

LAUDO EN CASO CIADI NO. ARB/07/23, RAILROAD DEVELOPMENT CORPORATION (RDC) C. GUATEMALA

*Sebastián López Escarcena*¹

Resumen

Railroad Development Corporation con Guatemala es la primera disputa de inversión fallada en el fondo conforme al mecanismo de solución de controversias del Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y la República Dominicana. Es un caso interesante en los hechos, como la mayoría de los arbitrajes internacionales de inversión, pero su laudo no innova mayormente en la interpretación y aplicación del derecho respecto de lo ya planteado por otros paneles arbitrales en controversias de esta naturaleza. El presente comentario resume los hechos del caso y lo pedido por las partes litigantes, y estudia la aplicación del derecho internacional de la inversión por el tribunal, particularmente el razonamiento seguido por este en la interpretación de los artículos correspondientes a la protección contra la expropiación y al trato mínimo internacional del tratado respectivo.

Introducción

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica,² Estados Unidos y la República Dominicana (CAFTA-DR, en su sigla en inglés) fue celebrado el 2004 y entró en vigencia dos años más tarde.³ Siguiendo al Tratado de Libre Comercio entre Canadá, EE.UU. y México (TLCAN o NAFTA, por su sigla en inglés),⁴

¹ Profesor de Derecho Internacional e investigador de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor visitante (*visiting fellow*), Universidad Cornell, EE.UU. PhD (Edinburgo), LL.M (Leiden), Abogado y Licenciado en Derecho (Católica de Chile). Correo electrónico: rlopeze@uc.cl

² Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

³ Disponible en castellano en http://sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR/CAFTADRin_s.asp (última visita, 15 de abril de 2013). Panamá celebró el 2007 un tratado de libre comercio bilateral propio con EE.UU., que aún no ha entrado en vigor.

⁴ Disponible en castellano en <http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=343> (última visita, 15 de abril de 2013).

el CAFTA-DR tiene un capítulo destinado a la promoción y protección de las inversiones extranjeras, el cual recoge muchas de las disposiciones del NAFTA, así como de los capítulos de inversión de otros tratados de libre comercio (TLC) celebrados por EE.UU.⁵ Una de las características principales de estos TLC es que permiten al inversionista extranjero, nacional de una de las partes del acuerdo internacional respectivo, buscar el arreglo de un conflicto con el Estado anfitrión, también parte del tratado en cuestión, mediante un mecanismo de solución de controversias que contempla el arbitraje internacional como una de las alternativas posibles. *Railroad Development Corporation (RDC) c. Guatemala* es el primer caso entre un inversionista extranjero y un Estado anfitrión resuelto por un laudo, en virtud del procedimiento arbitral contemplado en el Capítulo 10 del CAFTA-DR, que agrupa sus disposiciones de inversión. ¿Reconoce este laudo los principios jurídicos identificados y desarrollados en otros arbitrajes internacionales, en el contexto de controversias inversionista-Estado derivadas de tratados bilaterales de inversión (TBI) o capítulos de inversión de otros TLC?

El comentario que sigue sintetiza los hechos en los que se basó la controversia entre RDC y Guatemala, así como lo solicitado al panel arbitral correspondiente por las partes en litigio y lo fallado al respecto en el laudo, centrándose en la interpretación del tribunal del derecho aplicable a los alegaciones sobre violaciones a la protección contra la expropiación y al trato mínimo internacional que ofrece el CAFTA-DR.

1. El laudo

RDC es una empresa privada estadounidense dedicada a los ferrocarriles, que controla la Compañía Desarrolladora Ferroviaria S.A., empresa privada guatemalteca que funciona como Ferrovías Guatemala (FVG). En 1997, la República de Guatemala llamó a una licitación pública internacional para instalar, reinstalar y utilizar infraestructura ferroviaria y otros bienes anexos, a fin de proveer un servicio de trenes dentro de su territorio. RDC se presentó a esa licitación y se la adjudicó a través de dos contratos de usufructo celebrados con Ferrocarriles de Guatemala (FEGUA), empresa estatal que operó el sistema ferroviario de ese país hasta que fuera clausurado en 1996. RDC se

⁵ Por ejemplo, TLC Chile-EE.UU. y EE.UU.-Singapur de 2003; TLC Australia-EE.UU. y EE.UU.-Marruecos de 2004; TLC Omán-EE.UU. de 2006; y TLC Corea del Sur-EE.UU. de 2007. Los TLC celebrados por EE.UU. están disponibles en inglés en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements> (última visita, 15 de abril de 2013).

comprometió a volver a hacer funcionar dicho sistema, contra el pago de los montos correspondientes acordados. El Congreso de Guatemala aprobó estos contratos, cuyo decreto respectivo fue publicado en el diario oficial del Estado centroamericano. En 1999, FVG y FEGUA celebraron un nuevo contrato de usufructo relativo al mismo negocio, el cual nunca fue aprobado por el Congreso de Guatemala. Cuatro años más tarde, un cuarto contrato fue celebrado entre FVG y FEGUA, y modificado por las partes meses después.⁶

En cumplimiento de los acuerdos señalados, FVG reinstaló durante 1999 el servicio de trenes entre Ciudad de Guatemala y otras tres ciudades ubicadas en dirección al Mar Caribe. En los años siguientes, el tonelaje transportado aumentó gradualmente, hasta que FVG y FEGUA tuvieron un primer desacuerdo de importancia el 2005. Ese año, FVG inició dos arbitrajes domésticos contra FEGUA por incumplimiento de contrato, en los que la primera alegó que la segunda no había desalojado a las personas que habían ocupado de hecho los terrenos por donde debían pasar las nuevas vías, ni hecho los pagos contractualmente previstos. FVG alegó, asimismo, que unos días antes de que se presentaran las demandas arbitrales, FEGUA le solicitó al Procurador General de la Nación que investigara las circunstancias en las que se concluyó el cuarto contrato antes mencionado. El Procurador General emitió su dictamen un mes después que FVG hubiere presentado sus demandas, señalando que dicho contrato debía ser declarado nulo por ser lesivo para los intereses nacionales, según la legislación interna de la República de Guatemala.⁷

En diversas oportunidades, tanto antes como después de presentar tales demandas arbitrales, RDC y FVG intentaron llegar a un acuerdo con Guatemala para lo cual, incluso, se reunieron con su Presidente de la República, quien estableció una comisión para estudiar el asunto en la que estaba representada FEGUA. La comisión se reunió hasta que el Presidente declaró lesivo para los intereses del Estado el contrato celebrado con FVG, a través de un acuerdo gubernativo publicado el 2006 en el diario oficial de Guatemala. Esta declaratoria presidencial de lesividad se basó en el dictamen del Procurador General de la Nación y permitió a Guatemala iniciar un proceso contencioso administrativo sobre nulidad del contrato en cuestión. Un año después de

6 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR (Rigo, Eizenstat y Crawford): *Railroad Development Corporation c. Guatemala*, caso CIADI No. ARB/07/23, laudo de fecha 29 de junio de 2012, párrs. 1 y 30-33. Las decisiones judiciales de tribunales internacionales en arbitrajes de inversión están disponibles en <http://www.italaw.com/> (última visita, 15 de abril de 2013).

7 Ver *ibíd.*, párr. 34-36.

dicho acuerdo gubernativo, RDC presentó una solicitud de arbitraje en contra de la República de Guatemala ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), a nombre suyo y de FVG, en virtud del Capítulo 10 del CAFTA-DR.⁸ Tanto en el memorial de demanda como en la réplica, RDC alegó que con la declaratoria presidencial de lesividad Guatemala no solo habría afectado gravemente sus intereses sino que habría violado dicho tratado, al incumplir las obligaciones internacionales de protección contra expropiación, de trato nacional, de trato mínimo internacional, y de protección y seguridad plenas que este contempla. En el memorial de contestación y en la réplica, en tanto, Guatemala solicitó que se rechace la acción ejercida por RDC por carecer de todo fundamento.

Después de confirmar su jurisdicción, el panel arbitral integrado por Andrés Rigo Sureda, Stuart Eizenstat y James Crawford resolvió, en su laudo del 29 de junio de 2012, que Guatemala había violado el trato mínimo internacional establecido en el Artículo 10.5 del CAFTA-DR, por lo cual debía pagar a RDC una indemnización superior a los US\$ 10 millones.⁹ El tribunal, sin embargo, rechazó las alegaciones de incumplimiento de las disposiciones relativas a la protección contra la expropiación, al trato nacional, y a la protección y seguridad plenas (PSP), las dos últimas sin mayores explicaciones.¹⁰

2. La expropiación indirecta

En el presente laudo, los aspectos que guiaron al tribunal en su interpretación del Artículo 10.7 del CAFTA-DR, relativo a la protección contra la expropiación, fueron cuatro: (a) el carácter de la acción gubernamental; (b) el propósito de la medida estatal; (c) las expectativas de inversión; y (d) el impacto económico de la conducta de Guatemala. No obstante, dicha disposición del CAFTA-DR, siguiendo al Artículo 1110 del NAFTA, simplemente indica que:

1. Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización [...], salvo que sea:
 - (a) por causa de un propósito público;

⁸ Ver *ibíd.*, párrs. 1 y 37. Ver también, en general, Onwuamaegbu, Ucheora, “Using Treaties to Define Rules of Procedure in Investor-State Arbitration: The CAFTA Example”, en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 23/1, (Oxford University Press) 2008, p. 36.

⁹ Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, *op. cit.*, párrs. 1-29 y 283.

¹⁰ Ver *ibíd.*, párrs. 153-155 y 237-238.

- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización de conformidad con los párrafos 2 al 4; y
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.

Nada dice esta disposición respecto al carácter de la acción gubernamental, el propósito de la medida estatal, las expectativas de inversión o el impacto económico de la conducta del Estado anfitrión. Donde sí aparecen estos elementos es en el Anexo 10-C, que debe necesariamente leerse a continuación del Artículo 10.7 ya transcrito. Este anexo declara que:

Las Partes confirman su común entendimiento que:

1. El Artículo 10.7.1 intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación.
2. Un acto o una serie de actos de una Parte no pueden constituir una expropiación a menos que interfiera con un derecho de propiedad tangible o intangible o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.
3. El Artículo 10.7.1 aborda dos situaciones. La primera es la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
4. La segunda situación abordada por el Artículo 10.7.1 es la expropiación indirecta, en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.
 - (a) La determinación de si un acto o una serie de actos de una Parte, en una situación de hecho específica, constituye o no una expropiación indirecta, requiere de una investigación factual, caso por caso, que considere entre otros factores:
 - (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido;
 - (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y

(iii) el carácter de la acción gubernamental.

(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.

El Anexo 10-C responde a las instrucciones de la Ley de Promoción del Comercio del 2002,¹¹ cuya Sección 2102 (b) (3) estableció como uno de los objetivos de negociación de EE.UU. asegurar que a los inversionistas extranjeros no se les otorgue en ese país más derechos que los otorgados por la legislación interna estadounidense a los inversionistas locales. ¿La razón? Según esta ley, que EE.UU. ofrece un alto nivel de protección para la inversión, equivalente o mayor al requerido por el derecho internacional.¹² Dicha ley fue una reacción a las primeras demandas arbitrales internacionales presentadas por inversionistas extranjeros en contra de los Estados partes del NAFTA, cuestionando el ejercicio de su poder regulatorio en virtud del mecanismo de solución de controversias del Capítulo 11 de dicho tratado.¹³ Con posterioridad a 2002, EE.UU. modificó sus modelos de TBI y los capítulos de inversión de sus TLC para cumplir con lo exigido por la Ley de Promoción del Comercio.¹⁴ Esto llevó a que los tratados de inversión de ese país incluyan la aproximación de Penn Central al problema de las expropiaciones regulatorias, desarrollada a propósito de la interpretación y aplicación de las Enmiendas Quinta y Vigésimocuarta de la Constitución de EE.UU.¹⁵

De acuerdo al derecho estadounidense, la ocupación física permanente de la propiedad o la destrucción de un 100% de su valor como resultado de una

11 *Trade Promotion Act*, en inglés. Disponible en http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/TPAA_2002.pdf (última visita, 15 de abril de 2013).

12 Ver *ibíd.*, Sec. 2102 (b) (3).

13 Ver, por ejemplo, Tribunal arbitral NAFTA (Böckstiegel, Brower y Lalonde): *Ethyl Corporation c. Canadá*, arbitraje conforme a reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, por su sigla en inglés), Laudo de jurisdicción de fecha 24 de junio de 1998.

14 Por ejemplo, TBI entre EE.UU. y Uruguay de 2004; y TBI entre EE.UU. y Ruanda de 2008. Ambos TBI de EE.UU. están disponibles en inglés en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties/bit-documents> (última visita, 15 de abril de 2013). Ver también nota 5.

15 Ver Corte Suprema de EE.UU., *Penn Central Transportation Co. c. New York City*, Sentencia de fecha 26 de junio de 1978. El concepto de expropiación regulatoria proviene de *Pennsylvania Coal Co. c. Mahon*, Sentencia de fecha 11 de diciembre de 1922. Ver también Shenkman, Ethan, "Could Principles of Fifth Amendment Takings Jurisprudence be Helpful in Analyzing Regulatory Expropriation Claims under International Law?", en *New York University Environmental Law Journal*, 11/1, (New York University School of Law) 2003, p. 174.

regulación, requieren indemnización.¹⁶ Fuera de estas situaciones, una investigación *ad hoc* es necesaria para determinar si una medida regulatoria constituye expropiación. Los tres factores que deben guiar esta investigación, articulados en Penn Central, son (a) el impacto de la regulación en el demandante; (b) la extensión de su interferencia con expectativas específicas de inversión; (c) y el carácter de la acción gubernamental.¹⁷ Justamente son los mismos elementos que aparecen mencionados en el Anexo 10-C del CAFTA-DR, y en virtud de los cuales el tribunal analizó el reclamo de expropiación indirecta en RDC.¹⁸ Sin perjuicio de los sucesivos párrafos que el laudo dedica al estudio de este tema en relación a los hechos del caso, es poco lo que contribuye RDC al desarrollo jurisprudencial del derecho internacional; a través de lo que se ha denominado en doctrina como un sistema de precedente blando o *de facto* y que el laudo recoge implícitamente.¹⁹ Al respecto, el tribunal reconoce la importancia del efecto de la medida estatal correspondiente en la propiedad del inversionista afectado por ella. Siguiendo la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia internacional en disputas de inversión, RDC señala que para que haya una expropiación indirecta se requiere la privación sustancial del uso y los beneficios de la inversión.²⁰ En apoyo de esta postura, el panel menciona

16 Ver Corte Suprema de EE.UU., Loretto c. Teleprompter Manhattan CATV Corp., Sentencia de fecha 30 de junio de 1982; y Corte Suprema de EE.UU., Lucas c. South Carolina Coastal Council, Sentencia de fecha 29 de junio de 1992. Ver también Been, Vicki y Beauvais, Joel, “The Global Fifth Amendment: NAFTA’s Investment Protection and the Misguided Quest for an International ‘Regulatory Takings’ Doctrine”, en *New York University Law Review*, 78, (NYU Law Review) 2003, 30, pp. 61-62.

17 Ver González de Cossío, Francisco, *Arbitraje de inversión*, (Editorial Porrúa) 2009, pp. 214-215. Cabe señalar que rara vez la jurisprudencia estadounidense concluye que una regulación destruye el 100% del valor de la propiedad, o que se presentan los factores de Penn Central. Ver Alexander, Gregory, *The Global Debate over Constitutional Property: Lessons from American Takings Jurisprudence*, (University of Chicago Press) 2006, p. 206; y Montt, Santiago, *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, (Hart Publishing) 2009, p. 219.

18 Sobre la expropiación indirecta en el derecho internacional de la inversión, ver, en general, Robert-Cuendet, Sabrina, *Droits de l’investisseur étranger et protection de l’environnement: Contribution à l’analyse de l’expropriation indirecte*. (Martinus Nijhoff Publishers) 2010; y Nikièma, Suzy, *L’expropriation indirecte en droit international des investissements*, (Presses Universitaires de France) 2012.

19 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, op. cit., párr. 217. Ver también Commission, Jeffrey, “Precedent in Investment Treaty Arbitration. A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence”, en *Journal of International Arbitration*, 24/2, (Kluwer Law International) 2007, p. 129; Schreuer, Christoph y Weiniger, Matthew, “A Doctrine of Precedent?”, en *The Oxford Handbook of International Investment*, (Oxford University Press) 2008. Ver, en general, las presentaciones de Judith Gill, Lucy Reed, Zachary Douglas y J. Romesh Weeramantry en la Conferencia sobre Arbitraje Internacional, realizada en la Corte Suprema de Singapur el 20 de enero de 2010, disponibles en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 25/1, (Oxford University Press) 2010.

20 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, CIADI No. ARB/07/23, op. cit. Párr. 151. Ver también Newcombe, Andrew y Paradell, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, (Kluwer Law International) 2009, en pp. 344-345.

arbitrajes del NAFTA, como Pope & Talbot, Metalclad y Fireman's Fund,²¹ así como arbitrajes de TBI, como TECMED, CMS y Telenor²².

En lo sustantivo, no es mucho lo que agrega el laudo al derecho internacional de la expropiación. En cuanto a la controversia misma, el tribunal resolvió que la declaratoria de lesividad del Presidente de la República de Guatemala no constituyó una expropiación indirecta, al no tener por efecto privar al demandante de su inversión. Como indica el laudo, los contratos con RDC y FVG se mantuvieron vigentes, el demandante continuó en posesión de la infraestructura ferroviaria y otros bienes anexos, y siguió recibiendo los pagos asociados a los contratos con RDC.²³

3. El trato mínimo internacional

Al igual que el Artículo 10.7 del CAFTA-DR, su Artículo 10.5 se inspira en una disposición del NAFTA: el Artículo 1105. Y como en el caso de la protección contra la expropiación, la disposición sobre trato mínimo internacional del CAFTA-DR recoge las modificaciones introducidas por EE.UU. a los TLC celebrados con posterioridad a la Ley de Promoción del Comercio y a las primeras demandas arbitrales dirigidas en contra de los estados parte del NAFTA conforme a su Capítulo 11. Es por eso que en el Artículo 10.5 del CAFTA-DR no solo se mezclan protecciones convencionales, como el trato justo y equitativo (TJE) y la PSP,²⁴ sino que se explica la relación de estas con el derecho internacional consuetudinario, en los siguientes términos:

21 Ver Tribunal arbitral NAFTA (Derbaird, Greenberg y Belman): Pope & Talbot. Inc. c. Canadá, arbitraje conforme a reglas UNCITRAL, Laudo parcial de fecha 26 de junio de 2000; Tribunal arbitral NAFTA (Lauterpacht, Civiletti y Siqueiros): Metalclad Corporation c. México, caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo de fecha 30 de agosto de 2000; y Tribunal arbitral NAFTA (Loewenfeld, Saavedra y van der Berg): Fireman's Fund Insurance Company c. México, caso CIADI No. ARB(AF)/02/1, Laudo de fecha 17 de julio de 2006.

22 Ver Tribunal arbitral TBI España-México (Grigera, Fernández Rozas y Bernal): Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. México, caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo de fecha 29 de mayo de 2003; Tribunal arbitral TBI Argentina-EE.UU. (Orrego, Lalonde y Rezek): CMS Gas Transmission Company c. Argentina, caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo de fecha 12 de mayo de 2005; y Tribunal arbitral TBI Hungría-Noruega (Goode, Allard y Marriott): Telenor Mobile Communications A.S. c. Hungría, caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo de fecha 13 de septiembre de 2006.

23 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, op. cit., párr. 152.

24 Sobre el TJE, ver, en general, Tudor, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, (Oxford University Press) 2008; y Kläger, Roland, "Fair and Equitable Treatment", en *International Investment Law*, (Cambridge University Press) 2011. Para las otras protecciones de los tratados de inversión, ver, en general, Newcombe y Paradell, op. cit.; Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press) 2010; y Dolzer, Rudolf y Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, (Oxford University Press) 2012.

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

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

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

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

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

Como respecto de la disposición sobre protección contra la expropiación del CAFTA-DR, su Artículo 10.5 debe ser leído junto a un anexo, el 10-B, que señala:

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario” referido de manera general y específica en los Artículos 10.5, 10.6, y el Anexo 10-C resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros.

En RDC, tres Estados del CAFTA-DR, que no eran parte de la controversia, hicieron presentaciones que fueron recibidas por el tribunal y comunicadas a los litigantes.²⁵ EE.UU. señaló que el Artículo 10.5 del CAFTA-DR expresa

²⁵ Ver Art. 10.20.3 del CAFTA-DR. Sobre los *amicus curiae* en disputas internacionales, ver, en general, los artículos de Brigitte Stern, Eloise Obadia y Florian Grisel y Jorge Vinuales, disponibles en *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 22/2, (Oxford University Press) 2007.

la intención de las partes del tratado de incorporar el trato mínimo requerido por el derecho internacional consuetudinario como el estándar aplicable, guiando así la interpretación de dicha disposición.²⁶ El Salvador agregó que la jurisprudencia de otros tribunales internacionales en disputas de inversión solo es relevante para interpretar el TJE incluido en el CAFTA-DR, en la medida que se refieran a este como parte del derecho internacional consuetudinario, y no como un estándar autónomo.²⁷ Finalmente, Honduras coincidió sustancialmente con las apreciaciones ya hechas por EE.UU. y El Salvador.²⁸

En su análisis del trato mínimo internacional, el panel arbitral no solo citó el Artículo 10.5 y el Anexo 10-B, sino que los relacionó con el preámbulo y el Artículo 1.2 del CAFTA-DR, destacando la orientación del tratado hacia la transparencia y previsibilidad que debe haber en el trato dado al inversionista extranjero por el Estado anfitrión.²⁹ El tribunal comenzó refiriéndose a Neer, un caso resuelto en 1926 por la Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones,³⁰ cuya decisión contempla una conocida declaración:

[...] el trato de un extranjero, para que constituya un incumplimiento internacional, debe equivaler a un atropello, a mala fe, a una inobservancia deliberada del deber, o a una insuficiencia de acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que un hombre razonable e imparcial puede fácilmente reconocer su insuficiencia.³¹

En la jurisprudencia y doctrina internacional se ha entendido, generalmente, que esta descripción se refiere al trato mínimo internacional aplicable a todo tipo de conductas estatales. Sin embargo, dicha declaración fue efectuada para un caso de denegación de justicia por el poder judicial, y solo sería aplicable a una situación similar. En todos los otros casos, en particular respecto de aquéllos referidos a la responsabilidad del Estado por los actos del poder ejecutivo, los elementos de Neer serían circunstancias agravantes, pero no nece-

²⁶ Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, op. cit., párr. 207.

²⁷ Ver *ibíd.*, párrs. 208-210.

²⁸ Ver *ibíd.*, párr. 211.

²⁹ Ver *ibíd.*, párrs. 212-215.

³⁰ Ver *ibíd.*, párrs. 216-217.

³¹ Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones: L. F. H. Neer y Pauline Neer (EE. UU.) c. México, Decisión de fecha 15 de octubre de 1926, párr. 4. Disponible en *Reports of International Arbitral Awards*, 4, (Organización de las Naciones Unidas) 1926, p. 60.

sariamente constituirían el hecho internacionalmente ilícito.³² Es preferible, por tanto, recurrir a la descripción efectuada el mismo año por la Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones en Roberts, que habla de un trato “conforme a los estándares normales de civilización”.³³ La mayoría de los casos del derecho internacional de la inversión se vinculan con actos administrativos o legislativos en los cuales la fórmula Neer sería inaplicable.³⁴

RDC optó por seguir a ADF en esto,³⁵ aceptando el carácter evolutivo del derecho internacional consuetudinario reconocido en Mondev,³⁶ que citó la Nota de Interpretación emitida el 2001 por la Comisión de Libre Comercio del NAFTA (CLC), un órgano compuesto por representantes de las tres partes del tratado y facultado para adoptar declaraciones vinculantes relativas a este.³⁷ En dicha nota, la CLC declaró que el Art. 1105 del NAFTA establece el estándar de trato mínimo a extranjeros que contempla el derecho internacional consuetudinario, y que el TJE de esa disposición no exige un estándar que supere o vaya más allá del exigido por el derecho internacional.³⁸ Mondev y decisiones posteriores en arbitrajes de inversión del NAFTA han aceptado la interpretación de la CLC sin mayor resistencia, reconociendo al mismo tiempo la naturaleza dinámica del estándar internacional.³⁹ En relación al contenido actual del trato mínimo internacional, RDC adoptó expresamente la posición de

32 Ver Paulsson, Jan y Petrochilos, Georgios, “Neer-ly Mised?”, en *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 22/2, (Oxford University Press) 2007, pp. 242-245 y 247. Paul Neer era el administrador de una mina en el noroeste de México. En 1924, fue asesinado por un grupo de hombres armados. La investigación judicial interna que siguió no fue suficientemente “vigorosa y efectiva”, como reconoció más tarde el gobierno de ese país. No obstante, al aplicar el estándar antes descrito, la Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones concluyó que el poder judicial mexicano no había violado el derecho internacional. Ver *ibíd.*, pp. 243-244.

33 Comisión General Estadounidense-Mexicana de Reclamaciones: Harry Roberts (EE.UU.) c. México, Decisión de fecha 2 de noviembre de 1926, párr. 15. Disponible en *Reports of International Arbitral Awards*, 4, (Organización de las Naciones Unidas) 1926, p. 77. Ver Paulsson y Petrochilos, *op. cit.*, pp. 245-247 y 253-257. Roberts se relaciona al maltrato en prisión de un nacional de EE.UU. en México. Ver *ibíd.*, p. 246.

34 Ver *ibíd.*, p. 257.

35 Ver Tribunal arbitral NAFTA (Feliciano, de Mestral y Lamm): ADF Group Inc. c. EE.UU., caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo de fecha 9 de enero de 2003, párr. 179.

36 Ver Tribunal arbitral NAFTA (Stephen, Crawford y Schwebel): Mondev International Ltd. c. EE.UU., caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo de fecha 11 de octubre de 2002, párr. 125.

37 Ver Tribunal arbitral CAFTA-DR, caso CIADI No. ARB/07/23, *op. cit.*, párr. 218.

38 Disponible en inglés en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=eng> (última visita, 15 de abril de 2013).

39 Ver, por ejemplo, Schreuer, Christoph, “Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice”, en *Journal of World Investment & Trade*, 6/3, (Brill Publishers) 2005, p. 363.

Waste Management 2,⁴⁰ similar a la elegida por la Corte Internacional de Justicia en ELSI,⁴¹ que sigue a su vez a Neer: el estándar se infringe por conducta estatal arbitraria, gravemente injusta, discriminatoria o que conlleve una falta tal del debido proceso que su resultado ofenda a la justicia procedimental.⁴²

En la aplicación concreta de dicho estándar de trato mínimo internacional a los hechos del caso, el tribunal se centró en la inexistencia de bilateralidad de la audiencia y la excesiva discrecionalidad en el ejercicio del procedimiento que permitió al Presidente de la República de Guatemala declarar lesivo el contrato con el inversionista extranjero, por ser contrario a los intereses nacionales.⁴³ Para el panel arbitral, el Estado anfitrión actuó de manera contradictoria e incoherente hacia el inversionista extranjero. Su conducta fue, en las palabras de Waste Management 2 que el tribunal cita, “arbitraria y gravemente injusta”.⁴⁴ Por este motivo, el laudo condenó a Guatemala al pago de una indemnización reparatoria del daño provocado a RDC.⁴⁵

Conclusión

La importancia de RDC es más bien anecdótica. Obviamente, para las partes en la controversia el laudo fue relevante. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho internacional de la inversión, vale decir para quienes se dedican académica o profesionalmente a esta área de la disciplina jurídica, RDC no pasa de ser el primer caso resuelto conforme al mecanismo de solución de disputas de inversión del Capítulo 10 del CAFTA-DR. Esto es evidente no solo en las escasas menciones que hace el tribunal a importantes protecciones convencionales como el TJE, el trato nacional y la PSP, sino también respecto del poco innovador razonamiento seguido por el tribunal en torno a las alegaciones de expropiación indirecta ilegal y de violación del trato mínimo internacional. En cuanto al derecho internacional de la expropiación, RDC reitera el principio del efecto privativo de la medida estatal en la propiedad del in-

40 Ver Tribunal arbitral NAFTA (Crawford, Civiletti y Magallón): Waste Management, Inc. c. México, caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo de fecha 30 de abril de 2004, párr. 98.

41 Ver Corte Internacional de Justicia: Elettronica Sicula, S.p.A. (EE.UU. c. Italia), Sentencia de fecha 20 de julio de 1989, párr. 128.

42 Ver Tribunal arbitral caso CIADI No. ARB/07/23, op. cit., párr. 219.

43 Ver *ibíd.*, párrs. 220-221 y 233-235.

44 Ver *ibíd.*, párr. 235.

45 Ver *ibíd.*, párrs. 235, 259-281 y 283.

versionista extranjero respectivo, pero no lo vincula con los factores de Penn Central que incluye el CAFTA-DR a través de su Anexo 10-C. RDC sí relaciona el principio del trato mínimo con el derecho internacional consuetudinario, reconociendo el carácter evolutivo de este estándar, aun cuando opta por una definición más apegada al canon tradicional de la protección de los extranjeros en el derecho internacional que a las interpretaciones contemporáneas del derecho internacional de la inversión.

Con todo, este es un laudo que vale la pena tener en consideración, principalmente por el reconocimiento que hace el tribunal sobre la importancia del precedente blando o *de facto* de los arbitrajes de inversión provenientes de TBI y otros TLC. RDC pasa así a formar parte de esta colección de decisiones judiciales, integrando los laudos provenientes del Capítulo 10 del CAFTA-DR al desarrollo jurisprudencial del derecho internacional de la inversión.