

**EL MANEJO DEL PRINCIPIO DEL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA O NO
DISCRIMINACIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: LOS CASOS DE LA
REPÚBLICA ARGENTINA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE
MÉXICO**

AUTORES: Johan Sebastián Sanabria Uribe
Maira Liseth Gualdrón Gómez
FECHA DE RECEPCIÓN: octubre 04 de 2011
DIRECCIÓN: jsanabria2@unab.edu.co;
mgualdron3@unab.edu.co

RESUMEN: El arbitraje de inversiones no es una institución jurídica que pueda clasificarse exclusivamente dentro del ámbito de alguna de las ramas del Derecho; aún así, existe un amplio espectro sobre lo que puede entenderse como "inversión". En el presente artículo, los estudiantes indagan sobre el Principio o Estándar de No Discriminación en el Derecho de la Inversión Extranjera en el CIADI, sin agotar el tema, a forma de *protosecuela* de lo que ya se ha tratado en una ocasión.

PALABRAS CLAVES: Arbitraje de Inversiones, CIADI, Derecho Internacional de las Inversiones, Inversiones, Principio o Estándar de No Discriminación, Trato Justo y Equitativo, Trato Mínimo.

ABSTRACT: Investment arbitration couldn't be classified exclusively within the scope of just one field of legal knowledge, yet there is a broad spectrum of what can be understood as "investment." In this paper, the researchers have researched about the Non-discrimination Standard in ICSID Foreign Investment Law, without exhausting the subject completely, but as a form of prequel to what have already been explained once.

KEY WORDS: Investment Arbitration, ICSID, International Investment Law, Investment, No Discrimination Standard, Fair and Equitable Treatment, Minimum Treatment.

EL MANEJO DEL PRINCIPIO DEL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA O NO DISCRIMINACIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI: LOS CASOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO*

Johan Sebastián Sanabria Uribe**
Maira Liseth Gualdrón Gómez***

INTRODUCCIÓN

Existen varios nombres para denominar el deber de no discriminación en materia de Derecho, sea “Trato Justo o Equitativo”, “Principio de No Discriminación”, “Trato de la Nación más Favorecida”. Es irrelevante entrar en distinciones, ya que no hay duda de que el Principio del Trato de la Nación más Favorecida o no Discriminación es uno de los principios más importantes que rigen la protección de las inversiones extranjeras, el cual obliga a que los Estados receptores de una inversión traten al Inversionista extranjero como originario de este mismo Estado o del trato que éste le otorga al Inversionista de un tercer Estado en todos los aspectos jurídicos: por ejemplo, casos en los que ocurre expropiación aduciendo interés general¹. Como principal organización internacional sobre la protección de la inversión extranjera es menester resaltar al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones- CIADI (ICSID por sus iniciales en inglés), ubicado en Washington D.C. y parte del Grupo del Banco Mundial. Por esta razón es pertinente preguntarse ¿Cómo es el manejo que le dan los Tribunales arbitrales de la CIADI al principio de “Trato de la nación más favorecida o de no discriminación” para determinar la responsabilidad de un Estado?

* El presente trabajo es producto de la monografía de grado para optar al título de abogado presentado por los autores, en junio de 2011.

** Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

*** Estudiante y miembro del Semillero en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

¹ Caso LG&E c. La República de Argentina, donde se falló a favor de la República de Argentina por encontrarse en estado de necesidad a causa de la situación económica.

EL ARBITRAJE CIADI COMO PARTE DE LA TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE: NOCIONES GENERALES DE ARBITRAMENTO

1. El arbitraje como especialidad

Cuando se habla de arbitraje, suele hablarse de la “actividad arbitral de la administración”, el “arbitraje en deportes”, etc. Sin embargo, para quien estudia y ejerce las ciencias jurídicas, el arbitraje comprende a simple vista aquel que se manifiesta en una sede arbitral, con unos árbitros que examinan su propia competencia, según la validez del convenio originario del arbitraje, solucionando una controversia y con un control posterior jurisdiccional que determina si es aplicable o no el ordenamiento que le es privativo, por tanto ejecutando o no la decisión que dichos árbitros tomaron. Es un mecanismo alternativo y de naturaleza heterocompositiva.²

En palabras de Merino:

“(…)se puede definir el arbitraje como aquella institución jurídica por la que dos o más personas establecen una cierta controversia específicamente determinada o por determinar, existente o futura en ellas, sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea dictada conforme a derecho o a equidad, y a la que el ordenamiento le otorga el carácter de título decisorio y ejecutivo.”³

2. Concepto

Existen diversas Teorías que buscan una definición o noción de Arbitraje. En primer lugar encontramos la Jurisdiccional, que trata la Jurisdicción como una cuestión de la soberanía del Estado, ignorando su carácter voluntarista, por lo cual es el Estado quien “concede” la facultad a los particulares y puede disponer sobre a quién puede designarse, cómo se designa y cuándo puede designarse esta facultad, será el Estado quien podrá controlar las actuaciones que efectúen los particulares con dicha facultad, por la cual tiene un elemento jurisdiccional, garantizándose el Debido proceso sea cual sea su categoría.⁴ Por otro lado, la Contractualista, atribuyendo la efectividad del arbitraje depende de la disposición de intereses de las partes y

² MERINO MERCHÁN, José Fernando y Chillón Medina, José María (2006). *Tratado de Derecho Arbitral*. Aranzadi Civitias. 3ra Edición. Madrid.

³ Ibid, MERINO. Pág 213.

⁴ TALERO RUEDA, Santiago. *Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones Básicas y Derecho Aplicable*. Bogotá D.C.Temis/Universidad de los Andes. 2008. Págs. 12 a 14 y MERINO MERCHÁN, Págs. 822 y 880.

no de la ley del Estado, ignorando la colaboración de las autoridades estatales, es el Laudo el resultado final de lo que las partes disponen desde un principio, es el Árbitro un mandatario de las partes y el todo es un negocio jurídico complejo, es, por tanto el elemento contractual lo que le da origen a todas las operaciones arbitrales y constituye el fundamento y límite de su jurisdicción.⁵ Finalmente, podemos encontrar una Teoría o Síntesis de las dos anteriores denominada “mixta”, rescatando la cooperación con las autoridades estatales en la efectividad del Arbitraje como en control de la validez del mismo, así como el origen en la disposición de intereses de las partes como quienes le dan marcha al pacto y al proceso arbitral. Desde ese punto de vista tiene un carácter compuesto, híbrido o sincrético. Para efectos de la investigación se siguió la posición mixta, debido a la flexibilidad con la que maneja el concepto de arbitraje, así como permite el análisis de este desde más de un aspecto relevante, sin limitar su alcance y extensión.⁶

En conclusión, es el arbitraje el que resuelve una controversia completa, de forma invariable, originado de un instrumento dispositivo de intereses previo o contemporáneo a la controversia, asignando poder de resolver con validez del ordenamiento jurídico a los particulares respecto de la controversia.

EL CIADI Y SU PROCEDIMIENTO

1. EI CIADI

El CIADI es una institución internacional autónoma establecida en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre estados y nacionales de otros estados. Actualmente está formada por 145 países miembros. Funciona como centro de arbitraje cuyos tribunales son especializados en disputas del tipo inversionista-Estado.⁷ El CIADI mantiene vínculos muy estrechos con el Banco Mundial, aunque es una organización autónoma. Todos los miembros del CIADI son a la vez miembros del Banco, además de que su Consejo Administrativo es dirigido por el Presidente del Banco Mundial. Este Consejo Administrativo está

⁵ Ibid. TALERO, Pág. 15 y MERINO, Págs. 822 y 879.

⁶ Ibid. TALERO, Pág 17 y MERINO, Pag. 824.

⁷ Shaw, Malcolm N. (2006). *International Law* [Derecho Internacional]. Cambridge University Press. 6th edición Cambridge. 2006, Págs. 944-948. y CIADI.

integrado por un representante de cada país que haya ratificado el Convenio sobre arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre estados y nacionales de otros estados.⁸

Hoy en día, el CIADI es considerado como la principal institución de arbitraje internacional dedicada a la solución de controversias inversionista-Estado, el CIADI tiene un papel importante en el campo de las inversiones internacionales y el desarrollo económico.

El CIADI no media en las discusiones, sino que constituye el marco institucional y de procedimiento para las Comisiones de conciliación independiente y los tribunales arbitrales constituidos en cada caso para resolver la controversia.⁹ En general, los procedimientos del CIADI se llevan a cabo en la sede del Centro en Washington D.C. Sin embargo, las partes podrán acordar sostener su proceso en cualquier otro lugar, con sujeción a ciertas condiciones.

Adicionalmente, el CIADI realiza estudios académicos sobre legislación de arbitraje y elabora publicaciones sobre el arreglo de diferencias respecto de las inversiones extranjeras, su función investigativa se amplía a las necesidades de los estados.

2. La normativa del sistema CIADI

Sin ánimo de elaborar enunciaciones taxativas, el Sistema jurídico que aplican los tribunales CIADI se compone tanto de las fuentes de Derecho Internacional como de fuentes de Derecho Nacional. Pero, hay que tener en cuenta que el Derecho Internacional puede nutrirse de fuentes tales como “*Soft Law*”, otros precedentes de tribunales internacionales y de principios aplicables; entre las fuentes de mayor aplicación encontramos:

- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (“Convenio de Washington de 1965”).
- Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965.
- Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI.
- Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación) del CIADI.
- Reglas de Conciliación del CIADI.

⁸ *Ibíd*, CIADI.

⁹ *Ibíd*, CIADI.

- Reglas de Arbitraje del CIADI.
- Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI (Reglas adicionales de facilitación).
- Los Tratados Bilaterales de Inversión que ha celebrado cada Estado, pueden encontrarse en: <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2323&lang=2>
- Los casos de los tribunales CIADI, que pueden encontrarse en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>
- Las disposiciones normativas de carácter interno de las autoridades de los estados como la Constitución, Leyes, Decretos y Resoluciones. Además, las Providencias Judiciales.
- Los Acuerdos, Contratos estatales, Arreglos, Concesiones, Licencias, Contratos comerciales de gran importancia que haya celebrado el Inversionista con las autoridades del Estado, incluso, aquellos que lo representen o les sean delegadas sus funciones.

3. El acceso al sistema CIADI

Hay varias condiciones esenciales para el acceso al arbitraje en el marco del Convenio del CIADI, lo cual se encuentra brevemente en el artículo 2(1) del Reglamento Institucional del CIADI; tales son:

- a) La disputa debe ser entre un Estado parte del CIADI y un individuo o compañía que califica como un nacional de otro Estado contratante del CIADI. (Competencia *ratione personae*, artículo 25(2) del Convenio de Washington)¹⁰

Por “Estado parte” puede comprenderse tanto el Estado que efectivamente ha ratificado el Convenio de Washington, como aquellas entidades sub-estatales o entidades territoriales que hacen parte del mismo y que el Estado autoriza para ser parte en una disputa ante los tribunales CIADI. La autorización puede darse de dos maneras: a) si el Estado anfitrión designa dicha entidad estatal como capaz de ser parte en el arbitraje CIADI o b) el Estado ha específicamente aprobado el consentimiento que otorga la subdivisión o agencia, o renunció a la aprobación de este derecho, bajo el artículo 25(3)¹¹. Existe pronunciamiento de uno de los tribunales CIADI sobre este punto, en *Cable Televisión c. St.Kitts and Nevis*, en el cual el

¹⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI). En <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

¹¹ REED, Lucy; Paulsson, Jan; Blackaby, Nigel. *Guide to ICSID arbitration* [Guía al Arbitraje CIADI]. Kluwer Law International. La Haya. 2004.

Tribunal aceptó que no podía ejercer jurisdicción al no haber designado o ratificado a *Nevis Island Administration* como capaz para ser parte a esta entidad subestatal.¹²

Respecto a las personas naturales, la clave se encuentra en la ciudadanía del individuo, la cual debe ser de un Estado parte del Convenio; por ejemplo, si un ciudadano francés ha realizado inversiones en los Estados Unidos, pero se ha nacionalizado como estadounidense o si adquiere la ciudadanía dual francesa-estadounidense, perderá el Tribunal CIADI su competencia, aún a pesar de que los Estados Unidos acuerden que dicha persona será francesa para efectos del Acuerdo.¹³

Cuando se trata de personas jurídicas, toda persona jurídica deberá ser nacional de un Estado parte del Convenio CIADI. Por eso, el Convenio adapta a las condiciones modernas este requisito, ya que una persona jurídica, a pesar de no tener la nacionalidad de un Estado parte del Convenio, podrá participar como reclamante ante los Tribunales CIADI si se comprueba que existe “control extranjero” de dicha persona, y quien ejerce dicho control es nacional de un Estado parte del Convenio, podrá acordarse que la persona jurídica, a pesar de haber sido constituida dentro del Estado anfitrión, será tratada como una persona jurídica extranjera para efectos del Convenio. La Jurisprudencia de los Tribunales del CIADI ha aclarado los conceptos de los términos “nacionalidad” y “control extranjero”, basándose en el artículo 25 del Convenio, como en los casos *Amco c. Indonesia*; *SOABI c. Senegal*; *LETSCO c. Liberia*; *Vacuum Salt c. Ghana*; *Autopista c. Venezuela* se ha aceptado, que aunque no exista un reconocimiento explícito de la persona jurídica con control extranjero como extranjera para efectos del CIADI por parte del Estado anfitrión, puede darse implícitamente al aceptar aquel Estado un acuerdo para someter futuras controversias ante el CIADI y en efecto se haya ejercido control extranjero sobre dicha persona jurídica y que este haya sido un control importante, así que puede pactarse: a) el inversionista es un nacional de un Estado parte del Convenio en vez de ser del Estado anfitrión, o b) que a pesar de que el inversionista es nacional del Estado anfitrión, es controlado por nacionales de otro Estado que es parte del Convenio de Washington para propósitos de la competencia de los Tribunales CIADI.¹⁴

¹² Ibid. REED.

¹³ Ibid. REED.

¹⁴ Ibíd, Reed.

- b) La diferencia debe considerarse como una controversia jurídica que surja directamente de una inversión. (Competencia *ratione materiae*).¹⁵
- c) Las partes contendientes deben tener su disposición de intereses por escrito en la presentación de su disputa al arbitraje del CIADI. El arbitraje no opera automáticamente por el solo hecho de que tanto el Estado del cual es nacional el Inversionista y el Estado anfitrión hayan ratificado el Convenio de Washington.¹⁶

El instrumento de disposición de intereses por escrito puede darse en forma de cláusulas arbitrales, acuerdos arbitrales en físico o por medio del intercambio de correo, fax u otros escritos. Sin embargo, no hay todavía pronunciamiento sobre si el correo electrónico puede considerarse como “consentimiento por escrito” para efectos del Convenio de Washington. En el caso concreto, se busca que la formalidad sobre la cual se entiende la disposición de intereses sea válida para ambas partes, sea por medio de certificaciones u opiniones legales que acrediten esto al momento de que tanto el inversionista como el Estado anfitrión llegan a un acuerdo de arreglo de disputas. Por otro lado, los Estados parte pueden restringir cuales controversias pueden someterse ante los Tribunales CIADI, al momento de la ratificación, aceptación o aprobación del Convenio o en cualquier otro momento posterior, sin perjuicio del consentimiento que se ha otorgado para someter una controversia particular ante los Tribunales CIADI, ya que este es irrevocable, una advertencia que señala el artículo 25(4). Por lo que no podría un Estado revocar indirectamente su consentimiento por medio de notificaciones sobre restricción de competencia al CIADI. Las notificaciones solo operan de forma retrospectiva o hacia el futuro.

Asimismo, el consentimiento genera un foro exclusivo para resolver la controversia que se somete ante el Tribunal CIADI, aunque los Estados pueden hacer salvedades respecto a que el inversionista deba primero agotar los recursos internos antes de acudir ante la Jurisdicción del CIADI. Trayendo una clase de competencia residual o subsidiaria al Tribunal CIADI.

El inversionista podrá transferir sus intereses contractuales a un tercero, por lo cual deberá buscar aprobación del Estado anfitrión para la transferencia de estos intereses, aún así, deberá

¹⁵ *Ibíd.* CIADI.

¹⁶ REINISCH, August y MALINTOPPI, Loretta. *Methods of Dispute Resolution [Métodos de Solución de Disputas]*. En: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER Christoph *The Oxford Handbook of International Investment Law [Manual de Derecho Internacional de las Inversiones]*. Oxford University Press. New York. 2008.

el sucesor de los intereses del inversionista satisfacer los requisitos de nacionalidad para tener capacidad para ser parte ante los tribunales CIADI.¹⁷

- d) Los requisitos a) y b) son imperativos, por lo que las partes no pueden modificarlos por acuerdo; siempre un Tribunal arbitral tendrá que analizar su competencia respecto a la persona y la materia.

4. El acceso al arbitraje CIADI por medios no contractuales o indirectos

Existe la posibilidad de iniciar un arbitraje CIADI aún a pesar de no existir un instrumento de disposición de intereses como un contrato, un acuerdo o una concesión en Contratación estatal; siempre que el Estado se manifieste de forma clara, mutua y escrita, es suficiente para establecer un arbitraje CIADI. Puede encontrarse esto en una legislación nacional del Estado, en un BIT¹⁸ o en un Tratado Multilateral de Inversión. Al Inversionista sólo le basta para acceder a la Jurisdicción del Tribunal CIADI el aceptar la oferta que hace el Estado anfitrión, sea en escrito dirigido al Estado en cualquier tiempo o aplicando para un arbitraje en el CIADI.¹⁹

La oferta por medio de legislación nacional generalmente podrá expedir Leyes o Códigos bajo los cuales el inversionista interesado podrá iniciar un arbitraje sea bajo el Convenio de Washington o de las facilidades adicionales (estas últimas de preferencia para un inversionista que no tiene la nacionalidad de un Estado parte del Convenio), o por simple referencia al Convenio o a un BIT mediante el cual se disponga que se efectuará un arbitraje ante un Tribunal CIADI en caso de constituirse una disputa sobre inversiones. Asimismo, bajo esta situación el inversionista notificará a las autoridades estatales la aceptación de la oferta del ordenamiento jurídico nacional, con la advertencia de que la aceptación debe darse lo más pronto posible, ya que la oferta por parte del Estado anfitrión puede modificarse según lo haga su legislación.²⁰

Por otro lado, los Tratados Bilaterales de Inversión o “*BIT*” por sus siglas en inglés, son instrumentos de Derecho internacional vinculantes para los estados que los celebran, con el objetivo de promover la cooperación económica, otorgar protección mutua de las inversiones que realizan los nacionales de ambos estados y mecanismos especializados de solución de disputas en caso de que algún inversionista de los estados celebrantes vea afectadas sus inversiones por actos tipificados dentro del mismo instrumento como proscritos y a qué ámbitos

¹⁷ Ibid. REED.

¹⁸ Bilateral Investment Treaty o Tratado Bilateral de Inversión.

¹⁹ Ibid. REED.

²⁰ Ibid, REED.

de las inversiones se aplicará la protección y los mecanismos de garantía. El primer BIT se celebró entre la República Federal Alemana y la República Islámica del Pakistán en 1959, desde el cual han sido celebrados miles entre los estados del globo hasta la actualidad.

Normalmente un *BIT* comprende: a) el campo de aplicación del *BIT*; b) la definición de inversión que se califica como inversión; c) la ley aplicable; c) las protecciones sustantivas en materia de inversión; d) el acceso al arbitraje o a otras formas de solución de disputas.²¹

Los individuos que se pueden beneficiar de los *BIT* son las personas naturales y las jurídicas, nacionales, sea por remisión a la legislación interna de los estados o por ficciones jurídicas, como el control de un nacional de un Estado parte del *BIT* sobre una persona jurídica del Estado receptor de la inversión, a pesar de ser esta aparentemente nacional del Estado anfitrión de la inversión o de un Estado que no es parte del BIT e incluso si el inversionista no ejerce control sobre la persona jurídica y es una minoría en ésta.²²

A pesar de no existir una definición unívoca sobre qué es “inversión” en los *BIT*, Reed, Paulsson y Blackaby relacionan lo que se puede comprender como tal, al esgrimir:

- a) Propiedad mueble o inmueble.
- b) Acciones, Bonos u otra forma de participación en una compañía o negocio empresarial.
- c) Relaciones contractuales, créditos.
- d) Propiedad intelectual.

Pueden ser inversiones aquellas que se efectúen posteriormente a la ratificación del *BIT* o incluso aquellas ya efectuadas al momento de haberse ratificado el *BIT*.²³ Pueden también otorgarse excepciones en las cuales no se aplicarán las protecciones que otorga el BIT.

Al observarse el auge de los BIT, el arbitraje CIADI fue reconocido en otros tratados, en esta ocasión, Multilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio, como ocurre con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN en el Capítulo 11 y el artículo 26 parte III del Tratado de la Carta Energética. Sin embargo, se observa bastante parecido entre las disposiciones de los Tratados Multilaterales de Inversión, así como las de los BIT.²⁴

²¹ *Ibíd*, REED.

²² *Ibíd*, REED.

²³ *Ibíd*, REED.

²⁴ *Ibíd*, REED.

5. El Mecanismo Complementario como nueva alternativa dentro del CIADI

Para la década de los 70, algunos estudios dentro de la organización como de la doctrina en general habían llegado a la conclusión de que la competencia del CIADI era aún limitada, debido a que únicamente podría tratar casos donde tanto el inversionista fuese nacional de un Estado parte del Convenio de Washington como lo debía ser el Estado receptor de su inversión. En consecuencia, en 1978, se crearon las Reglas Adicionales de Facilitación o comúnmente denominado “Mecanismo Complementario”, con el fin de ampliar las competencias bajo las cuales podrían organizarse los mecanismos de solución de disputas que tenía disponibles el CIADI, debido al problema de que algunas materias, a pesar del consentimiento de las partes, no podían ser conocidas por los tribunales CIADI o sus conciliadores. Así, el artículo 2 de las reglas dispone que:

- a) La Conciliación o Arbitraje de Disputas sobre Inversiones donde una parte es Estado parte del Convenio CIADI o es nacional de un Estado parte del Convenio CIADI.
- b) La Conciliación o Arbitraje de disputas jurídicas que no surge directamente de una inversión en la cual al menos una parte es Estado parte del Convenio CIADI o es nacional de un Estado parte del Convenio CIADI.
- c) Procesos de determinación de hechos entre un Estado y un nacional de otro Estado.

Es necesario que la materia de la cual se trata no sea una transacción comercial ordinaria, lo cual no ha sido un criterio determinante para la competencia sobre estos asuntos, a pesar de la ausencia de su definición.²⁵

Los métodos que se llevan por las reglas adicionales de facilitación o mecanismo complementario, han sido importantes para la resolución de disputas como en las áreas de libre comercio como el TLCAN o Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en la cual hasta hace unos años, solamente los Estados Unidos hacían parte del Convenio de Washington y era necesario resolver por medio de arbitraje algunas disputas relacionadas con el Derecho de Inversiones, del cual trata el anexo 1120 del TLCAN. Pero, si las disputas existían entre Inversionistas canadienses y los Estados Unidos Mejicanos o Inversionistas mejicanos y Canadá, solo quedaba disponible el Arbitraje por las Reglas de la CNUDMI. Además, el mecanismo complementario le ha dado un impulso importante al CIADI como organización especializada en la protección de las inversiones extranjeras; sin embargo, no se encuentra eximida de desventaja, como es el hecho de que las reglas no dan el mismo carácter a las

²⁵ *Ibíd*, REINISCH.

decisiones que se toman bajo dichas reglas que las del Arbitraje y la Conciliación del Convenio de Washington. Por tanto, el CIADI solo procederá para aplicar las reglas de facilitación cuando los estados o el inversionista del Estado parte, hayan ratificado la Convención de New York de 1958 para asegurar su reconocimiento y ejecución. Aún así, el arbitraje que se lleva bajo las reglas adicionales tiene todo el soporte y experticia del CIADI.²⁶

EL PRINCIPIO O ESTÁNDAR DE NO DISCRIMINACIÓN

1. Los TBI y el Principio de No Discriminación

Ya las *conventions d'établissement* habían sido los primeros instrumentos para la adecuada cooperación económica. Posteriormente, los TBI, a pesar de tener una denominación “moderna”, tienen en común con las *conventions* el mismo objetivo: brindar una protección a la inversión. Los Tratados Bilaterales de Inversión regulan aspectos como los mecanismos de garantía en favor del inversionista extranjero, un tratamiento justo y equitativo e igual al de los nacionales, la posibilidad de transferir la inversión y sus rendimientos y la aplicación de una determinada legislación, la solución de controversias por árbitros y tribunales internacionales, de igual forma estos acuerdos de promoción y protección de la inversión se pueden llamar Tratados Bilaterales de Inversión o TBI.

En el caso de los acuerdos que promueven y protegen la inversión extranjera hay antecedentes marcados que permitieron la formación y evolución de los contenidos de lo que hoy se puede llamar la cláusula de nación más favorecida en los Tratados Bilaterales de Inversión, antecedentes que marcaron una diferencia significativa al pasar el tiempo y al evolucionar los modelos económicos, referencias conocidas desde las *conventions d'établissement* o Tratados de Amistad, Comercio y Navegación celebrados sobre todo en el siglo XIX, donde se reglamentaba la situación de las personas naturales o jurídicas, su seguridad y su bienes, el ejercicio de su profesión y actividad, su derecho de propiedad y la manera de arreglar sus diferencias. Estos tratados privilegiaron la aplicación de cláusulas del trato nacional a los extranjeros, desarrollando así el primer antecedente conocido de los TBI.²⁷

El principio que consagra el tratamiento nacional y tratamiento de la nación más favorecida prevé que siempre se aplicará al inversionista y a todas las actividades ligadas a las

²⁶ *Ibíd*, REINISCH.

²⁷ RODRÍGUEZ, Liliana. Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección de la Inversión (APPI). En: *La inversión Extranjera en Colombia: Régimen Jurídico y Análisis Económico*, De Lombaerde, Philippe (Coord). Ediciones Universidad Sergio Arboleda. Bogotá D.C. 1997.

inversiones. Si bien puede existir un trato diferencial entre nacionales y extranjeros, este trato diferencial no implica una violación directa al Principio de No discriminación, ya que un tratamiento discriminatorio no es lo mismo que un trato diferencial.²⁸ En los estudios de la OCDE en 1985, se habían reflejado que algunos países muestran una preferencia por la Cláusula de Nación más Favorecida, el caso de Bélgica y Suecia y otros por la Cláusula de Tratamiento nacional, para los casos de Francia y Alemania, prefiriendo así los países en desarrollo la Cláusula con el ánimo de poder controlar sus economías.²⁹ En definitiva, el Trato nacional es uno de los aspectos que normalmente se plantea en las mesas de negociación de los Tratados de libre comercio, dándose el compromiso de los países negociantes de reconocer a los inversionistas del otro país parte, así como a las inversiones de éstos, un trato no menos favorable que el otorgado a los nacionales del país receptor de la inversión. Dicho trato hace referencia a regulaciones aplicables a aspectos relacionados con su calidad de inversionistas y con su inversión.

El principio de igualdad de la inversión extranjera consiste básicamente en que la inversión doméstica nacional y extranjera reciben igual tratamiento.³⁰ A pesar de esto, el argumento de la igualdad de condiciones de los extranjeros frente a los nacionales de un país no es plenamente reconocido en algunos países latinoamericanos pues se piensa que se incluyen dos principios diferentes que buscan el mismo tratamiento a los nacionales de otros estados, sin que se otorgue un tratamiento especial a los extranjeros. La igualdad de condiciones pretende que los inversionistas participantes en un mismo mercado, se encuentren compitiendo bajo circunstancias y condiciones similares, sin tratos preferentes de ninguna clase.

La seguridad para el inversionista y su inversión es una de las variables que los inversionistas analizan a la hora de tomar una decisión. El concepto de "seguridad" en las negociaciones podría abarcar la seguridad jurídica referente a la aplicación de reglas procedimentales que protejan garantías mínimas reconocidas internacionalmente, como por ejemplo el acceso a la justicia y el respeto al debido proceso. Dentro de los aspectos que abarca el concepto de seguridad para los inversionistas, es también relevante que existan reglas claras en cuanto a

²⁸ CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación. *Revista Estudios Socio-Jurídicos de la Universidad del Rosario*. Universidad del Rosario. Bogotá. 2005.

²⁹ *Ibíd*, RODRÍGUEZ.

³⁰ RUAN PERDOMO, Ana María; MARTÍNEZ ISAZA, María Adelaida y GAITÁN HERRERA, Gabriel. (). Régimen Colombiano. En: DE LOMBAERDE, Philippe (Coord) *La inversión Extranjera en Colombia: Régimen Jurídico y Análisis Económico*. Bogotá D.C: Ediciones Universidad Sergio Arboleda. 1997

las situaciones de hecho que permiten, bajo la ley interna de los países parte, que la propiedad privada sea objeto de expropiación o nacionalización. Derivado de lo anterior se requiere seguridad jurídica y transparencia en cuanto a la aplicación de dichas normas a las inversiones cubiertas por el TLC y en cuanto a los procedimientos e indemnizaciones que se originen en un proceso expropiatorio o de nacionalización. El marco de este compromiso se encuentra delimitado por las situaciones y circunstancias que se deriven de la condición de inversionistas, así como a aquellas aplicables a las inversiones de los inversionistas que sean nacionales de los Estados parte. Así, en un mismo mercado, los nacionales de las partes estarán jugando en igualdad de condiciones incluso frente a inversionistas de terceros países, no siendo posible que sus intereses se vean desconocidos o disminuidos debido a negociaciones que puedan presentarse entre Estados parte del TLC y terceros estados.

Así mismo, en las negociaciones los estados pueden discutir sobre el establecimiento de condiciones que permitan a sus inversionistas disponer y transferir los resultados de sus inversiones, sin que sobre las mismas se impongan procedimientos o cualquier otro tipo de barrera que afecte su derecho como propietarios de la inversión, así como a disponer sobre la misma y sus resultados. En adición a estos principios y reglas, es la transparencia que debe existir entre las partes negociantes del Tratado. En el texto mismo del Tratado se debe insistir en la claridad de los compromisos que las partes asumen, los aspectos de su legislación interna cuyas disposiciones no sufrirán cambio alguno en su aplicación, así como los procedimientos y reglas en general que se verán afectados en un futuro por los compromisos adquiridos.

2. Debate

La Cláusula no ha estado libre de críticas, alguna doctrina trata el Principio demostrando una realidad sobre la Cláusula de la Nación más Favorecida, de hecho promueve una “guerra” entre los productos en libre competencia que producen los estados, llevando a la quiebra de algunos sectores económicos característicos de un Estado parte en los tratados que provienen el principio de nación más favorecida.³¹ Como ejemplo, el TLCAN, uno de los tratados que se encuentra justificado precisamente por el Estándar del Trato de la Nación más Favorecida, solo ha beneficiado a unas cuantas empresas con repercusiones favorables mínimas en otros sectores de la sociedad. Alrededor de 300 empresas, casi todas transnacionales, son las responsables del 70 por ciento de las exportaciones totales. Sin incluir los productos de las

³¹ DE LA PAZ, Gabriela. La guerra del campo. *El Norte-Monterrey*. 2003, 1 de enero. En: <http://busquedas.gruporeforma.com/elnorte/Pages/Buscaimpres.aspx>

maquiladoras, son sólo 17 tipos de productos los que hacen posible el 60 por ciento de dichas exportaciones. Esto plantea un debate sobre si el Principio o el Estándar es más una utopía antes que una contradicción perjudicial.

EL PRINCIPIO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA O NO DISCRIMINACIÓN: LOS CASOS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Para iniciar el Análisis del Principio de la Nación Más Favorecida o No discriminación, la investigación tomó el rumbo de algunos casos CIADI de países americanos, debido a la afinidad de las legislaciones americanas en materia de protección de las inversiones extranjeras. Los casos que habían sido analizados corresponde a:

- *CMS Gas Transmission Company. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/01/8.
- *CMS Gas Transmission Company. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Caso N° ARB/01/8.
- *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/01/12.
- *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Caso N° ARB/01/12.
- *Sempra Energy International. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/02/16.
- *Sempra Energy International. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN), Caso N° ARB/02/16.
- *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (Compagine Générale des Eaux) c. Argentine Republic*, (LAUDO) Case N° ARB/97/3.
- *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (Compagine Générale des Eaux) c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Case N° ARB/97/3.
- *Wintershall c. Argentine Republic*, Caso N° ARB/04/14.
- *ADF Group Inc. c. United States of América*, Case N° ARB/00/1.
- (2003). *Mondev International Ltd. c. United States of América*, Case N° ARB/99/2.
- (2005). *Archer Daniels Midland Company. c. United Mexican States*, Caso N° ARB/99/2.
- (2006). *Fireman's Fund Insurance Company. c. United Mexican States*, Caso N° ARB(AF)/02/1.

- (2002). *Marvin Roy Feldman Karpa. c. United Mexican States*, Caso N° ARB(AF)/99/1.

CONCLUSIONES

- A. El arbitraje internacional es hoy en día el mecanismo de resolución de conflictos o controversias más utilizado en materia de la protección de las inversiones extranjeras, ya que la posibilidad de poder acudir a un procedimiento como el arbitraje internacional se extiende como una garantía de neutralidad, como la protección frente a la posibilidad de una crisis económica del país receptor de la Inversión.
- B. El Sistema de arbitraje sobre conflictos relativos a inversiones extranjeras del CIADI, se desarrolla a partir de presupuestos contemplados en los Tratados Bilaterales de Inversión, siendo este un elemento hermético que priva de toda pretensión de control por vía de un tribunal nacional dentro de cada estado americano, aplicando un Tratado y Normas internacionales jerárquicamente superiores a las vigentes en cada país.
- C. Cualquier inversionista que puede accionar contra un Estado en función de una inversión sobre la que tiene un control efectivo. Las Inversiones pueden comprender: acciones o participación en sociedades, derechos contractuales relacionados con el cumplimiento de las obligaciones mismas de los tratados que contengan tales obligaciones, bienes inmobiliarios o propiedades, tangibles o intangibles adquiridos por previsión o usados con el propósito de beneficio económico u otros negocios, contratos de construcción o concesiones o contratos en que la remuneración depende de la producción, los ingresos o lucro de una empresa.
- D. Para los Tribunales CIADI es irrelevante si la responsabilidad del Estado anfitrión es por las actuaciones u omisiones de las autoridades gubernamentales o las subdivisiones político-administrativas o por las autoridades centrales. No valen las defensas de los Estados sobre si los reclamos que hacen los inversionistas tratan sobre contratos, siempre y cuando estos no sean simples contratos comerciales. Caso contrario es que en el Tratado se haya estipulado que solo se podrá reclamar ante un Tribunal Internacional por las actuaciones violatorias contra el Trato Nacional sobre algunas subdivisiones políticas enlistadas en el Tratado o en sus Anexos, caso en el cual al inversionista no le

queda otro camino sino hacer sus reclamaciones ante las Cortes locales; esto no implica que si la actuación está relacionada con el Gobierno central, éste pueda eximirse de responsabilidad.

- E. El Principio de la Nación más Favorecida exige que se debe tratar a los inversionistas o cualquier Parte y sus inversiones de forma no menos favorable que el trato o que da a sus inversionistas domésticos y sus inversiones, no solo en cuanto el “establecimiento” de las inversiones, sino también respecto a la “adquisición” inversiones adicionales, la “expansión” de la inversión ya establecida, la administración, conducta y operación de las inversiones una vez establecidas o adquiridas y la venta u otra disposición de las inversiones, por ejemplo, la liquidación de activos o la repatriación del producto neto. Puede decirse que los términos de “justo y equitativo”, “plena protección y seguridad” y “Estándar Mínimo de Trato” de las inversiones extranjeras sean comparables con dicho término, pero no se puede igualar al término “seguridad personal del extranjero” que se encuentra en el Caso *Neer*.

- F. La violación del Principio o Estándar del Trato de la Nación Más Favorecida o no Discriminación se efectúa cuando ha existido un trato discriminatorio de *jure* o de *facto*. No existe violación al Estándar de la Nación Más favorecida cuando no se ha demostrado que a alguna persona natural o jurídica, situada en una situación similar a la del inversionista, le sea otorgado un trato más favorable que aquel que tuvo el inversionista, respecto a la disposición y uso de productos. No puede alegarse un discriminatorio en un Proceso Judicial y por ende una violación al Estándar de la Nación más favorecida cuando los errores presuntamente cometidos no se alegaron en el momento que las normas procesales internas tenían destinada tal oportunidad para alegar dicho error.

- G. En cuanto al Trato Justo y equitativo. A pesar de no encontrarse la definición de tal concepto, este concepto es determinado por el Derecho Internacional. El Trato Justo tiene como objetivo fomentar la cooperación y el desarrollo económico, haciendo que esta sea implementada en un marco jurídico y político predecible, sin importar los vaivenes de la economía. Esto implica que el Tribunal pueda determinar si las medidas perjudican al inversionista a la luz de los compromisos legales hechos por el Estado anfitrión bajo la ley doméstica o Internacional. El Trato puede representarse como los derechos de un inversionista, cálculo de la tarifa en una moneda fuerte y convertir esta a moneda local, al

momento de la facturación de servicios públicos. Los Tribunales a veces equiparan el Estándar del Trato Mínimo con el Estándar del Trato Justo y Equitativo al considerar que no existe diferencia entre ellos, al ser ambos idénticos al Derecho Internacional consuetudinario.

- H. Para encontrar que ha existido una violación contra el Estándar de Trato Justo y Equitativo, hay que ir más allá de la consideración de si una conducta es buena o mala; diferentes son aquellas conductas arbitrarias, caprichosas, prejuiciosas inequitativas, injustas, sin debido proceso o idiosincráticas o las conductas marcadas por el favoritismo político, o el favorecer a una industria específica que compite en un mismo mercado con otra o por la nacionalidad. La discriminación *de facto* puede presentarse si es posible comprender que el ente estatal competente para hacer las devoluciones por impuestos de ley concede las peticiones para la devolución a inversionistas nacionales que no cumplen los requisitos y le niega la devolución al inversionista extranjero que tampoco cumple con tales requisitos. En Azurix se encontró que el incumplimiento del Estándar, sin mayores especificaciones sobre qué sentido comprende el término “seguridad” en las obligaciones de Plena Protección y Seguridad en un Tratado constituye la violación de las mismas, sin embargo en CMS parece diferenciarse el Trato Justo y Equitativo del Principio de la Nación más Favorecida.

- I. Para que exista expropiación indirecta o rampante, debe demostrarse un vínculo causal entre la afectación o transferencia de propiedad y la medida en cuestión y el título de propiedad; no es el simple hecho de esperar efectos adversos por una medida del Gobierno. Cuando se habla de expropiación se trata sobre la legitimidad de las medidas que toma el Gobierno del Estado anfitrión o sus subdivisiones políticas, las cuales deben perseguir un fin legítimo de interés público, mantener una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se persigue. No existe un umbral temporal sobre el cual pueda determinarse desde cuando una medida puede configurarse como expropiatoria, pero es distinto cuando son varias las medidas que se han acumulado con el tiempo. Sin embargo, las actitudes de descrédito o sabotaje por sí mismas no constituyen expropiación. Para que exista expropiación debe perderse el dominio efectivo y control sobre la inversión, como en el caso de las medidas de Tasas e Impuestos o medidas impositivas demasiado restrictivas. La expropiación se encuentra relacionada con el Trato Justo y Equitativo cuando se efectúa bajo las condiciones de la

privación de la administración, operación, mantenimiento, uso, disfrute, adquisición, expansión o disposición de las inversiones.

- J. El “estado de necesidad” bajo la Ley doméstica no es una excusa para alterar la esencia de derechos contractuales adquiridos; precisamente, el objetivo de los TBI es la búsqueda de la estabilidad en los periodos de crisis, solo una situación de colapso económico puede justificar su incumplimiento mas no una situación económica severa, la interpretación de tal estado no es autónoma. Los derechos pueden ser ajustados si ha existido enriquecimiento injusto. Puede aplicarse la teoría de la imprevisión si se aplican medidas en términos equitativos. No valen terminaciones unilaterales por el simple cambio de las condiciones contractuales, sino que la alteración del Contrato debe ser solicitada al Juez o Corte competente. El Estado de Necesidad bajo el artículo 25 de los artículos sobre la responsabilidad del Estado sólo permite las medidas cuando sean las únicas procedentes para actuar frente a la crisis en la que se puede encontrar un Estado anfitrión; además, que no sea el mismo Estado quien haya dado su aporte para la conflagración de la crisis, por último, que haya afectado el interés de la comunidad internacional.

- K. Una normativa que discrimina en contra del inversionista extranjero que supuestamente busca ser por sí misma una medida de retaliación o de persuasión para con otro Estado parte de un Tratado, no suficiente. La modificación de una normativa debe tener un fin, lo cual tiene, pero debe ser proporcional al perjuicio sufrido, además de ser idónea para alcanzar dicho fin. Pueden encontrarse tales conductas normativas desproporcionadas en medidas de Tasas e Impuestos.

- L. Sobre las Cláusulas Paraguas, aquellas que se refieren a las medidas que no pueden ser descritas como unas simples cuestiones comerciales, todas se encuentran vinculadas a decisiones por parte del Gobierno. Sin embargo, una violación al contrato no constituye necesariamente violación a un Tratado a menos que simultáneamente viole un derecho u obligación protegida bajo un Tratado que garantice las inversiones. Se puede llegar a la convicción de que existe la violación a una cláusula paraguas cuando se estipularon obligaciones específicas de no alterar la estabilidad de un Contrato sin el consentimiento del inversionista.

M. El principio de No discriminación, como se presenta en los casos de la República Argentina, se encuentra disperso, heterogéneo, con algunas diferencias de posiciones respecto a la identidad del concepto o si dentro de su definición pueden o no incluirse otros elementos como: un marco estable de flujo de inversiones, libre de ambigüedades, mala fe y politización. En *Azurix Corp*, recibe el nombre de “Trato Justo y equitativo” y se encuentra íntimamente vinculado con la Obligación de Plena Protección y Seguridad. En *CMS Gas Transmission Company*, es analizado el principio, a pesar de la confusa negación sobre la existencia de una disposición que contemple tal Estándar, repite el factor de “estabilidad” como un Estándar de protección contra la arbitrariedad y discriminación, la cual equipara a Trato Justo, al aceptar como violatorias de este factor, que el resultado de las medidas en cuestión alteran la esencia de los derechos contractuales adquiridos o ha existido enriquecimiento injusto, asegura que la defensa de “emergencia económica” no es procedente sino en casos extremos, como en el caso de un colapso económico, pero no cuando se encuentra el Estado frente a una crisis severa y puede tomar múltiples medidas para solucionar dicha crisis, como en efecto se hizo al negociar con las industrias y gremios que se encontraban protegidos por la estabilidad contemplada en el TBI. En *Sempra Energy International*, se especifica que el Estándar busca que no se afecten las expectativas básicas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista extranjero para hacer su inversión, sin embargo, separa este Estándar de la Obligación de Seguridad, de la cual se afirma, debe existir alegato expreso, e igual diferencia hace de la Discriminación, respecto a la cual no encuentra que exista cuando había existido un trato diferente entre industrias y gremios diferentes y nunca equiparables, descarta la defensa de “Estado de necesidad” cuando la crisis no ha alcanzado un grado alto de severidad y puede solucionarse por medio de múltiples mecanismos. Además, en *Wintershall* puede entenderse que el Principio del Trato de la Nación Más Favorecida puede aplicarse a la Administración de Justicia. Por último, en *Aguas del Aconquija*, se había entendido que la modificación del orden constitucional, no es excusa del incumplimiento del Estándar.

N. Respecto a Los Estados Unidos de América, el Principio se manifiesta como: en *ADF Group Inc.*, su prueba es de la parte que alega su violación y una de las formas más efectivas de demostrar tal, es probando la diferencia entre los costos en que incurre el inversionista extranjero en el país anfitrión en comparación con los costos en que incurriría normalmente un inversionista local para producir los mismos bienes y como esta

diferencia se manifiesta con los costos de producción del lugar de origen del inversionista extranjero, además, que la aplicación del Estándar o Principio del Trato de la Nación más Favorecida puede tener excepciones, si en los Tratados se consagran, por ejemplo, si tal aplicación no se puede exigir de las actuaciones de algunas autoridades del Estado que se encuentren enlistadas en el Tratado. En el caso *Mondev International Ltd.*, se amplía la definición y alcance de *Wintershall*, al entender que si tal vez el Tribunal CIADI no es un tribunal de apelaciones, si es posible que se efectúe la violación al Estándar por decisiones arbitrarias o sorprendentemente impropias o indignantes, bajo el entendido de que por regla general solo se tendrán en cuenta las alegaciones que ya se hayan efectuado en el Proceso interno, sin que esto implique que, por ejemplo, un alegato sobre la inmunidad de una institución pública o de un funcionario no sea procedente, ya que en todo caso debe tenerse en cuenta que puede hallarse una denegación de justicia. El Principio de Trato de la Nación Más Favorecida se equipara a Trajo Justo y Equitativo, el cual ha sido cristalizado de la Costumbre de Derecho Internacional Consuetudinario en los TBI; puede entenderse en este término o como Plena Protección y Seguridad, pero va más allá de “Seguridad Personal del Extranjero” como ocurrió en *Neer*, ya que este concepto va más allá de aquel y aún un Estado puede actuar de forma injusta e inequitativa sin actuar precisamente de mala fe. En *The Loewen Group* se habla de la falta de reconocimiento de un Derecho de orden internacional a la Apelación, es decir, que el caso pueda ser conocido por el Juez del superior que había conocido del mismo, aún así no puede alegar la falta de apelación cuando la parte tuvo la oportunidad de solicitarla y argumentarla, aunque sus apoderados decidieron no hacerlo, si tal vez la conducta procesal de la contraparte no fue la más adecuada; este es tan solo uno de los factores que incide en la determinación sobre si una decisión judicial es violatoria del Estándar.

- O. En cuanto a México, el Principio se evidencia como: en el caso *Archer Daniels* sobre las medidas impositivas, no basta con que se aplique el cobro de un impuesto a una empresa o todo un gremio empresarial que participa en el mercado y compite con productos sustitutos, cuando precisamente existe legislación que agrava la situación de aquellos productores extranjeros que se dedican a elaborar un producto sustituto contra la favorabilidad que se le da a un producto de otra empresa o gremio empresarial nacional o extranjero; por ejemplo, aplicar un impuesto a los productores de jarabe de maíz, a sabiendas de que estos si no todos son de procedencia extranjera, frente a los

productores nacionales de azúcar, en este caso se evidencia el trato menos favorable que se le otorga a los productores del primer gremio en comparación con aquellos del otro, lo cual atenta contra el Principio o Estándar de Trato Nacional o del Trato de la Nación más Favorecida; es por eso que hay que ir más allá de las apreciaciones simplemente formales, para conocer el mercado y la presencia de empresas nacionales en el mismo para concluir si existen “circunstancias similares” para la aplicación del Estándar de Trato. Pero la violación del Estándar del Trato no precisamente debe tomarse como una razón para alegar expropiación, ya que esta dependerá de la privación o interferencia sustancial del derecho de propiedad que tiene el Inversionista sobre sus inversiones. Sin embargo, como aclara *Fireman’s Fund Insurance*, no puede atribuirse responsabilidad al Estado anfitrión bajo reclamaciones de violación al Estándar de trato porque una inversión en el sector financiero no dio resultados, ya que cada inversionista debe conocer a qué riesgo se somete cuando invierte en estas operaciones, caso en el cual el Inversionista podía saber razonablemente que la institución financiera donde invirtió podría quedar ilíquida. Sin embargo, con alguna diferencia respecto a la admisibilidad de las reclamaciones, al considerarse que no es necesario agotar recursos internos si el trato otorgado va en contra del Derecho Internacional si en el Tratado no dispone que deban agotarse, como en *Marvin Roy Feldman Karpa*, es posible que no exista violación al Estándar por razones de Derecho o *De Jure*, puesto que se otorga competencia a una entidad estatal para efectuar descuentos en materia de impuestos, siempre que se cumplan los requisitos de Ley, por lo cual formalmente hay igualdad entre inversionistas extranjeros y nacionales, pero, puede presentarse discriminación *de Facto*, de la autoridad competente para hacer las devoluciones de Ley son concedidas a inversionistas nacionales y deniega estas devoluciones al inversionista extranjero en las “mismas circunstancias”, es decir, si tanto el inversionista nacional como el extranjero no cumplen con los requisitos de Ley, más aún, cuando se dan tratos favorables al inversionista nacional (como en los plazos de contestación de las peticiones), y se busca intimidar al inversionista extranjero, por ejemplo, con el inicio de procesos de auditoría precisamente cuando el inversionista extranjero acude ante el CIADI, cuando tales no se habían iniciado contra otros inversionistas en el mismo periodo “en las mismas circunstancias”; es en estos casos cuando el Estado anfitrión deben probar en contra de la presunción de “trato menos favorable” que ha probado el inversionista extranjero.

BIBLIOGRAFÍA

DE LA PAZ, Gabriela. La guerra del campo. El Norte-Monterrey. 2003, 1 de enero. En: <http://busquedas.gruporeforma.com/elnorte/Pages/Buscaimpresa.aspx>

MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; Schreuer Christoph The Oxford Handbook of International Investment Law [Manual de Derecho Internacional de las Inversiones]: Oxford University Press. Nueva York. 2008. Págs. 692 a 720.

REED, Lucy; PAULSSON, Jan; BLACKABY, Nigel. Guide to ICSID arbitration [Guía al Arbitraje CIADI]. Kluwer Law International. La Haya. 2004. Págs. 1 a 110.

RUÁN PERDOMO, Ana María; MARTÍNEZ ISAZA, María Adelaida y GAITÁN HERRERA, Gabriel. (). Régimen Colombiano. En: DE LOMBAERDE, Philippe (Coord) La inversión Extranjera en Colombia: .Régimen Jurídico y Análisis Económico. Bogotá D.C: Ediciones Universidad Sergio Arboleda. 1997. Págs 159 a 170

SHAW, Malcolm N. (2006). International Law [Derecho Internacional].Cambridge University Press. 6th edición Cambridge. 2006, Págs. 944 a 948.

TALERO RUEDA, Santiago. Arbitraje Comercial Internacional: Instituciones Básicas y Derecho Aplicable.Temis/Universidad de los Andes. Bogotá D.C. 2008. 12 a 368.

CIADI. Laudos Arbitrales:

CMS GAS TRANSMISSION COMPANY. C. ARGENTINE REPUBLIC, (LAUDO) Caso N° ARB/01/8, Presidente: ORREGO VICUÑA, Francisco. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Laudo de 2005.

CMS GAS TRANSMISSION COMPANY. C. ARGENTINE REPUBLIC, (ANULACIÓN) Caso N° ARB/01/8, Presidente: GUILLAUME, Gilbert. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Laudo de 2005.

(2005). *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/01/12, Presidente: RIGO SUREDA, Andrés. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2005). *Azurix Corp. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Caso N° ARB/01/12, Presidente: GRIFFITH, Gavan. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2007). *Sempra Energy International. c. Argentine Republic*, (LAUDO) Caso N° ARB/02/16, Presidente: ORREGO VICUÑA, Francisco. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2007). *Sempra Energy International. c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN), Caso N° ARB/02/16, Presidente: SÖDERLUND, Christer. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2000). *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (Compagine Générale des Eaux) c. Argentine Republic*, (LAUDO) Case N° ARB/97/3, Presidente: REZEK, Francisco. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2000). *Aguas del Aconquija y Vivendi Universal (Compagine Générale des Eaux) c. Argentine Republic*, (ANULACIÓN) Case N° ARB/97/3, Presidente: FORTIER, L. Yves. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2008). *Wintershall c. Argentine Republic*, Case N° ARB/04/14, Presidente: NARIMAN, Fali. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

ADF GROUP INC. C. UNITED STATES OF AMÉRICA, Caso N° ARB/00/1, Presidente: FELICIANO, Florentino P. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011. Laudo de 2003.

(2003). *Mondev International Ltd. c. United States of América*, Case N° ARB/99/2, Presidente: STEPHEN, Ninian. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2005). *Archer Daniels Midland Company. c. United Mexican States*, Caso N° ARB/99/2, Presidente: CREMADES, Bernardo M. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 5 de mayo de 2011.

(2006). *Fireman's Fund Insurance Company. c. United Mexican States*, Caso N° ARB(AF)/02/1, Presidente: VAN DEN BERG, Albert Jan. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 6 de mayo de 2011.

(2002). *Marvin Roy Feldman Karpa. c. United Mexican States*, Caso N° ARB(AF)/99/1, Presidente: KERAMEUS, Konstantinos D. Disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcluded>. Último acceso el 6 de mayo de 2011.