

Trato justo y equitativo:

¿Por qué es importante y qué se puede hacer?

Florencia Sarmiento y Suzy Nikièma¹

Noviembre 2022

¿Qué es el trato justo y equitativo?

Entre los estándares de protección que se deben a las inversiones extranjeras en virtud de los acuerdos internacionales de inversión (AII) está la obligación de proporcionar un "trato justo y equitativo" (FET, por sus siglas en inglés). El trato justo y equitativo es una de las normas de tratamiento más controversiales incluidas en la mayoría de los AII. No sólo está incluida en casi el 95% de los tratados de inversión, sino que también casi el 83% de todos los arbitrajes basados en tratados entre inversores y Estados de los que se dispone de datos han involucrado reclamaciones basadas en esta norma de trato, lo que pone de manifiesto su importancia práctica.²

A pesar de su amplia inclusión, el significado preciso del término es incierto. El FET se ha considerado una disposición vaga que carece de definición. En consecuencia, los tribunales han tratado de formular una definición al interpretar la disposición, ampliando cada vez más su alcance y contenido a lo largo del tiempo.

Un estándar, muchas formulaciones

Si se observa la práctica de los tratados, existen diferentes formulaciones de la norma:

1) FET no calificado

El FET no calificado es el enfoque más utilizado en los tratados de inversión, especialmente en los llamados acuerdos de vieja generación. El FET no calificado simplemente establece que el Estado anfitrión debe conceder un trato justo y equitativo.

¹ Los lectores interesados en profundizar en estas cuestiones están invitados a leer la próxima serie de buenas prácticas del IISD sobre el trato justo y equitativo (FET).

² UNCTAD. (2022). *Investment Policy Hub*. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.



La falta inherente de una definición clara, junto con una formulación FET no calificada, da lugar a interpretaciones divergentes. Por ejemplo, el tribunal en el caso *MTD Equity Sdn. Bhd. v. Chile* examinó el significado ordinario de las palabras “justo” y “equitativo” y encontró que las palabras significan “justo”, “ecuánime”, “imparcial” y “legítimo”, mientras que el tribunal en el caso *S.D. Myers, Inc. v. Canadá* encontró que las palabras se oponen al “tratamiento de una manera tan injusta o arbitraria que el tratamiento se eleva a un nivel inaceptable desde la perspectiva internacional”³.

Con la creciente conciencia de este riesgo, han surgido nuevos enfoques.

2) FET vinculado al Derecho Internacional General

Otros tratados vinculan la norma al derecho internacional y establecen que el FET se concederá de acuerdo con el derecho internacional. Este enfoque proporciona algunas orientaciones adicionales, sugiriendo que la disposición debe interpretarse por referencia al derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario (DIC). Sin embargo, los tribunales han interpretado a veces que este tipo de cláusulas son tan exigentes y protectoras como las formulaciones no calificadas.

3) FET limitado por las normas mínimas de trato (MST, por sus siglas en inglés) según el derecho internacional consuetudinario

En respuesta a lo anterior, los Estados comenzaron a aclarar que la norma no va más allá de lo que exige el DIC. Sin embargo, los tribunales de arbitraje difieren en cuanto al contenido del MST bajo el DIC hoy en día,⁴ lo que añade más complejidad al debate sobre la interpretación y aplicación de la norma FET. En consecuencia, los Estados ya no pueden encontrar un puerto seguro limitándose a simplemente anclar el estándar FET en el MST.

4) FET especificando las situaciones que pueden dar lugar a una violación

Otro enfoque ha sido el de detallar las situaciones que pueden suponer una violación del FET. Sin embargo, la lista de estas situaciones suele contener otros conceptos amplios y controvertidos, como la protección de las “expectativas legítimas del inversor”, y/o proporcionar medios para ampliar una supuesta lista cerrada⁵. Por lo tanto, estas listas pueden dar espacio a interpretaciones más amplias.

A pesar de los diversos intentos de los Estados por aclarar aún más las medidas susceptibles de ser impugnadas, las decisiones dictadas por los tribunales de arbitraje siguen siendo muy variadas en cuanto a su interpretación del estándar de trato.

³ *MTD Equity Sdn. Bhd. v. Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, párr. 113 (25 de mayo de 2004), con referencia a *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (5ª ed.); *S.D. Myers, Inc. contra el Gobierno de Canadá*, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, párrafo. 263 (13 de noviembre de 2000).

⁴ Aunque los tribunales han aceptado sistemáticamente que el DIC es de naturaleza evolutiva, han diferido en la cuestión de si el elevado umbral establecido en el caso *Neer* sigue siendo necesario para una infracción.

⁵ Véase, por ejemplo, el Acuerdo de Protección de la Inversión EU-Singapur (2018), Art. 2.4.



5) FET proporcionando más orientación sobre la aplicación de la norma

Por último, los Estados han intentado garantizar la previsibilidad incluyendo disposiciones sobre cómo aplicar la norma. Por ejemplo, la Unión Europea y Canadá, partes del Acuerdo Económico Global (CETA, por sus siglas en inglés), imponen ciertos calificativos a la gravedad de los actos gubernamentales, como la violación “fundamental” de las garantías procesales, la arbitrariedad “manifiesta” y la discriminación por motivos “manifiestamente” ilícitos. Lamentablemente, el concepto impreciso de arbitrariedad, incluso si se califica con el adjetivo “manifiesto”, combinado con la aclaración de que los tribunales podrían considerar las expectativas legítimas de los inversores, sigue dejando el estándar FET abierto e impredecible bajo el lenguaje existente.

A pesar de los diversos intentos de los Estados por aclarar más las medidas susceptibles de ser impugnadas, las decisiones dictadas por los tribunales de arbitraje siguen siendo muy variadas en cuanto a su interpretación de la norma de trato.

En resumen, lamentablemente, estos intentos por parte de los Estados que se han incluido en los AII de nueva generación no han sido eficaces en la práctica y no han conseguido salvaguardar completamente el espacio político regulador de los Estados. De hecho, al examinar laudos recientes dictados en virtud de acuerdos de nueva generación, se puede concluir que los nuevos tratados producen resultados antiguos, ya que la interpretación de los nuevos acuerdos no difiere de la de los antiguos⁶. Esto puede agravarse cuando los ajustes introducidos en los nuevos tratados mantienen lagunas que permiten a los tribunales avanzar en interpretaciones de estilo antiguo.

¿Cuáles son los problemas asociados al estándar FET?

Un estándar, interpretaciones divergentes

Una de las razones que explican la reacción negativa hacia el mecanismo de solución de controversias entre inversores y Estados (ISDS, por sus siglas en inglés) es la interpretación incoherente de cláusulas de redacción similar e incluso de controversias que surgen bajo el mismo tratado. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte es un ejemplo. A lo largo de los años, los tribunales han dado diferentes interpretaciones de su artículo 1105 (Nivel mínimo de trato), algunas drásticamente diferentes de otras⁷. Incluso cuando los Estados han insistido repetidamente en su propia interpretación de la norma y han dejado clara su

⁶ Alschner, W. (2022). *El arbitraje de inversiones y la reforma impulsada por el Estado*. Oxford University Press. Véase también Alschner, W., y Sarmiento, F. (2022). Entrevista con Wolfgang Alschner sobre el libro “El Arbitraje de Inversiones y la Reforma Impulsada por los Estados: Nuevos Tratados, Antiguos Resultados” . *Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/es/2022/07/04/an-interview-with-wolfgang-alschner-on-investment-arbitration-and-state-driven-reform-new-treaties-old-outcomes-wolfgang-alschner-florescia-sarmiento/>

⁷ Véase, por ejemplo, la diferente interpretación del artículo realizada por los tribunales de *Waste Management c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo (30 de abril de 2004), y la de *Apotex Holdings Inc. y Apotex Inc. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Laudo (25 de agosto de 2014).



intención original ante el tribunal, los tribunales siguen optando a veces por ignorar dicha intención original y deciden aplicar sus propias interpretaciones en su lugar⁸.

Otro ejemplo se encuentra en los casos *TECO c. Guatemala e Iberdrola c. Guatemala*,⁹ donde ambos demandantes impugnaron la misma conducta, a saber, una denegación de justicia por parte de los órganos jurisdiccionales del Estado que incumplía la obligación FET. Mientras que el tribunal de *Iberdrola* aplicó un criterio estricto y determinó que no se había violado la obligación FET, el tribunal arbitral de *TECO* determinó que el Estado había incumplido su obligación¹⁰. Otro ejemplo de interpretaciones incoherentes se encuentra en lo que respecta a la violación de las expectativas legítimas, ya que algunos tribunales sostienen que se requieren compromisos y representaciones explícitas¹¹ y otros tribunales consideran que las representaciones generales hechas por el gobierno al público en general también pueden constituir la base de una expectativa¹².

La incoherencia en la interpretación de esta norma de protección no es exclusiva al estándar FET, aunque se observa más fácilmente debido a su amplio alcance. Se ha argumentado que la incoherencia se ve exacerbada por la naturaleza ad hoc del sistema ISDS, donde no hay precedentes vinculantes ni revisión de las decisiones. Para ello, los Estados se han reunido en el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Reforma de Resolución de Disputas entre el Inversionista-Estado donde discuten la reforma del ISDS.

⁸ Johnson, L. (2015b). *Ante la inminente decisión del caso Mesa contra Canadá, el inversor y las tres partes del TLCAN opinan sobre la importancia de Bilcon*. IAREporter <https://www.iareporter.com/articles/as-decision-in-mesa-v-canada-looms-investor-and-all-three-nafta-parties-weigh-in-on-significance-of-bilcon/>

⁹ *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/23, Laudo (19 de diciembre de 2013) e *Iberdrola Energía S.A. c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/09/5, Laudo (17 de agosto de 2012).

¹⁰ Para una visión detallada de ambos casos, véase Johnson, L. y Sachs, L. (2018). *Las múltiples formas de incoherencia en la solución de controversias entre inversores y Estados y sus implicaciones para la reforma*. Nota informativa del CCSI.

¹¹ Véanse, por ejemplo, los casos de energías renovables contra España: *Charanne and Construction Investments v. España*, Caso SCC No. V 062/2012, Award, paras. 493, 499 (21 de enero de 2016); *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/1, Laudo, párrafos. 520-521 (16 de mayo de 2018); *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre la Responsabilidad y sobre los Principios de Quantum, párrafos. 320-321 (30 de noviembre de 2018); *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros c. Reino de España*, Caso del CIADI No. ARB/15/20, Decisión sobre la competencia, la responsabilidad y la decisión parcial sobre el quantum, párr. 397 (19 de febrero de 2019); *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/11, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y principios de quantum, párrafos. 587-596 (12 de marzo de 2019); *9REN Holding S.a.r.l c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, párrafos. 292-299 (31 de mayo de 2019); *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/12, Laudo, párrafos. 366-367 (2 de agosto de 2019); *Watkins Holdings S.à r.l. y otros c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/44, Laudo, párr. 533 (21 de enero de 2020).

¹² Véase *Electrabel S.A. contra la República de Hungría*, CIADI CASO NO. ARB/07/19, Laudo (30 de noviembre de 2012). Véase también *Sun Reserve Luxco Holdings SRL c. Italia*, Caso SCC No. 132/2016, Laudo (25 de marzo de 2020).



Amplia gama de medidas que pueden considerarse un incumplimiento de la obligación

Como señaló el tribunal de *Merrill & Ring Forestry*, “al final, el nombre asignado al estándar no importa realmente. Lo que importa son... todos esos actos o comportamientos” protegidos por el estándar¹³. Basándose en la práctica arbitral, las medidas o conductas que pueden considerarse como un incumplimiento del FET incluyen:

1. Denegación de justicia
2. Incumplimiento de las garantías procesales
3. Frustración de las expectativas razonables y legítimas de los inversores
4. Inestabilidad en el marco jurídico del Estado anfitrión
5. Falta de transparencia
6. Toma de decisiones arbitrarias
7. Mala fe
8. Coacción y acoso

Es importante destacar que cada una de estas obligaciones sustantivas abarca potencialmente una amplia gama de medidas. Por ejemplo, la violación de las expectativas legítimas puede surgir de derechos legales basados en acuerdos contractuales entre el Estado anfitrión y el inversionista, de representaciones formales o informales hechas al inversionista o, más generalmente, del marco normativo vigente en el Estado anfitrión en el momento de la inversión¹⁴.

La imprevisibilidad de su aplicación provoca un “enfriamiento normativo” (regulatory chill)

Las interpretaciones divergentes, junto con el amplio alcance de la disposición FET, dan como resultado imprevisibilidad para los Estados y restricciones a su derecho a regular. En consecuencia, es importante que los Estados sean conscientes de los elevados riesgos de la inclusión de una cláusula FET en el contexto de las negociaciones de los tratados, así como de las implicaciones de las amplias cláusulas FET incluidas en la mayoría de los acuerdos de la vieja generación. FET se ha convertido en una disposición comodín que dificulta a los Estados el ejercicio de su poder regulador sin arriesgarse a una demanda de ISDS.

¿Qué se puede hacer?

Basándonos en el análisis de la práctica de los tratados y la jurisprudencia, una cosa es cierta: los Estados deben prestar especial atención a la cláusula de nivel de trato y la redacción de una obligación FET cuando negocien o renegocien AII.

Hay tres acciones políticas principales que los gobiernos pueden considerar, y algunas de ellas ofrecen diferentes opciones políticas.

¹³ *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1, Laudo, párr. 210 (31 de marzo de 2010).

¹⁴ Véase *Expectativas legítimas*. (2022, julio). En *WikiNotes*. <https://jusmundi.com/en/document/wiki/en-legitimate-expectations>.



Opción Política 1: No inclusión del estándar FET

Dados los enfoques imprevisibles y a veces contradictorios de los tribunales, los Estados pueden considerar la posibilidad de excluir simplemente (de forma implícita o explícita) la cláusula de la norma general de trato de sus AII.

Opción Política 1 en la práctica:

- Modelo Brasil (2015)
- TLC Australia-China (2015)
- Código Panafricano de Inversiones

La omisión también puede hacerse de forma explícita:

- Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (2017), Art. 4.3: “Para mayor certeza, los estándares de “trato justo y equitativo” (...) no son cubiertos por el presente Protocolo.”

Opción Política 2: Inclusión de una alternativa a la norma FET

Si se va a incluir una disposición sobre el estándar de trato en un tratado de inversión, para evitar interpretaciones erróneas por parte de los tribunales, los Estados pueden considerar la posibilidad de abstenerse de referirse al término “justo y equitativo” e incluir términos como “trato de la inversión”, “trato de los inversionistas” o “trato administrativo justo.”

Para mayor seguridad, la disposición puede aclarar que la norma proporcionada no equivale al estándar FET.

Opción Política 2 en la práctica:

TBI Etiopía-Qatar (2017), Artículo 4

ARTÍCULO 4: TRATO ADMINISTRATIVO JUSTO

1. Cada Parte Contratante garantizará que sus procesos administrativos, legislativos y judiciales no funcionen de manera arbitraria o que nieguen el debido proceso administrativo y procesal a los inversores del otro Estado Parte o a sus inversiones.
2. Los inversionistas o sus inversiones, según lo requieran las circunstancias, serán notificados oportunamente de los procedimientos administrativos o judiciales que afecten directamente a la(s) inversión(es), a menos que, debido a circunstancias excepcionales, dicha notificación sea contraria a la legislación nacional.
3. El Inversionista o sus inversiones tendrán acceso a la información en poder del gobierno de manera oportuna de acuerdo con la legislación nacional y con sujeción a la limitación de acceso a la información en virtud de la legislación nacional aplicable.



4. Cada Parte Contratante se esforzará progresivamente por mejorar la transparencia, la eficacia, la independencia y la responsabilidad de sus procesos legislativos, reglamentarios, administrativos y judiciales, de conformidad con sus respectivas leyes y reglamentos internos¹⁵.

Opción Política 3: Inclusión de un estándar FET bien definido y limitado

1) Utilizando una lista cerrada de medidas que podrían infringir la norma sin referencia a las expectativas legítimas de los inversionistas.

Si se incluye la cláusula de nivel de trato en un tratado, recomendamos limitar su alcance especificando, mediante una lista cerrada, los tipos de conducta que equivaldrían a una violación del trato.

La lista puede variar, pero en general, incluye los siguientes tipos de conducta:

1. Denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos
2. Violación fundamental de las garantías procesales
3. Conducta manifiestamente arbitraria
4. Discriminación selectiva por motivos [manifiestamente] erróneos como el género, la raza o las creencias religiosas
5. Trato [manifiestamente] abusivo, como coacción, coerción y acoso¹⁶.

Opción Política 3.1 en la práctica:

Ejemplos que aclaran lo que constituye un incumplimiento del FET

TBI Hungría-Emiratos Árabes Unidos (2022), Artículo 2

3. Con respecto a las inversiones, las siguientes medidas o series de medidas constituyen un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo:
 - a. La denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos; o
 - b. La violación fundamental de las garantías procesales o debido proceso, incluida la violación fundamental de la transparencia y los obstáculos al acceso efectivo a la justicia, en los procedimientos judiciales y administrativos; o
 - c. La arbitrariedad manifiesta; o
 - d. La discriminación selectiva por motivos manifiestamente erróneos, como el género, la raza o las creencias religiosas; o
 - e. El acoso, coacción, abuso de poder o conductas similares de mala fe.

¹⁵ Inspirado en el modelo de TBI de la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC, por sus siglas en inglés) (2018).

¹⁶ UNCTAD. (2020). *Acelerador de la reforma de los acuerdos internacionales de inversión*. Naciones Unidas.



2) Proporcionando una orientación clara para su interpretación y aplicación

Para evitar una interpretación expansiva, se recomienda aclarar en el propio tratado la intención de los Estados parte sobre cómo se aplicará el tratamiento.

A este respecto, los gobiernos podrían considerar la **inclusión de algunas orientaciones claras en cuanto al estándar de revisión y la carga de la prueba**. Por ejemplo, los Estados pueden considerar la posibilidad de establecer un umbral elevado para que los demandantes demuestren un supuesto incumplimiento de la norma.

Opción Política 3.2 en la práctica:

Tratado modelo de la SADC (2012), Artículo 5. Opción 1.

5.2. Para mayor certeza, el párrafo 5.1 requiere la demostración de un acto o acciones del gobierno que constituyan un atropello, una mala fe, una negligencia deliberada del deber o una insuficiencia tan alejada de las normas internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia.

3) Aclarando lo que no constituye un incumplimiento del FET

Para una mayor seguridad, y para evitar (en la medida de lo posible) interpretaciones más amplias, los gobiernos deberían considerar la posibilidad de especificar qué situaciones o medidas no constituyen un incumplimiento de la norma.

Éstas deben presentarse como aclaraciones y no como excepciones, a fin de garantizar que esto es lo que los Estados contratantes quieren decir en todas las situaciones que entran en el ámbito del FET y evitar una interpretación restrictiva de dicha aclaración.

Por ejemplo, los gobiernos pueden considerar la posibilidad de **aclarar la relación del estándar con respecto a las expectativas legítimas del inversor**. Los Estados deberían considerar la posibilidad de dejar claro en el tratado que, a la hora de determinar si se ha incumplido una obligación del tratado, los tribunales no tendrán en cuenta las expectativas de los inversionistas. También deberían aclarar que la incoherencia por sí sola con las expectativas de los inversionistas no incumple con la obligación FET.

Además, los Estados deben considerar la interacción entre la cláusula del nivel de trato y otras cláusulas de los tratados de inversión. Esto garantizará que la cuidadosa redacción y negociación de una cláusula concreta no se vea perjudicada por la aplicación de otra. En este sentido, los Estados pueden **aclarar la relación entre FET y el incumplimiento de otra disposición o acuerdo**, declarando que éstos no constituyen un incumplimiento de la obligación FET.



Opción Política 3.3 en la práctica:

TLC Australia-Reino Unido (2022), Artículo 13.7

(4) Para mayor seguridad, el mero hecho de que una Parte adopte o deje de adoptar una medida que pueda ser incompatible con las expectativas de un inversor no constituye una infracción del presente artículo, aunque se produzcan pérdidas o daños en la inversión cubierta como consecuencia de ello.

Asociación Económica Integral Regional (2020), Artículo 10.5

3. La determinación de que ha habido una violación de otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece que haya habido una violación de este Artículo.

Conclusión

Los Estados tienen diferentes opciones para abordar la cuestión del FET. Es importante señalar que la opción de mantener el FET con limitaciones requiere mucha precaución y una cuidadosa combinación de diversas salvaguardias. Los gobiernos deben considerar las opciones más prácticas y eficientes para ser implementadas en el contexto de nuevas negociaciones o renegociaciones. En caso de duda, los Estados deben tratar de dar prioridad a las opciones que eviten cualquier referencia al FET.

Un análisis de la práctica arbitral y de los tratados pone de manifiesto los riesgos de incluir disposiciones FET en los acuerdos de nueva generación. Para preservar el derecho a regular, los Estados no sólo deben prestar especial atención a la hora de negociar acuerdos de nueva generación, sino que también deben adoptar medidas políticas con respecto a los AII vigentes, que a menudo incluyen cláusulas FET no calificadas.

©2022 The International Institute for Sustainable Development
Publicado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible.

INSTITUTO INTERNACIONAL PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE

El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) es un centro de investigación independiente que trabaja con el objetivo de impulsar aquellas soluciones que permitan lograr un clima estable, la gestión sostenible de los recursos y economías justas. Nuestro trabajo estimula a que se tomen mejores decisiones y se emprendan acciones significativas para ayudar a que prosperen tanto las personas como el planeta. Arrojam luz sobre lo que se puede alcanzar cuando se unen los Gobiernos, las empresas, las organizaciones sin fines de lucro y las comunidades. El personal del IISD, que está integrado por más de 120 personas, además de más de 150 asociados y asesores, proviene de todas partes del mundo y de varias disciplinas. Contamos con oficinas en Winnipeg, Ginebra, Ottawa y Toronto, por lo que nuestras actividades repercuten en la vida de las poblaciones de casi 100 países.

El IISD es una organización benéfica registrada en Canadá y figura como organización exenta de impuestos bajo el artículo 501(c)(3) del Código del Servicio de Impuestos Internos (IRS) en los Estados Unidos. El IISD recibe su principal apoyo de la provincia de Manitoba y lleva adelante sus proyectos con los fondos provenientes de Gobiernos que se encuentran dentro y fuera de Canadá, los organismos de las Naciones Unidas, las fundaciones, el sector privado y las personas.

Oficina central

111 Lombard Avenue, Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canadá R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700
Sitio web: www.iisd.org
Twitter: @IISD_news



iisd.org