

Opinión Concurrente de Luis Herrera Marcano
(de conformidad con el Artículo 48(4) del Convenio del CIADI)

1. He votado a favor de la presente decisión del Tribunal sobre responsabilidad porque considero que sus conclusiones están ajustadas al derecho y a la justicia y están conformes con lo alegado y probado en el curso del proceso. No quiere esto decir que concuerde plenamente con todas las afirmaciones contenidas en la decisión.
2. En particular, en lo que se refiere al concepto de trato justo y equitativo no comparto la interpretación que le han dado diversos tribunales arbitrales en litigios entre Estados e inversores, en el sentido de que dicho concepto comprende una obligación para el Estado de no afectar las “expectativas legítimas del inversor” basadas en promesas explícitas o implícitas de funcionarios u órganos del Estado (*promises, commitments, representations*), aún en casos en que éstas no obligan al Estado conforme a su propia legislación vigente.
3. Esta interpretación no tiene a mi parecer base en el sentido corriente de las palabras “trato justo y equitativo (fair and equitable treatment), que debe ser la base primera de la interpretación conforme a lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (Convenio de Viena), generalmente aceptado en esta materia como expresión del derecho internacional consuetudinario, aún por países que, como Francia, no lo han ratificado.
4. Tampoco he encontrado ninguna referencia a que los Estados contratantes en el Tratado aplicable en este caso, ni en ningún otro de los miles de tratados de protección de inversiones vigentes en el mundo, le hayan dado semejante interpretación al término “trato justo y equitativo”.
5. Por el contrario, sólo he visto citados dos casos en que Estados contratantes hayan expresado oficialmente una interpretación del término “trato justo y equitativo”. El primero es el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN/NAFTA). Los Estados Miembros, Canadá, Estados Unidos y México, expresaron que el término “trato justo y equitativo” no implicaba un trato superior al trato mínimo de los extranjeros exigido por el derecho internacional. El segundo caso es el de Suiza: en una declaración oficial hecha por el Departamento Federal de Asuntos Extranjeros de la Confederación

Helvética expresa, al referirse al concepto de trato justo y equitativo (*traitement juste et équitable*): « On se réfère ainsi au principe classique du droit des gens selon lequel les États doivent mettre les étrangers se trouvant sur leur territoire et leurs biens au bénéfice du « standard minimum » international, c'est-à-dire leur accorder un minimum de droits personnels, procéduraux et économiques “).¹

6. Tampoco puede afirmarse que esta extensión del sentido de *trato justo y equitativo* se fundamente en un principio generalmente reconocido en la legislación de los Estados. En todas las legislaciones de que he tenido conocimiento el Estado queda obligado por las “promesas” u “ofrecimientos” de sus órganos o funcionarios sólo en los casos específicos en los cuales la ley de ese Estado así lo determina. No conozco ninguna legislación en la cual una “promesa” de las autoridades de que no subirán los impuestos o no devaluarán la moneda dé a los ciudadanos el derecho de reclamar indemnización en el caso de que lo hagan.
7. No puede equipararse la relación entre Estado e inversor con la de las partes en una relación contractual entre particulares. En la relación Estado-inversor el estado no actúa *jure gestionis*, como lo hace en una relación comercial, sino *jure imperii*, en ejercicio del poder público. Sin embargo, los tribunales arbitrales encargados de aplicar tratados de protección de inversiones, al interpretar los términos “trato justo y equitativo”, han introducido en la interpretación conceptos tales como “*representation*”, sólo aplicables a relaciones contractuales en algunas legislaciones, las inspiradas en el *Common Law*.
8. Tampoco es posible equiparar al inversor con un Estado, y tratar al inversor como si fuera parte en el tratado de protección de inversiones cuando es únicamente un beneficiario, o pretender aplicar en su favor las reglas de la aquiescencia o “estoppel”, solo aplicables en las relaciones entre Estados y que, dicho sea de paso, tienen requisitos mucho más estrictos que los que algunos tribunales arbitrales de inversiones han aplicado en detrimento del Estado.

¹ “Se refiere también al principio clásico de *jus cogens* de acuerdo con el cual los Estados deben ofrecer a los extranjeros que están en su territorio y a sus bienes el beneficio del estándar internacional de trato mínimo, es decir otorgar un mínimo de derechos personales, procesales y económicos.” *Annuaire suisse de droit international*, 178 (1980), citado en el documento OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, documents de travail sur l'investissement international numéro 2004/3, *La Norme du Traitement Juste et Equitable dans le Droit International des Investissements*, p.11.

9. Los tribunales arbitrales en materia de inversiones citan decisiones anteriores de tribunales de igual naturaleza emitidas en los últimos años como si ellas fueran generadoras de normas obligatorias de derecho internacional. Prácticamente pretenden transponer al derecho internacional el “*case law*” y del “*precedent*” obligatorio del derecho anglosajón. Sin embargo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, universalmente reconocido, señala claramente que las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, máximo tribunal internacional, no son una fuente de derecho internacional, sino un medio auxiliar para aclarar los alcances de las normas del mismo, y que ellas sólo tienen efecto entre las partes. Si este es el caso de la Corte Internacional de Justicia, mucho menos puede pretenderse atribuir la facultad de crear o modificar el derecho internacional a tribunales que no tienen el carácter de tribunales internacionales, pues no resuelven litigios entre Estados u otros sujetos de derecho internacional, sino que son unos híbridos situados a mitad de camino entre los tribunales arbitrales de derecho internacional y los tribunales arbitrales en litigios de derecho privado internacional.

10. La presente decisión, aunque hace la necesaria referencia a la interpretación del concepto de “expectativas legítimas” desarrollado en sentencias anteriores, fundamenta, a mi juicio, sus conclusiones sobre bases mucho más sólidas. Me parece evidente que, atendiendo al sentido corriente de los términos, no puede considerarse como trato justo y equitativo la conducta de un Estado cuando incumple sus propias leyes en detrimento del inversor o cuando el Estado ejerce de manera abusiva el poder regulador que sus leyes le otorgan, imponiendo por tiempo indefinido tarifas evidentemente injustas, o cuando pretende aplicar impuestos en forma retroactiva, o revoca injustificadamente permisos o autorizaciones concedidos de conformidad con sus leyes.

[*Firmado*]

Sr. Luis Herrera Marcano

Árbitro

Fecha: [*12 de Diciembre de 2010*]