. Esta reacción de los Estados busca evitar la discrecionalidad de los tribunales arbitrales en el contenido sustancial del TJE y, consiguientemente, reafirmar el control del derecho internacional de inversiones. A su vez, es un intento por parte de los Estados inversores de equilibrar sus intereses, reafirmar el control de los tratados, evitar oscilaciones en las que los inversores sean objeto de reclamos, aumentar la previsibilidad en la protección de sus inversiones. Sin embargo, otros tratados aún optan por adherirse a las formulaciones antiguas y dejar la interpretación del TJE a los tribunales arbitrales. Hay muchos ejemplos de esta contra-reacción y tendencia reciente, y por lo tanto, me limitaré a introducir los más recientes, como (A) la especificación en relación a ciertas industrias, actos y estados, como ocurre en Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (“T-MEC”), (B) la especificación del criterio utilizado como ocurre en los negociaciones recientes de la Unión Europea, o incluso, la eliminación completa del TJE en los tratados internacionales.

¹⁰⁷ Paporinskis, M. “The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment.” Oxford Monographs in International Law, 2013, pp 62.

A. Nueva formulación del Trato Justo y Equitativo en el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá

El nuevo tratado comercial que reemplaza al TLCAN (“T-MEC”) presenta diferencias importantes con relación a las protecciones a las inversiones previstas en el TLCAN para los inversionistas de su jurisdicción. Lo novedoso del T-MEC es que especifica el alcance del TJE y distingue a los inversores y a sectores específicos para poder reclamar el TJE en un arbitraje. El T-MEC en el artículo 14.6 presenta el estándar del TJE: ¹⁰⁸

Artículo 14.6: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un trato adicional a, o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de otorgar:

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

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

¹⁰⁸ Artículo 14.6 del T-MEC. Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>

3. *Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.*

4. *Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte adopte u omita adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño a la inversión cubierta.*

El Anexo 14-A del T-MEC sostiene el entendimiento de lo que es el derecho internacional consuetudinario:

Las Partes confirman su común entendimiento de que el "derecho internacional consuetudinario" en general y específicamente referido en el Artículo 14.6 resulta de una práctica general y consistente de los Estados observada por ellos por considerarla una obligación jurídica. El nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen las inversiones de los extranjeros.¹⁰⁹

Se puede advertir cómo la nueva cláusula expresamente contiene el contenido de lo que constituye un TJE y su relación con el TMS. Específicamente se dispone como una violación del TJE la denegación de justicia en procedimientos judiciales penales, civiles o contencioso administrativos. No requiere un trato adicional a, o más allá de lo exigido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario. En otras palabras, establece la equiparación del TMS al TJE, siendo el TMS un límite, donde la protección exigida por el estándar no requiere ser más exigente. La cláusula sostiene expresamente que el TJE no crea derechos sustantivos adicionales más allá de los delimitados.

El T-MEC “rechaza específicamente que el “mínimo estándar de trato según el derecho internacional consuetudinario” deba definirse haciendo referencia a las expectativas legítimas

¹⁰⁹ Anexo A del artículo 14 del T-MEC. Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>

respaldadas por la inversión de un inversionista”.¹¹⁰ El inciso 4 establece que el hecho de que una acción o omisión que pueda ser inconsistente con las expectativas de un inversionista no constituye una violación del TMS. Esto difiere de la interpretación del TJE por los tribunales de inversión en otros tratados de inversión, o (según algunos argumentan) del TMS según el derecho internacional consuetudinario. Como hemos demostrado, un elemento importante del TJE construido por los tribunales arbitrales del TLCAN eran las legítimas expectativas del inversor al momento de hacer la inversión. Por último, las partes acuerdan que el derecho internacional consuetudinario incluye todos los principios, dando por fin la discusión sobre el alcance de las costumbres internacionales.¹¹¹

El T-MEC va más allá y limita seriamente la capacidad de los inversionistas para reclamar los derechos sustantivos que les otorga. En efecto, el artículo 14.2 del T-MEC estipula que no hay reclamos de inversión para futuros inversores estadounidenses en Canadá (o viceversa) después de la terminación del TLCAN:¹¹²

Para mayor certeza, un inversionista solo puede someter una reclamación a arbitraje conforme a este Capítulo de conformidad con lo dispuesto en el Anexo 14-C (Sucesión de Reclamaciones de Inversión y Reclamaciones Pendientes), el Anexo 14-D (Solución de Controversias de Inversión México-Estados Unidos), o el Anexo 14-E (Solución de Controversias de Inversión México- Estados Unidos Relacionadas con Contratos de Gobierno Cubiertos).

La redacción actual del T-MEC elimina la posibilidad de futuros arbitrajes entre inversores de Estados Unidos y Canadá bajo el T-MEC para inversiones realizadas después de la terminación del TLCAN; sólo los reclamos alcanzados en los anexos del artículo 14.2 podrán ser objeto de arbitraje. Aquellos inversores que busquen resolver reclamos mediante arbitrajes se verán obligados a arbitrar en un foro que no sea un tribunal de inversión del TLCAN o se

¹¹⁰ Landicho, R. y Cohen, A., "What's in a Name Change? For Investment Claims Under the New USMCA Instead of NAFTA, (Nearly) Everything." Vinson & Elkins LLP, 5 de octubre de 2018. Young ITA.

¹¹¹ De Brabandere, E., "States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'." In Andreas Kulick (ed.), States' Reassertion of Control over International Investment Agreements and International Investment Treaty Dispute Settlement. Cambridge Nueva formulación del Trato Justo y Equitativo en el AECG, el CPTPP y el propuesto ATCI #: Cambridge University Press, 2016. Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL, Leiden Law School Research Paper, pp 289. En: <https://ssrn.com/abstract=2846998>

¹¹² Artículo 14 inciso 2 del T-MEC. Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>

verán obligados a presentar reclamaciones en tribunales locales si existe un remedio nacional disponible.

El Anexo 14-D del T-MEC ¹¹³ restringe de manera significativa la disponibilidad de arbitrajes entre inversores y estados para casos relacionados con inversiones realizadas por inversores estadounidenses en México. Se podrán hacer arbitrajes de inversión entre Estados Unidos y México en lo que respecta a reclamos de expropiación directa, trato nacional o por la cláusula de nación más favorecida del T-MEC.¹¹⁴

El T-MEC en su Anexo 14-E ¹¹⁵ reconoce que en el arbitraje para disputas de inversión entre Estados Unidos y México se podrá reclamar el TJE cuando el demandante es “parte de un contrato gubernamental cubierto” que otorga derechos en un “sector cubierto” específicamente mencionado en el artículo 6 del Anexo. Solo en tales condiciones, el demandante puede basarse en el tratado, como la posibilidad de presentar reclamaciones por violaciones al TJE, expropiación indirecta, o con respecto al establecimiento o adquisición de una inversión. Los “sectores cubiertos” son: (i) actividades relacionadas con petróleo y gas natural que una autoridad nacional de una Parte del Anexo controla, como exploración, extracción, refinación, transporte, distribución o venta; (ii) el suministro de servicios de generación de energía al público en nombre de una Parte del Anexo; (iii) el suministro de servicios de telecomunicaciones al público en nombre de una Parte del Anexo; (iv) el suministro de servicios de transporte al público en nombre de una Parte del Anexo; o (v) la propiedad o gestión de infraestructuras, como carreteras, ferrocarriles, puentes, canales o presas, que no son de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno de una Parte del Anexo.

Por último, el T-MEC adopta cambios procedimentales fundamentales para todas las reclamaciones restantes entre Estados Unidos y México sometidas a arbitraje, incluso aquellas en los sectores cubiertos. Los demandantes potenciales y sus abogados deberán planificar cuidadosamente una estrategia legal para cumplir con los requisitos previos al arbitraje según el Anexo 14-D.

El T-MEC representa un giro proteccionista en las disputas de inversor-estado: limita en su totalidad la capacidad de los inversores de presentar reclamos ante tribunales arbitrales. Esta exclusión de presentar reclamos por violación al nivel mínimo de trato constituye una

¹¹³ Anexo D del artículo 14 del T-MEC. Disponible en:

<https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>

¹¹⁴ Con excepción de reclamaciones de NMF o trato nacional "con respecto al establecimiento o adquisición de una inversión", que están expresamente excluidas.)”

¹¹⁵ Anexo E del artículo 14 del T-MEC. Disponible en:

<https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/14-Investment.pdf>

estrategia relevante ya que son los reclamos más comunes invocados por los inversionistas. Sólo quedan permitidos disputas entre Estados Unidos y México relacionadas con ciertos contratos de gobierno cubiertos conforme el Anexo 14-E. Al descartar el concepto de expectativas legítimas que respaldan las inversiones, el T-MEC además se aleja de previas interpretaciones del estándar TJE por otros tribunales arbitrales de inversión y del estándar de TMS en el derecho internacional consuetudinario. Solamente podrá interpretarse el estándar como está específicamente redactado en el T-MEC de acuerdo con la estrategia de limitar la protección del estándar a los sectores más importantes.¹¹⁶

B. Nueva formulación del Trato Justo y Equitativo en el AECG, CPTPP, ATCI¹¹⁷

Los Estados otorgaron diferentes respuestas a las preocupaciones relacionadas con la aplicación de la cláusula de estándar de TJE en acuerdos de inversión. Estas respuestas varían desde el mantenimiento de estándares existentes o la inclusión de nuevas calificaciones hasta la exclusión expresa de la cláusula de TJE. Por su parte, el Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea (“AECG”), el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (“CPTPP”) y el propuesto Acuerdo Transatlántico de Comercio e Inversiones (“ATCI”) introducen limitaciones y aclaraciones tanto al MST como al TJE. Estos nuevos tratados contienen formulaciones de TJE estrictas, que se limitan a la redacción del mismo tratado.

En el AECG, entre Canadá y la Unión Europea, se incluye el TJE:

Artículo 8.10. Trato de los inversores y de las inversiones cubiertas

1. Cada Parte concederá, en su territorio, a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversores, con respecto a sus inversiones cubiertas, un trato justo y equitativo, y plena protección y seguridad, de conformidad con los apartados 2 a 7.

¹¹⁶ Landicho, R y Cohen, A., "What's in a Name Change? For Investment Claims Under the New USMCA Instead of NAFTA, (Nearly) Everything." *Vinson & Elkins LLP*, 5 de octubre de 2018. Young ITA.

¹¹⁷ Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea (“AECG”). Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&rid=5](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&rid=5)
Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (“CPTPP”), February 2016. Disponible en: www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng
Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (“ATCI”). Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/549074/EXPO_IDA\(2015\)549074_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/549074/EXPO_IDA(2015)549074_ES.pdf)

2. Una Parte incumplirá la obligación de trato justo y equitativo a la que se hace referencia en el apartado 1 en caso de que una medida o una serie de medidas constituya:

- a) una denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos;*
- b) un incumplimiento esencial de las garantías procesales, incluido el incumplimiento esencial del principio de transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos;*
- c) una arbitrariedad manifiesta;*
- d) una discriminación específica por motivos claramente injustos, como la raza, el sexo o las creencias religiosas;*
- e) un trato abusivo (coacción, intimidación, acoso, etc.) a los inversores; o*
- f) una infracción de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptado por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo.*

3. Las Partes revisarán periódicamente, previa petición de una de ellas, el contenido de la obligación de dar un trato equitativo y justo. El Comité de Servicios e Inversión, creado de conformidad con el artículo 26.2.1.b) (Comités especializados), podrá formular recomendaciones al respecto y presentarlas al Comité Mixto del CETA para que adopte una decisión.

4. Cuando se aplique la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, el tribunal podrá tener en cuenta si una Parte se había dirigido específicamente a un inversor para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas legítimas en las que se basó el inversor a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas.¹¹⁸

Por primera vez un acuerdo de inversión internacional, el AECG, establece una definición precisa del TJE: un TJE calificado que especifica sin mencionar el TMS. Se puede demostrar la voluntad de reforzar la disposición para limitar el estándar de TJE y prever con

¹¹⁸ Artículo 8.10 de AECG. Traducción de mi autoría.

certidumbre el contenido sustancial de la protección. De esta manera, las partes se ponen de acuerdo en una lista taxativa de casos para reclamar el TJE ante el tribunal arbitral. Es pertinente observar que, además de no haber calificación por el derecho internacional o el derecho internacional consuetudinario, no hay ninguna mención a expectativas legítimas.

El CPTPP, por su parte, incluye una cláusula de TJE restrictiva vinculada al derecho internacional consuetudinario:

Artículo 9.6: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo”, y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional a, o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de otorgar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, 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 exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.

3. Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este

Artículo. 4. Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte adopte u omite adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas

del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.

5. Para mayor certeza, el simple hecho de que no se otorgue, renueve o mantenga un subsidio o donación, o que estos hayan sido modificados o reducidos por una Parte, no constituye una violación a este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.¹¹⁹

Esta cláusula enfatiza la prohibición de la negación de justicia y limita el alcance de las legítimas expectativas. Según el artículo, para determinar si se produce una denegación de justicia se evalúa examinando el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.

Finalmente, la propuesta de tratado de libre comercio, entre Estados Unidos y la Unión Europea (“ATCI”) no incluye una cláusula MST independiente:

Article 3 Tratamiento de inversores y de inversiones cubiertas

Cada Parte otorgará en su territorio a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversores con respecto a sus inversiones cubiertas un trato justo y equitativo y plena protección y seguridad de conformidad con los párrafos 2 a 5.

2. Una Parte incumple la obligación de trato justo y equitativo mencionada en el párrafo 1 cuando una medida o una serie de medidas constituyen:

- (a) negación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; o*
- (b) violación fundamental del debido proceso, incluida una violación fundamental de la transparencia y obstáculos para el acceso efectivo a la justicia, en procedimientos judiciales y administrativos; o*
- (c) arbitrariedad manifiesta; o*
- (d) discriminación dirigida por motivos manifiestamente erróneos, como género, raza o creencia religiosa; o*
- (e) acoso, coerción, abuso de poder o conducta de mala fe similar; o*

¹¹⁹ Artículo 9.6 de CPTPP.

(f) una violación de cualquier elemento adicional de la obligación de trato justo y equitativo adoptada por las Partes de conformidad con el párrafo 3 de este Artículo.

Las Partes, a solicitud de una Parte, revisarán el contenido de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo. El Comité (hacer referencia al artículo sobre el Comité de Servicios e Inversiones) puede desarrollar recomendaciones al respecto y presentarlas al Comité (hacer referencia al artículo sobre el Comité de Comercio). El Comité (hacer referencia al artículo sobre el Comité de Comercio) considerará si recomendar que el Acuerdo se modifique, de conformidad con el Artículo [procedimientos pertinentes para la modificación del Acuerdo].

Al aplicar la obligación de trato justo y equitativo antes mencionada, un tribunal puede tener en cuenta si una Parte hizo una representación específica a un inversor para inducir una inversión cubierta, que creó una expectativa legítima y en la que el inversor confió al decidir realizar o mantener la inversión cubierta, pero que la Parte frustró posteriormente.¹²⁰

La cláusula TJE en las negociaciones ATCI también incluye los elementos centrales y delimitados de lo que constituye el contenido sustancial del TJE sin mención al TMS. Los esfuerzos de los Estados por determinar mejor el significado de TJE en sus acuerdos de inversión producen diferentes respuestas en el nivel de redacción de la cláusula del estándar de trato. Tanto en el AECG y como en las negociaciones del ATCI se desvincula al TJE de la calificación de estándares del derecho internacional consuetudinario, restringiendo su interpretación a una lista más amplia de elementos. En particular, el AECG no hace mención al concepto de “estabilidad” en la lista. No obstante, el ATCI va más allá e incluye explícitamente, en la disposición general sobre el derecho a regular, la regla de que "las disposiciones de esta sección no se interpretarán como un compromiso de una Parte de que no cambiará el marco legal y regulatorio, incluido de manera que pueda afectar negativamente el funcionamiento de las inversiones cubiertas o las expectativas de beneficios del inversor". Asimismo, el CPTPP adopta, en gran medida, el abordaje del TLCAN referido a la cláusula de TJE. Según este, la

¹²⁰ Artículo 3 del ATCI.

cláusula está calificada por el derecho internacional consuetudinario y por una lista de elementos.

Dados los enfoques impredecibles y a veces contradictorios de los tribunales, los Estados pueden plantearse simplemente excluir (implícita o explícitamente) la cláusula de la norma general de trato o incluir una alternativa a la norma TJE. Muchos tratados adoptan la estrategia de no incluir en los tratados el TJE. El modelo de Brasil de 2015, como el Código de Inversiones Pan-Africano y El Tratado de Libre Comercio entre China y Australia no contienen disposiciones del TJE. Aún más expresamente, el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (2017) señala que las normas de TJE no están cubiertas por este protocolo, según el Artículo 4.3. Otros tratados para evitar interpretaciones erróneas por parte de los tribunales, consideran abstenerse de referirse al término “justo y equitativo” e incluir términos como “trato de la inversión”, “trato de los inversores” o “trato administrativo justo”, como sucede en el Ethiopia–Qatar BIT (2017), Artículo 4.¹²¹

C. Conclusiones de las nuevas formulaciones del Trato Justo y Equitativo en los tratados de nueva generación

En conclusión, los cambios en los tratados multilaterales “es una evidencia clara e inequívoca de la intención de la Unión Europea y Canadá de restringir el contenido de FET y así desaprobando cierta jurisprudencia arbitral que, según la Comisión, ha dado un contenido desenfrenado a la disposición”.¹²² Los nuevos desafíos de estos cambios en los tratados de la nueva generación son difíciles de anticipar. Varios académicos ya señalaron que incluir grandes especificaciones “podría contribuir, pero no garantizar, una mayor previsibilidad y coherencia en la práctica arbitral.”¹²³ Otros argumentan que la nueva tendencia de los tribunales “crea nuevas incertidumbres, en lugar de reducirlas” y “desplaza el enfoque lejos de los enfoques tradicionales de los BIT europeos sobre ciertos temas que no han llevado a grandes discusiones

¹²¹ Sarmiento, F. y Nikièma, S., "Fair and Equitable Treatment: Why it matters and what can be done." IISD Best Practices Series, Policy Brief, 1 de noviembre de 2022.

¹²² De Brabandere, E., "States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'." In Andreas Kulick (ed.), States' Reassertion of Control over International Investment Agreements and International Investment Treaty Dispute Settlement. Cambridge Nueva formulación del Trato Justo y Equitativo en el AECCG, el CPTPP y el propuesto ATCI #e: Cambridge University Press, 2016. Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL, Leiden Law School Research Paper, pp 301. En: <https://ssrn.com/abstract=2846998>

¹²³ Zhang W., 'Will Greater Specificity with respect to the Fair and Equitable Treatment Obligation Lead to Greater Predictability in Investment Treaty Cases?', *Transnational Dispute Management*, 1 (2015).

en la jurisprudencia arbitral”.¹²⁴ Lo que es claro es que algunos tratados europeos aún dejan lugar para discreción del tribunal arbitral y será solo cuestión de tiempo ver nuevas interpretaciones del TJE. Por lo contrario, el T-MEC fue aún más exhaustivo en sus cambios, no dejando mucho lugar para que el TJE sea objeto de discusión en los tribunales arbitrales. Regula todos los aspectos del estándar para otorgarle participación al mismo sólo en las industrias importantes. De esta manera, el TJE equilibra los intereses contrapuestos de los estados parte. Protege el derecho de regular de México y el interés de los inversores en los sectores más valiosos. Por más que el péndulo en este momento oscila más para el estado, la balanza pareciera estar mucho más equilibrada de lo que estaba antes.

VI. Consideraciones finales: Hacia un consenso global del Trato Justo y Equitativo

La norma del TJE es, sin duda, una característica destacada y evolutiva de los acuerdos internacionales de inversión. Aunque aparenta ser una norma sencilla que impone requisitos a los Estados receptores para que actúen de una manera que refleje la buena gobernanza, el TJE -independientemente de cómo se la interprete- se torna expansiva y hasta intrusiva, quizás sesgada por los intereses de los inversores en el desarrollo y regulación de los países en desarrollo. Los tribunales del TLCAN construyeron el TJE equiparándolo al TMS, adoptando al comienzo el estándar de Neer para luego, inclinarse por un enfoque moderno de evolución del derecho consuetudinario. Por su parte, el estándar autónomo, aplicado mayormente por los tribunales CIADI, adopta el sentido ordinario del TJE conforme a las circunstancias de la disputa.

Los desafíos que presenta el estándar global TJE han impedido una jurisprudencia pacífica en el derecho internacional de inversión. Se crea un enigma interpretativo por las diversas conceptualizaciones del TJE empleadas por los tribunales de arbitraje, convirtiéndose en un desafío para los países en desarrollo y para los inversores. Como respuesta a la plétora de interpretaciones que se desarrollaron en la jurisprudencia arbitral de inversiones, los tratados de la nueva generación buscan equilibrar el TJE tanto a nivel conceptual como práctico. Las modificaciones recientes en la interpretación y aplicación del TJE muestran un intento de los Estados de reafirmar su control y autonomía a través de los tratados de inversión. Las nuevas especificaciones del TJE en los tratados T-MEC, AECG, CPTPP y el propuesto TTIP parecen

¹²⁴ U. Kriebaum, 'FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT', *Journal of World Investment & Trade*, 15 (2014), 482.

reflejar mejor las necesidades de los países en desarrollo y, al mismo tiempo, preservar los intereses económicos de los inversores extranjeros.

Las estrategias utilizadas por los tratados son diversas. El T-MEC formula una respuesta novedosa al equiparar el TJE con el TMS, incluyendo el contenido semántico del TJE y el concepto del derecho consuetudinario. Pero el tratado va más allá de la especificación y restringe la posibilidad de ciertos reclamos. Elimina el arbitraje de inversión con Canadá (con excepción de las «reclamaciones de inversiones existentes» y «reclamaciones pendientes») y mantiene una versión más restrictiva del arbitraje de inversión entre Estados Unidos y México, en virtud de la importancia y magnitud del sector que trate. Estas restricciones impuestas parecen ser una reacción a la proliferación de arbitrajes por TJE bajo el TLCAN y una reacción frente al giro radical a favor de la regulación estatal, como en los casos más recientes, *Eli Lilly and Co. c. Canadá*. Los tratados AECG, CPTPP y el propuesto TTIP, aún haciendo mención el TMS, especifican enumerando lo que comprende el estándar. Otros tratados bilaterales, como Modelo Brasil (2015), TLC Australia-China (2015) y Código Panafricano de Inversiones, optan por eliminar el TJE sin brindar este tipo de protección. Por ejemplo, el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (2017) expresamente excluye el TJE, Art. 4.3: “Para mayor certeza, los estándares de “trato justo y equitativo” (...) no son cubiertos por el presente Protocolo.”

Pese a los enfoques imprevisibles y, a veces hasta contradictorios, de los tribunales, creo necesario impulsar un estándar global del TJE. Se debe recordar que los tratados de inversión se celebran con la finalidad de ofrecer protección a inversionistas extranjeros. Si los tratados optan por excluir el TJE, los inversores quedan con muy pocas garantías y protección (MFN, protección y seguridad plena, expropiación directa). Y sin garantías ni protecciones estos son reacios a invertir en países en desarrollo. En efecto, por más disputas que genere este estándar, funciona como una garantía para invertir en ciertos países, especialmente aquellos que no son estables política, jurídica y económicamente. Considero que excluir esta norma de un tratado de inversión no es la forma de evitar la incertidumbre ni la discreción de los tribunales arbitrales. Por lo contrario, como lo hace el T-MEC, estimo esencial darle robustez al estándar, especificar sus límites, evitar todas las lagunas e incertidumbres posibles. Restringir cierta protección a sectores específicos puede ser una estrategia exitosa, como por ejemplo la industria del litio o los yacimientos de Vaca Muerta en nuestro país.

La especificación de estándares sustantivos y la imposición de límites, no evita la tensión siempre presente entre la flexibilidad y la previsibilidad en las relaciones de inversión internacional. Ningún estándar de protección brinda la previsibilidad necesaria que pide un

inversor. Queda en el Estado receptor la responsabilidad de ofrecer seguridad y respeto respecto a los términos y condiciones oportunamente pactados con sus inversionistas, estableciendo políticas que consoliden una estabilidad jurídica, normativa, económica y social. Concretamente, como país en desarrollo debemos enfocarnos en las garantías para un inversor extranjero, tanto para atraer inversiones como también para prevenir las millonarias demandas que nos vemos obligados a pagar cuando se afectan los compromisos oportunamente asumidos. Todo ello como presupuesto a cualquier estándar de protección internacional.

A lo largo de este trabajo he intentado exponer la evolución del TJE en los tratados, la doctrina y la jurisprudencia, sus consecuencias y la respuesta en reacción de los Estados a las inconsistencias del estándar. El objetivo fue describir los desafíos de aceptar un estándar sustantivo global del TJE, para reflexionar en una mejor formulación en los tratados de inversión, desde la perspectiva de un nacional de un país en desarrollo. No obstante, no considero que sea lineal la relación entre inversión y especificación de estándares de protección en tratados internacionales. Argentina atraviesa una profunda crisis y no hay una sola puerta de salida. La respuesta radica en el orden institucional de nuestro país; explorar las normas y condiciones - las reglas de juego - que fomentan comportamientos productivos e inversión. Los potenciales inversores no identifican a Argentina como atractiva por su inestabilidad económica y jurídica, la fragilidad de sus instituciones, las intervenciones discrecionales y los monopolios. La jurisprudencia en derecho de inversiones demuestra que las violaciones a los tratados fueron consecuencia de medidas tomadas en situaciones de crisis. Por lo tanto, es esencial reflexionar y diseñar estrategias económicas que estabilice económicamente y pongan a Argentina en el escenario mundial. La transformación de las instituciones políticas, jurídicas y económicas se presenta como un imperativo para catalizar el desarrollo y fomentar la inversión privada, para luego, centrarnos en crear nuevos tratados que brinden protecciones de estándares sustantivos.

VII. Bibliografía

- Mortimore, M., "Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe." CEPAL, Santiago de Chile, 2009.
- Alonso M. Harti., "Topical issues in ISDS: Latin America – A Review of Recent Developments – A Report from the CERSA." Kluwer Arbitration Blog, 16 de diciembre de 2018. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/16/topical-issues-in-isds-latin-america/>.
- OECD. 2004., "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law." OECD Working Papers on International Investment, 2004, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/675702255435>.
- Fatourous, A.A., "Government Guarantees to Foreign Investors." Columbia University Press, 1962.
- Schill, Stephan W., "Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator." *Leiden Journal of International Law* 23, no. 2, 2010.
- United Nations Conference on Trade And Development., "Fair and Equitable Treatment." UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. New York and Geneva, 2012, pp. 1.
- De Brabandere, E., "States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining 'Fair and Equitable Treatment' and 'Indirect Expropriation'." In Andreas Kulick (ed.), *States' Reassertion of Control over International Investment Agreements and International Investment Treaty Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Grotius Centre Working Paper 2016/55-IEL, Leiden Law School Research Paper.
- Hirsch, M., "Between Fair and Equitable Treatment and Stabilization Clause: Stable Legal Environment and Regulatory Change in International Investment Law." *Journal of World Investment & Trade* 12, 2001.

- Bronfman M. K., "Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard," Max Planck Yearbook of United Nations Law 10, 2006.
- Haynes, J., "The Evolving Nature of the Fair and Equitable Treatment (FET) Standard: Challenging Its Increasing Pervasiveness in Light of Developing Countries' Concerns – The Case for Regulatory Rebalancing", Journal of World Investment & Trade 14, 2013.
- Sornarajah M., "The International Law on Foreign Investment, 2nd edición", 2004.
- Vagts, D. F., "Coercion and Foreign Investment Rearrangements." The American Journal of International Law 72, no. 1, 1978, pp 17–36. <https://doi.org/10.2307/2199701>
- Montt, S., "State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation.", Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009. En: ISBN 978-1-84113-856-5.
- Kläger, R., "Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness." Journal of World Investment and Trade 11 (3), 2010.
- Vandevelde, K. J., "The First Bilateral Investment Treaties: U.S. Postwar Friendship, Commerce and Navigation Treaties.", 2017, En: <http://ssrn.com/abstract=2993300>.
- Sullivan, K. M., y Connor, K. D. "Making the Continent Safe for Investors—NAFTA and the Takings Clause of the Fifth Amendment of the American Constitution." The Urban Lawyer 36, no. 1, 2004.
- OCDE., Proyecto de Convenio sobre la Protección de la Propiedad Extranjera y Resolución del Consejo de la OCDE, sobre el Proyecto de Convenio, 1967, Notas y Comentarios al Art. 1, apartado 4(a).
- Schreuer, C., "Series on International Investment Policies for Development, Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review", 2005.
- Dumberry, P., "The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105", Alphen aan den Rijn, Netherlands: Kluwer Law International, 2013.
- Gilbert, G., "The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators." Journal of International Dispute Settlement 2, 2011, 5-23. doi: 10.1093/jnlids/idq025.

UNCTAD., "Fair and Equitable Treatment: A sequel." UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012. En: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

Gaukrodger, D., "Addressing the balance of interests in investment treaties: The limitation of fair and equitable treatment provisions to the minimum standard of treatment under customary international law", OECD Working Papers on International Investment, 2017/03, OECD Publishing. En: <http://dx.doi.org/10.1787/0a62034b-en> .

Foy, P. G. y Deane, R. J. C. "Foreign investment protection under investment treaties: recent developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement", ICSID Review, v. 16, n. 2, 2001.

Muchlinski P., "Multinational Enterprises and the Law", OECD.

Paparinskis., M., "The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment", Oxford Monographs in International Law, 2013.

Landicho, R. y Cohen, A., "What's in a Name Change? For Investment Claims Under the New USMCA Instead of NAFTA, (Nearly) Everything." Vinson & Elkins LLP, 5 de octubre de 2018. Young ITA.

Sarmiento, F. y Nikiéma, S., "Fair and Equitable Treatment: Why it matters and what can be done." IISD Best Practices Series, Policy Brief, 2022.

Zhang, W., "Will Greater Specificity with respect to the Fair and Equitable Treatment Obligation Lead to Greater Predictability in Investment Treaty Cases?", Transnational Dispute Management, 2015.

Kriebaum, U., "FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT", Journal of World Investment & Trade, 15, 2014, 482.

Peters, P., "R. Dolzer, M. Stevens, Bilateral Investment Treatie, Kluwer Law International, The Hague 1995, Dfl. 175/\$124/£ 75." Netherlands International Law Review 43, no. 1, 1996, 103–8. <https://doi.org/10.1017/S0165070X00004812>..