

Opinión independiente

En el arbitraje realizado conforme al Capítulo XI del TLCAN y a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI: Thunderbird c. México

1) Resumen

1. Coincido con mis colegas en varios aspectos significativos del caso de autos:

- Las cuestiones de competencia, admisibilidad, control y renunciaciones;
- El rechazo de la reclamación referente a la expropiación (Artículo 1110 del TLCAN);
- El rechazo de la reclamación sobre “denegación de justicia administrativa”;
- El rechazo de la posición de los gobiernos del TLCAN de que conforme al Artículo 1102 el Demandante tiene la carga de probar que el gobierno tenía la intención directa de perjudicar al inversionista extranjero por ser extranjero;
- La opinión general de que el principio de las expectativas legítimas forma parte, es decir constituye una subcategoría, de la obligación de conceder un trato justo y equitativo conforme al Artículo 1105 del TLCAN. Al parecer también coincidimos en cuanto a las condiciones generales que debe cumplir esta reclamación: la expectativa del inversionista que haya sido causada por el gobierno, y atribuida a éste, confirmada por una inversión basada en esa expectativa, cuyos requisitos consisten en la legitimidad de la expectativa en cuanto a la competencia de los funcionarios responsables de ella y al procedimiento de su emisión, y el hecho de que fuera razonable que el inversionista se basara en la expectativa. No coincido, sin embargo, con

la aplicación de ese criterio a la situación fáctica específica de que se trata, a la luz del objeto, el contenido específico y los precedentes del criterio de las expectativas legítimas, tal como deben aplicarse conforme a tratados de protección de inversiones según la jurisprudencia pertinente reciente.

2. Me resultó más difícil compartir el rechazo referente al trato nacional (no discriminatorio) previsto en el Artículo 1102. Guardia, el competidor de Thunderbird que realizaba operaciones similares, siguió operando al haber prosperado los recursos (“amparos”) interpuestos ante los tribunales mexicanos y en virtud de que la SEGOB, al procurar el cumplimiento de las normas por este competidor, no logró tanto éxito como el alcanzado contra Thunderbird. Guardia era el inversionista local que era “más comparable” y “mejor tratado” por el sistema mexicano en conjunto (administrativo y judicial). Lo expresado crea una presunción de discriminación, que México debía refutar aduciendo y probando “legítimas razones” para ese trato claramente diferente, pero más favorable. No obstante, en definitiva he aceptado la opinión de mis colegas, que niegan el incumplimiento del Artículo 1102. No obstante, he podido identificar “elementos discriminatorios” en la mayor intensidad, determinación y eficacia de las actividades de aplicación de la ley efectuadas por la SEGOB contra Thunderbird, que había logrado (o por lo menos tratado de lograr) la autorización de sus actividades, en comparación con su principal y más exitoso competidor mexicano, el Sr. Guardia (quien invariablemente había asumido una actitud reacia a la colaboración). Sin embargo, en las circunstancias del caso no me es posible concluir que la situación mucho más favorable de que gozó Guardia en cuanto a la práctica y de hecho eficacia de las medidas de aplicación de la ley generara el correspondiente derecho de Thunderbird, conforme al Artículo 1102, de proseguir sus actividades de juegos de azar o recibir una indemnización equivalente a los daños y perjuicios experimentados. No

obstante, he podido resolver este dilema teniendo en cuenta los referidos “elementos discriminatorios” en cuanto a la aplicación de la ley mexicana sobre juegos de azar en el contexto del equilibrio que a mi juicio debe existir entre las expectativas legítimas de un inversionista extranjero y el no menos legítimo interés público de preservar un amplio “espacio regulatorio”, en especial en la esfera de la reglamentación de los juegos de azar, conforme al Artículo 1105 del TLCAN.

3. En esta opinión independiente analizaré el alcance normativo y las características del concepto de expectativas legítimas tal como deben interpretarse a la luz del Artículo 1105 del TLCAN, y su significación en el contexto fáctico específico del caso. Como siempre sucede, los hechos que han salido a luz en este arbitraje y que figuran en el expediente del caso no ofrecen un cuadro completo de lo sucedido; no obstante, lo que ha aflorado sólo puede evaluarse, incluso a través de presunciones y otras reglas probatorias, sobre la base de los atributos específicos del concepto de expectativas legítimas.¹ Esas características deben evaluarse no sólo desde las encumbradas esferas del derecho del arbitraje comercial, sino además con un conocimiento, emanado de la vida real, del “rostro frío” de las prácticas de las inversiones extranjeras.

4. Mi discrepancia se basa en la diferente gravitación que debe darse a ese principio en el contexto especial de un tratado de promoción y protección de inversiones que protege intereses diferentes de los que están presentes en una relación comercial ordinaria con dos partes privadas iguales. El arbitraje comercial es un mecanismo apropiado para resolver las controversias entre partes iguales, en pie de igualdad, sin que sea necesario conceder una protección específica a una de las partes; sus reglas, incluidas las de *caveat emptor* y el principio de la debida diligencia,

¹ Sobre la cuestión de la carga de la prueba y persuasión de parte del gobierno demandado por alegaciones de hecho y sus implicaciones legales que debilitan la reclamación del inversor ver *Biloune v. Ghana*, 95 ILR 183 (1994), para. 29.

están profundamente arraigadas en el contexto ideológico propio del arbitraje comercial. Por el contrario, el derecho de las inversiones internacionales está destinado a promover inversiones extranjeras brindando protección efectiva a inversionistas extranjeros expuestos, en una situación de relativa debilidad, al riesgo político y regulatorio de un país extranjero². Los principales principios en que se basa el TLCAN (Preámbulo, Artículo 102), tal como han sido expuestos por la jurisprudencia autorizada más reciente de tribunales arbitrales, requieren que en caso de duda el riesgo de ambigüedad de una garantía gubernamental recaiga en mayor medida sobre el gobierno que sobre el inversionista extranjero, y establecen que el gobierno está sujeto a criterios más severos de transparencia y responsabilidad para que su interrelación con los inversionistas extranjeros sea clara y coherente. Si resulta manifiesto y evidente que las comunicaciones oficiales generan confusión o errores de interpretación en el inversionista extranjero, el gobierno es responsable de aclarar su posición en forma proactiva. El gobierno no puede basarse en sus propias comunicaciones ambiguas, en que el inversionista extranjero haya podido basarse justificadamente y en que de hecho se haya basado, para luego retractarse y dejarlas sin efecto, especialmente en situaciones de cambio de gobierno.

5. A los inversionistas les es preciso basarse en la estabilidad, claridad y previsibilidad de los mensajes reglamentarios y administrativos del gobierno, tal como les son presentados cuando se transmiten y no debe

² En todos los tratados multilaterales y en la mayoría de los tratados bilaterales se menciona expresamente ese objetivo; el *Informe sobre el desarrollo mundial 2005* del Banco Mundial brinda una explicación autorizada del papel de la protección de las inversiones como señal de la aplicación de adecuadas normas de gestión en el país receptor. Véase también Tecmed c. México, párrafo 122, en que se cita a la Corte Europea de Derechos Humanos (en el caso de James y otros, 21 de febrero de 1986, págs. 19 y 20; <http://hudoc.echr.coe.int>: "...los nacionales son más vulnerables a la legislación interna: a diferencia de los nacionales, en general no han participado en la elección o designación de sus autores ni han sido consultados para su adopción" (traducción al español del traductor).

existir la posibilidad de que esos compromisos se eludan a través de ambigüedades y oscuridades insertadas en su texto y detectadas ulterior y retrospectivamente. Esto se aplica, no en menor sino en mayor medida, a los inversionistas más pequeños, empresariales, que tienden a carecer de experiencia pero aportan el ímpetu empresarial tendiente a un aumento del comercio de servicios e inversiones que el TLCAN procura promover.

6. Es teniendo en cuenta esos principios que he llegado a diferir de mis colegas en la evaluación de los –nunca absolutamente claros y simples– antecedentes fácticos del caso y las presunciones y la carga de la justificación jurídica y de la prueba. Mis colegas tienden a ver el vaso del inversionista medio vacío; yo tiendo a verlo medio lleno. En su razonamiento está implícito el aserto de que el inversionista debe mantener un alto nivel de debida diligencia y poseer profundos conocimientos de las condiciones locales y del riesgo gubernamental. Por mi parte, considero que el gobierno es responsable de emitir un mensaje claro y, una vez emitido, de atenerse a él tal como lo ha entendido razonablemente el inversionista. Mis colegas consideran que el inversionista tiene la obligación de estar próximo a la perfección en su trato con el gobierno; yo considero que el gobierno tiene la obligación de ser transparente y coherente, e igualmente responsable en cuanto al mensaje transmitido, es decir en relación con la manera en que esa conducta haya sido comprendida razonablemente por el inversionista. Mis colegas no conceden importancia a la combinación de una carta oficial de certeza seguida por la aceptación, por parte de la máxima autoridad reguladora, de la operación del inversionista, hasta el final del mandato del gobierno; yo creo que el hecho de que los gobiernos acepten una conducta ulterior a la carta de certeza refuerza y aclara la interpretación del inversionista del mensaje claro que da a conocer dicha carta. Mis colegas no perciben discriminación alguna en el hecho de que el principal competidor mexicano siga prestando el mismo tipo de servicios ofrecidos

por la Demandante mientras la Demandante pierde todos los recursos y ve clausuradas sus actividades; por mi parte, percibo aquí, por vía de inferencia, presunciones y carga de la prueba que recae sobre el Gobierno elementos discriminatorios de las actividades de aplicación de la ley, que refuerzan la obligación del gobierno de respetar los mensajes que la carta de certeza y los actos de aceptación subsiguientes han transmitido razonablemente al inversionista.

7. Habría admitido el hecho de que sobre el Gobierno de México hubiera recaído una muy modesta obligación de pagar una parte de los gastos por concepto de inversiones asumidos por Thunderbird en la medida en que esos costos pudieran guardar relación razonable y directa con el hecho de que Thunderbird hubiera recibido seguridades positivas y actos de aceptación por parte de las autoridades mexicanas competentes. Por lo tanto, considero más persuasivos los argumentos y las pruebas de la Demandante sobre el hecho de que confió en esas manifestaciones gubernamentales en su detrimento, pero luego considero más convincente el argumento de la Demandada en cuanto a la indemnización; en efecto, la indemnización, según la avalúo, no habría llegado al 0,5 % de la suma reclamada por ese concepto.

8. Tampoco comparto la decisión del Tribunal de apartarse de la práctica establecida de no condenar en costos los gastos jurídicos al inversionista perdedor demandante. A mi juicio, ese apartamiento habría requerido una justificación exhaustiva basada en amplios razonamientos.

2) Principales principios en que se basa la aplicación de las “disciplinas sobre inversiones” previstas en el Capítulo XI del TLCAN a la controversia Thunderbird - México

9. Es probable que se llegara a resultados sumamente diversos si las disciplinas esenciales del TLCAN de que aquí se trata –los Artículos 1102, 1105 y 1110– no se aplicaran con un entendimiento común de los principios pertinentes de interpretación jurídica y aplicación de los mismos a la situación fáctica específica de que se trata. Por lo tanto, quisiera destacar los principios y enfoques metodológicos esenciales que considero más pertinentes para definir, a los efectos de la interpretación y aplicación de la situación fáctica, el “contexto” y el “fin” pertinentes de esos principios.
10. Primero, el derecho aplicable, conforme al Artículo 1131, es “este Acuerdo” (es decir, la totalidad del TLCAN, y no sólo el Capítulo XI) y “las reglas aplicables del derecho internacional”, orientadas por el texto autorizado del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”), en que los elementos de “buena fe”, “sentido corriente”, “contexto” y “objeto y fin” son los principales principios de interpretación de los tratados. Esos principios –así como la referencia a la “práctica ulteriormente seguida”– contenidos en la Convención de Viena deben también orientar la interpretación del decisivo oficio de agosto de 2000.
11. En el Preámbulo del TLCAN se hace hincapié en autorizadas directrices de interpretación: la necesidad de **“reglas claras”, “un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión”, el “[fomento] del comercio de... servicios” y la “creación de nuevas oportunidades de empleo”**.

Artículo 102 del TLCAN: Destaca la finalidad de **“facilitar la circulación transfronteriza de... servicios”, transparencia, promoción de condiciones**

de competencia leal, aumento sustancial de las oportunidades de inversión³.

Artículo 1115: Asegurar un “trato igual entre inversionistas de las Partes”.

12. Aunque se invocan las formas y procedimientos del arbitraje comercial internacional⁴, a los efectos de su aplicación es necesario tener en cuenta que su finalidad es regir el procedimiento, pero no introducir principios, normas y conceptos jurídicos sustanciales usados en el arbitraje comercial internacional en controversias cualitativamente diferentes sobre inversiones entre un inversionista extranjero y el Estado receptor. El arbitraje comercial internacional supone partes más o menos iguales que llevan a cabo complicadas transacciones comerciales internacionales. El arbitraje en materia de inversiones difiere fundamentalmente del arbitraje comercial internacional: rige la situación de un inversionista extranjero expuesto a la soberanía y a las potestades gubernamentales de un Estado en materia reglamentaria, administrativa y de otro género. Con frecuencia, si es que no en la mayoría de los casos, el inversionista se encuentra en una situación de debilidad estructural, exacerbada por la experiencia (en especial cuando se trata de inversionistas más pequeños, empresariales). Por lo tanto, en el arbitraje en materia de inversiones no se establece, como en el arbitraje comercial, un sistema de solución de controversias entre partes presuntamente iguales, sino un sistema de protección de inversionistas extranjeros que, al estar expuestos a riesgos políticos y carecer de conocimiento de, e integración en, un sistema político, social, cultural, comercial, institucional y jurídico extranjero, se encuentran en desventaja. En consecuencia, los principios jurídicos y los enfoques

³ Este método de interpretación ha sido aplicado adecuadamente en el laudo del caso Metalclad c. México; como correspondía, la opinión contraria de un tribunal de ejecución de Vancouver (que considera inaplicables los principios del TLCAN, salvo los del Capítulo XI) no ha encontrado respaldo alguno.

⁴ En el Artículo 1120 ff se hace referencia a las diversas reglas de arbitraje que deben utilizarse.

metodológicos referentes al examen de la situación fáctica, los hábitos, las tendencias naturales y los estilos del arbitraje comercial no son guías apropiadas para el arbitraje en materia de inversiones. Por lo tanto, los textos jurídicos y la situación fáctica pertinentes deben verse a la luz del estrecho vínculo existente entre **promoción de inversiones** – tendiente a lograr que los empresarios extranjeros aporten su capital y sus esfuerzos a una situación nueva, extraña e intrínsecamente difícil y de alto riesgo – y **protección de inversiones**, es decir, la protección contra el riesgo gubernamental que ofrecen los tratados de inversiones, para hacer más atractiva a la economía del Estado receptor⁵.

13. En segundo lugar, aunque el derecho público internacional sigue siendo la fuente de los principales principios (en especial el Artículo 31 de la Convención de Viena, que además es la expresión de un consenso internacional sobre principios de interpretación), es necesario tener en cuenta que los tratados de inversiones, como el TLCAN, se refieren a un contexto que difiere considerablemente del previsto en el derecho público internacional tradicional. Uno de sus aspectos medulares es el derecho de un inversionista privado de promover un litigio arbitral contra un gobierno (extranjero) en relación con una conducta gubernamental que lo afecte. Ello difiere fundamentalmente del derecho público internacional, que se basa en la solución de controversias entre Estados soberanos, y en que las partes privadas carecen de legitimación. Por lo tanto, las analogías con respecto a ese derecho internacional interestatal deben tratarse con cautela; tratándose de arbitrajes entre inversionistas y Estados son más apropiadas las analogías con el examen judicial referente a la conducta gubernamental; trátese de un examen judicial internacional (como el realizado por los grupos especiales de solución de diferencias y el Órgano de Apelación de la OMC, por la Corte Europea de Derechos Humanos, la

⁵ Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2005*, 175-185; véase también, *infra*, la cita de Elihu Root.

Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Europea de Justicia) o por tribunales administrativos nacionales que se pronuncian sobre las controversias de ciudadanos individuales referentes a supuestos abusos de sus poderes gubernamentales, cometidos por órganos públicos⁶. En todas esas situaciones, de lo que se trata es del abuso del poder gubernamental en detrimento de una persona o entidad privada que haya confiado y podido confiar legítimamente en las garantías gubernamentales recibidas; en el arbitraje comercial, en cambio, se trata de una interpretación de buena fe de disposiciones contractuales. En el arbitraje comercial no está en juego el abuso de potestades gubernamentales, que constituye, en cambio, un aspecto medular de las normas sobre adecuada gestión previstas en los tratados de protección de inversiones. De lo que se trata es de impedir que un gobierno abuse de su papel como soberano y regulador tras haber asumido compromisos de carácter más formal (contratos y licencias) o menos formal (seguridades brindadas a través de comunicaciones expresas o de una conducta significativa que sirva de base para la aplicación del principio de las expectativas legítimas previsto en el Artículo 1105 del TLCAN).

14. La defraudación de las expectativas legítimas debe ser suficientemente grave y sustancial, pues de lo contrario cualquier acto ilegítimo menor cometido por un funcionario público podría hacer competente a un tribunal previsto en el tratado. Ese tribunal no tiene el cometido de actuar como tribunal de derecho administrativo al que pueda recurrirse para toda clase de asuntos. La introducción de un arbitraje directo entre inversionistas y Estados (“arbitraje sin relación directa entre las partes”; “arbitraje transaccional”), desde fines de 1980, dio lugar a una “discontinuidad” que aún no ha sido plenamente valorada y a la que debe prestarse atención en casos como el de autos. En épocas anteriores, los tratados sobre inversiones sólo preveían un proceso de arbitraje entre

⁶ Véase también: Gaillard, *Jurisprudence du CIRDI*, 2004, pág. 7.

gobiernos; éstos, por lo tanto, debían “patrocinar” reclamaciones privadas. Ese patrocinio constituía un importante “filtro” para tamizar reclamaciones y evitar la utilización de los tratados de inversiones en una multiplicidad de reclamaciones que no justificaban la puesta en funcionamiento de la maquinaria de un tratado internacional: el riesgo de abrir “compuertas” y el espectro que implicaba hacer aplicables procedimientos basados en tratados por un único caso de conducta ilegítima⁷ de un funcionario. Los modernos tratados en que se prevén derechos de arbitraje directos entre inversionistas y el Estado ya no cuentan con esos “filtros” incorporados. Por lo tanto, la interpretación de las expresiones jurídicas clave debe representar un tamiz adecuado para que el tratado sólo pueda aplicarse a incumplimientos serios, sustanciales y graves y no a las quejas cotidianas emanadas de la interacción de una persona con la maquinaria gubernamental. Los casos de actos administrativos impropios carentes de suficiente gravedad desde el punto de vista de la importancia de la transgresión, el importe de los perjuicios o la falta de un recurso instantáneo⁸ no justifican la puesta en funcionamiento de la pesada y costosa maquinaria del tratado prevista en el Capítulo XI.

15. Finalmente, deseo destacar la necesidad de prestar atención y respetar la jurisprudencia, en proceso de consolidación, que surge de las decisiones pertinentes de otros tribunales arbitrales autorizados, en especial las decisiones más recientes aplicables al TLCAN y a tratados de inversiones internacionales que por su metodología, procedimientos y contenido sustancial establecen un régimen similar al del Capítulo XI del TLCAN. Aunque en derecho internacional no rige la obligación de respetar los precedentes, esos laudos y sus fundamentos forman parte de una

⁷ En la audiencia se aludió a esto como “[día] de malas pulgas”.

⁸ J. Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, 2005, pág. 109, donde se cita *Generation Ukraine c. Ucrania*, párrafo 20.30, en que se requiere del inversionista un “esfuerzo razonable, no necesariamente exhaustivo” (traducción al español del traductor) para obtener la corrección.

jurisprudencia emergente de derecho sobre inversiones internacionales⁹. Esta es otra diferencia significativa con respecto al arbitraje comercial, en que no abundan los precedentes autorizados y persuasivos, en gran medida porque los laudos se emiten exclusivamente para partes privadas y porque en general no se dan a conocer públicamente. Por lo tanto, los tribunales que entienden en tratados de inversiones deben colocarse en el centro del derecho sobre inversiones internacionales emergentes y no en sus límites o más allá de ellos:

“Basar una decisión en una larga tradición de decisiones similares confiere a la totalidad de la tradición de congruencia una “integridad” que es un atributo cardinal del derecho como tal”¹⁰ (traducción al español del traductor).

⁹ Brower-Brueschke, El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, 1998, 651-654; E. Gaillard, Use of General Principles of International Law in International Long-term contracts, Intl Bus. Lawyer, mayo de 1999, pág. 217: “los tribunales arbitrales tienen una fuerte tendencia a utilizar precedentes establecidos en laudos arbitrales dictados en circunstancias similares” (traducción al español del traductor). *A fortiori*, este enfoque debe ser mucho más sólido en arbitrajes públicos, transparentes y de política pública referentes a inversiones que en arbitrajes comerciales; Gaillard, La Jurisprudence du CIRDI, 2004, págs. 8, 153; esto no impide a un tribunal discrepar con lo resuelto por otro, pero debería impedir que un tribunal se apartara de la jurisprudencia establecida (“jurisprudence constante”) sin formular, como mínimo, una argumentación exhaustiva; véase SGS c. Filipinas, párrafo 97 (se omiten las notas al pie de página):

“A juicio del Tribunal, aunque en general diferentes tribunales constituidos en el marco del sistema del CIADI deben tratar de actuar en forma mutuamente congruente, en definitiva cada uno de ellos debe ejercer su competencia conforme a la legislación aplicable, que por definición será diferente para cada TBI y para cada Estado demandado. Además, no existe una doctrina sobre precedentes en materia de derecho internacional, si por precedente se entiende una norma que dé efecto vinculante a la decisión adoptada en determinado caso... Inicialmente, la resolución de las cuestiones jurídicas arduas debe estar a cargo de los mecanismos de control previstos en el TBI y en el Convenio del CIADI, y a más largo plazo debe realizarse mediante la elaboración de una doctrina jurídica común o una jurisprudencia constante...” (traducción al español del traductor).

¹⁰ P. Norton, *Modern tribunals and the international law of expropriation*, 85 AJIL 474 (1991), pág. 497 ff.

16. Aunque de por sí los laudos arbitrales individuales aún no constituyen un precedente vinculante¹¹, debería respetarse una línea de razonamiento coherente en que se desarrolle un principio y una interpretación especial de las obligaciones específicas de los tratados; si comienza a surgir una jurisprudencia autorizada, ésta adquiere el carácter de derecho internacional consuetudinario y debe respetarse. Toda desviación de una jurisprudencia adecuada y sólidamente establecida requiere una justificación basada en un amplio razonamiento. Este enfoque ayudará a evitar las amplias divergencias que caracterizan a algunos laudos arbitrales sobre inversiones, que no están sujetos a un sistema común y unificador de apelaciones. De no ser así, se corre el riesgo de desacreditar, en cuanto a su solidez, al sistema de arbitraje sobre inversiones internacionales, que se ha establecido como uno de los principales nuevos instrumentos para lograr una mejor gestión de la economía mundial¹². Pero también lo exigen las reglas aplicables del derecho internacional (Artículo 1131 del TLCAN) y, por lo tanto, el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia: una jurisprudencia arbitral moderna, cada vez más continua, no cuestionada y coherente forma parte de las fuentes formales de derecho internacional contenidas en las “decisiones judiciales” (Artículo 38 (1) (d)) y se desarrollará, con un efecto jurídicamente vinculante aún mayor, hasta dar lugar a la “costumbre internacional” (Artículo 38 (1) (b)), en especial del modo que una jurisprudencia arbitral define en un tratado contemporáneo y en un contexto fáctico los “principios generales de derecho” (Artículo 38 (1)(d)).

3) Enfoques específicos con respecto a la situación fáctica de la controversia Thunderbird - México

¹¹ Véase también el Artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹² *Informe sobre el desarrollo mundial 2005*, del Banco Mundial, “Un mejor clima de inversión en beneficio de todos”, págs. 175-180.

17. El caso de autos no plantea una cuestión exclusivamente jurídica ni exclusivamente fáctica, sino una situación en que es preciso examinar con detenimiento la situación fáctica, pero teniendo en cuenta invariablemente las normas y principios jurídicos aplicables. Aplicar una norma jurídica a una situación fáctica siempre implica cierta retroalimentación entre la definición de la norma jurídica y la manera en que se examina la situación fáctica. Es inevitable que influyan los preconceptos personales y culturales del decisor; al mismo tiempo, los profesionales competentes tratarán de reducir al mínimo y dar transparencia a esa predisposición.
18. En el caso de autos se trata de una inversión extranjera en el sector de los “juegos de azar”, sector que no goza de buena reputación en muchas culturas ni es aceptado por muchas religiones, incluso, según tengo entendido, en el contexto del derecho canónico, posiciones protestantes fundamentalistas y la legislación islámica. La opinión negativa con respecto a los negocios de juegos de azar puede ser la razón del cambio de actitud que tuvo lugar en 2001 entre el Gobierno mexicano saliente del PRI y el entrante del PAN. También la ha invocado el Demandado para “teñir” la opinión de los árbitros¹³. El antiguo gobierno del PRI consideró la posibilidad de una más amplia legalización de los juegos de azar para crear empleo y recuperar demanda de mexicanos que utilizan esos servicios en Las Vegas; esta última decisión parece haber estado vinculada en cierta medida, en forma más estrecha, con una actitud negativa hacia los juegos de azar. En lo que se refiere a la controversia de autos, he recomendado un enfoque plenamente neutral y profesional, sin sesgos intrínsecos a favor o en contra de ese sector. En la presente controversia no existen pruebas de que los juegos de azar hayan suscitado efectos negativos que según suele alegarse acompañan a esos servicios de esparcimiento: delitos, prostitución, lavado de dinero o subproductos análogamente indeseables que justifiquen un enfoque más restrictivo. En

¹³ Referencia: Transcripciones de la audiencia de abril de 2004, 92 ff; 1165 ff.

el período pertinente considerado, esa liberalización se menciona también en un estudio, encargado por el Congreso mexicano, sobre las consecuencias de la liberalización en México¹⁴. En el marco de las Listas de Compromisos Específicos del AGCS/OMC, algunos países han asumido compromisos específicos de liberalización de los servicios de juegos de azar, ofreciendo un trato no discriminatorio a los servicios de ese género extranjeros que se establezcan en el mercado interno; en recientes casos de grupos especiales y del Órgano de Apelación de la OMC se ha tratado al sector de los juegos de azar como un sector de servicios de esparcimiento ordinarios, y lo mismo ha hecho la Corte Europea de Justicia¹⁵. Esto indica que los servicios de juegos de azar –en especial si no se ven acompañados típicamente por subproductos delictivos– deben tratarse como una inversión plenamente legítima.

19. Por lo tanto, no existe una razón general o imperiosa para asumir, en relación con los juegos de azar, una actitud más negativa que frente a otros tipos de inversiones. Todas las pruebas existentes en el caso de que se trata indican operaciones de máquinas tragamonedas programadas por computadoras con un botón de parada, basadas en la “destreza”; tienen

¹⁴ Los casinos en México y sus principales efectos, Servicio de Investigación y Análisis sociales: Un análisis de opinión pública, División de Política Social, SIID, Dr. (c) Juan Martín Sandoval De Escurdia, DPS 55, noviembre 2002, que puede consultarse en Internet. México, como lo demuestra el informe para el Congreso mexicano, experimentaba presiones competitivas de los Estados Unidos, que captó un gran volumen de negocios de juegos de azar mexicanos. En tanto que hace 30 años “los juegos de azar eran ilegales en 49 de los 50 Estados de los Estados Unidos, en la actualidad todos los Estados, menos dos, permiten juegos de azar de algún tipo” (traducción al español del traductor), C. Caldwell, Financial Times 27/8/2005.

¹⁵ Véanse la muy reciente decisión del Órgano de Apelación de la OMC del 7 de abril de 2005 recaída en el caso de Antigua y Barbuda c. Estados Unidos, WT/DS285/AB/R, tras la decisión del grupo especial anterior; la CEJ, en la jurisprudencia establecida (Caso Schindler, Laara y Gambelli) aceptó el criterio de que los juegos de azar representan una actividad económica y un servicio amparados por las garantías de libertad previstas en el Tratado para la prestación de servicios; siendo precedentes muy recientes el Caso ECJ C-243/01 (Gambelli y otros, 2003), párrafos 44-46; una reseña de la jurisprudencia de la OMC y la CEJ aparece en: Sofie M. F. Geeroms, Cross-Border Gambling on the Internet under the WTO/GATS and EC Rules Compared: A Justified Restriction on the Freedom to Provide Services? en Cross-Border Gambling on the Internet, Challenging National and International Law, investigación realizada por el Instituto Suizo de Derecho Comparado, vol. 47/2004.

determinado atractivo y valor como esparcimiento para muchas personas. No obstante, del expediente de autos y de observaciones personales sobre los establecimientos de ese tipo que en la actualidad existen en todas partes del mundo no parece posible concluir que puedan ganarse o perderse grandes sumas de dinero en un período normal dedicado a utilizarlas. Esos salones de video con máquinas de juegos no pueden compararse con los casinos tradicionales en que se hacen grandes apuestas. No se aplican a ellas ningunas de las críticas de que son objeto los “juegos de grandes apuestas”: nada indica que haya hijos desamparados debido al juego de sus padres, o dilapidación de activos, sino que se trata de una actividad bastante mundana, consistente en echar monedas repetidamente en máquinas tragamonedas policromáticas. En consecuencia, la operación de Thunderbird debe verse y tratarse como una operación ordinaria de servicios de esparcimiento, sin ningún sesgo incorporado contra ellas ni a favor de su clausura por el Gobierno.

20. Lo mismo cabe expresar de las insinuaciones de corrupción formuladas por el Demandado en su escrito sobre la “cuota de éxito” pagada a Aspe y Arroyo, dos de los abogados-gestores de Thunderbird, por negociar el oficio del 15 de agosto de 2000. Esas insinuaciones son formuladas frecuentemente por inversionistas demandantes y gobiernos demandados, pero no deben tenerse en cuenta, explícita ni implícitamente, a menos que se denuncien expresamente al tribunal, se sustancien con una alegación específica de corrupción y sean objeto de un debate jurídico y fáctico adecuado ante el tribunal, lo que no es más que la consecuencia del principio de una “audiencia justa”. En contraposición con lo que sucede, por ejemplo, con el sistema de solución de diferencias de la OMC y otros órganos internacionales de resolución de conflictos, en el actual sistema de arbitraje sobre inversiones sólo hay un nivel de investigación de hechos. En el actual sistema arbitral del TLCAN, si un tribunal recibe la influencia de insinuaciones no existe en él una segunda instancia que permita corregir

las conclusiones sobre hechos o los supuestos que influyan sobre el laudo definitivo. Por lo tanto resulta sobre todo importante que el tribunal no se vea sometido a la influencia directa o indirecta de “insinuaciones” encaminadas a “teñir” la percepción de los árbitros e influir sobre ellos, suscitando un sesgo consciente o subconsciente, sino que pueda adoptar la decisión exclusivamente sobre bases con respecto a las cuales ambas partes hayan podido exponer plena y equitativamente sus argumentos.

Expectativas legítimas (confianza perjudicial) según el Artículo 1105 del TLCAN

21. Es objeto de la controversia –y se trata del ámbito principal en que discrepo con mis colegas– la cuestión de si los actos del Gobierno, es decir la SEGOB, el organismo federal competente en materia de juegos de azar, crearon, individual o colectivamente, la expectativa legítima de Thunderbird de que podía llevar a cabo legalmente sus negocios de máquinas tragamonedas activadas por computadoras que implicaran en cierta medida destreza e intervención humana. En este contexto, está presente la obligación del Gobierno de evitar la ambigüedad hacia los inversionistas extranjeros, emitir mensajes claros y corregir en forma proactiva todo error de percepción manifiestamente creado, para tener en cuenta la necesidad del inversionista de poder prever la conducta y las actitudes clave del Gobierno, así como la obligación de éste de tener en cuenta, al clausurar establecimientos, las seguridades dadas anteriormente. No es suficiente que Thunderbird tuviera una “expectativa”, y que ésta contribuyera en forma significativa a hacer que estuviera dispuesta a comprometer capital de riesgo y esfuerzos, sino que además esa expectativa debía ser legítima, es decir, generada por los funcionarios gubernamentales actuando en forma oficial (vale decir, a través de actos atribuibles al Gobierno de México); esos funcionarios debían ser competentes (o por lo menos parecerlo en forma creíble) para

dictar los actos generadores de confianza. El procedimiento de emisión de la carta de seguridades (“carta de certeza”) debía ser legítimo y además suficientemente “razonable” para que Thunderbird pudiera basarse en ese documento¹⁶.

22. Los siguientes son los factores distintivos clave en que debe basarse la determinación de la “expectativa legítima” según el Artículo 1105 del TLCAN:

- Primero: El “oficio” o “criterio” de agosto de 2000 debe leerse en conjunción con los siguientes factores: i) la petición (“solicitud”) del Demandante; ii) las prolongadas deliberaciones informales y preparatorias previas con las autoridades públicas competentes, que ulteriormente elogiaron el enfoque “de colaboración” del inversionista, en contraposición con el enfoque de confrontación de los competidores mexicanos, y que instaron a Thunderbird a mantener ese enfoque de colaboración, y iii) el asesoramiento ulterior de su asesor jurídico, de septiembre de 2000 (no coincido con el razonamiento de la mayoría, párrafos 158-163).
- Segundo: La conducta de la SEGOB, consistente en la aceptación del funcionamiento de Thunderbird, tras la aceptación del oficio, en agosto de 2000. La SEGOB no formuló ninguna pregunta, no exigió ninguna información adicional, no inspeccionó ni fiscalizó las operaciones, y toleró el funcionamiento de Thunderbird, con el que no interfirió, hasta que un nuevo gobierno (con una mentalidad más opuesta a los juegos de azar) y un nuevo director de la SEGOB (con una mentalidad más opuesta a Thunderbird, como lo

¹⁶ Una excelente reseña, en que se hace especial hincapié en los sistemas de derecho civil de países de habla española como México, es la de Héctor Mairal, *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Buenos Aires, 1994; con respecto al requisito de que la expectativa debe ser razonable, Mairal, págs. 90, 91.

demuestran los hechos no controvertidos de autos) asumieron sus funciones unos seis meses después (este tema no se analiza en el laudo).

- Tercero: La conducta de la SEGOB estando en funciones su nuevo director, que tuvo menos en cuenta las operaciones de máquinas tragamonedas establecidas de largo tiempo atrás en diversos establecimientos del Sr. Guardia, y que ciertamente no logró (si es que procuró seriamente) impedir que operaran en la práctica, pero que inmediatamente después de asumir sus funciones se ocupó en forma prioritaria de Thunderbird, aunque (o quizá porque) Thunderbird había emprendido el camino legal y obtenido “certeza interpretativa” que le había dado, o por lo menos parecía haberle dado, “luz verde”. (El laudo dictado en mayoría –párrafos 174-179– no cuestiona la relativa intensidad de la aplicación de las normas y su éxito final contra el demandante, pero no contra el competidor mexicano, y no se refiere a la cuestión de si la emisión del oficio guarda alguna relación con los ulteriores actos de aplicación coercitiva de normas y de clausura)¹⁷.

23. Es la combinación de esas tres medidas interrelacionadas y consecutivas de la SEGOB –solicitud, oficio y actos ulteriores– la que a mi juicio configura la defraudación de las expectativas legítimas conforme al Artículo 1105 del TLCAN, en contraste con la opinión del Tribunal, que considera al oficio de agosto de 2000 como insuficientemente claro y viciado por falta de suficiente transparencia, que no concede significación alguna a las deliberaciones preparatorias de Thunderbird con la SEGOB, en que se promovió un enfoque basado en la colaboración, ni al hecho

¹⁷ En su decisión en mayoría, el tribunal sigue en este aspecto a la SEGOB al considerar que el oficio es irrelevante por no haber surgido de un procedimiento suficientemente transparente ni haber definido con claridad el tipo de operaciones aprobadas. En consecuencia, según el tribunal el oficio carece de pertinencia para las ulteriores medidas de aplicación de la ley dictadas por la SEGOB, controlada por el nuevo gobierno.

ulterior de que se haya tolerado las operaciones de las máquinas tragamonedas de Thunderbird por más de seis meses y en que no se encuentra elemento alguno de trato discriminatorio en cuanto a la intensidad de la aplicación de la ley, el enfoque y la eficacia de la SEGOB en el caso de Thunderbird (empresa rápidamente clausurada después de que el nuevo gobierno y luego el nuevo director de la SEGOB asumieron sus funciones) y en el de Guardia, que continúa, al parecer hasta el día de hoy, logrando órdenes judiciales de amparo y manteniendo por lo menos varias de sus operaciones de máquinas tragamonedas, existentes de largo tiempo atrás.

24. Para comprender las razones por las cuales en la situación fáctica de autos discrepo en cuanto a la aplicación del principio de “expectativa legítima” a la luz del Artículo 1105 del TLCAN es necesario comprender sus antecedentes y alcance, que distan mucho de ser sencillos e inequívocos.

25. Primero, la estructura doctrinaria. La expresión “expectativas legítimas” no aparece expresamente en el Artículo 1105 ni en ningún tratado de inversiones similar. No obstante, se considera como componente del principio de “buena fe”, que es un principio rector (así como un principio general de derecho internacional)¹⁸ para la aplicación del criterio de “trato justo y equitativo” previsto en el Artículo 1105, criterio que se repite, en forma más o menos idéntica, en la mayoría de los más de 2.400 restantes tratados de inversiones actualmente vigentes¹⁹. En la controversia de que

¹⁸ Véase Bin Cheng, 120 ff, quien considera que una de las aplicaciones del principio de buena fe se refleja en la doctrina del *common law* sobre las “legítimas expectativas” (*venire contra factum proprium*).

¹⁹ En un reciente estudio de la OCDE sobre el “nivel justo y equitativo” se señala que la “buena fe” es una combinación de los siguientes elementos: respeto de las expectativas básicas, transparencia y ausencia de arbitrariedad, y se cita el caso Tecmed c. México como ilustración de ese vínculo, págs. 37-39, Working papers on international investment, N°: Fair and equitable treatment standard in international investment law, septiembre de 2004. En ese estudio no se han examinado aún precedentes anteriores ni jurisprudencia arbitral moderna (Metalclad c. México; Tecmed c. México; MTD c. Chile; Occidental c. Perú). El concepto de legítimas expectativas ya había sido utilizado en el laudo del caso Aminoil c. Kuwait; Amoco

se trata, ambas partes (y el Tribunal) suponen la existencia de ese criterio previsto en el Artículo 1105²⁰. Ambas pueden basarse legítimamente en el reconocimiento del principio de la “buena fe” como obligación independiente o, cabe sostener que principalmente, como importante principio hermenéutico que se aplica en forma accesoria a una obligación principal (como la de un “trato justo y equitativo”)²¹. En el Artículo 31 de la Convención de Viena se menciona expresamente la “buena fe”²². Ese principio ha sido aplicado en las relaciones intergubernamentales para reforzar una obligación, para impedir que un Estado invocara una ley formal como excepción contra una reclamación cuando él hubiera llevado al otro Estado a basarse en la manera en que había de ejercer derechos y para privar de un argumento jurídico a un Estado cuyos actos anteriores hubieran indicado que no se proponía invocar ese argumento²³. Cabe citar al respecto las autorizadas palabras de Derek Bowett²⁴:

“Pueden formularse declaraciones... expresas o implícitas cuando, a la luz de una razonable interpretación de la conducta de una parte, esa conducta presupone la existencia de determinada situación de hecho. Suponiendo que la otra parte a la que se dirige la declaración actúa en detrimento propio

c. Irán; véase I. Seidl-Hohenveldern, “L’Evaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux”, *Annuaire Français de Droit International*, 1987, pág. 28, principalmente, al parecer, para corregir un enfoque jurídico por lo demás demasiado formal; análogamente, en el laudo del caso Shufeldt se usó un enfoque similar para obligar a un gobierno a cumplir una obligación cuando el contrato formal no era jurídicamente válido pero el gobierno había tolerado las operaciones basadas en ese compromiso, que lo habían beneficiado, por ejemplo en forma de impuestos, como ocurre en el caso de autos.

²⁰ *Generation Ukraine c. Ucrania*: párrafo 20.37.

²¹ Se discute si la “buena fe” implica una obligación independiente de derecho internacional o es más bien un principio rector para la interpretación de una obligación claramente diferenciada, como lo sostiene el Gobierno de los Estados Unidos en su Contrarréplica en el caso *Methanex c. Estados Unidos* (www.state.gov/s/l/c5822.htm, págs. 25 y 26). Esa controversia, sin embargo, no es pertinente para el caso de autos. Lo que está en juego es la aplicación del principio de la buena fe para respaldar la afirmación de un criterio de legítimas expectativas como subcategoría de la obligación de aplicar un “trato justo y equitativo”.

²² Bin Cheng, *General Principles of Law*, Grotius, Cambridge, 123 y siguientes.

²³ CIJ, *Caso Nuclear Test*, ICJ Reports 1974, 253, pág. 268.

²⁴ “Estoppel Before International Tribunals and Its Relation to Acquiescence”, 33 BYIL 176 (1957), citado como opinión autorizada en *Reisman/Arsanjani*, *ICSID Journal* 2004, pág. 340.

basándose en esa declaración, o que a partir de esa declaración la parte que la efectúa obtiene algún beneficio, el principio de buena fe exige que la parte se atenga a esa declaración, sea ésta verdadera o falsa. Es posible interpretar la doctrina de las expectativas legítimas como basada en una responsabilidad en que haya incurrido la parte que formuló la declaración por haber creado la apariencia de un acto, o como supuesto necesario del riesgo en que incurre otra parte que actúe basándose en la declaración” (traducción al español del traductor).

26. No obstante, es difícil aplicar esas normas internacionales referentes a relaciones entre Estados en un contexto en que un inversionista extranjero se basa en seguridades dadas por el Estado receptor con respecto a su derecho (es decir, en una interpretación específica) o con respecto a la manera en que hayan de proceder sus autoridades²⁵. Pero lo que puede usarse del derecho internacional, interestatal, es el concepto de que la “buena fe” y las “expectativas legítimas” previstas en el Artículo 1105 del TLCAN impiden la aplicación del derecho interno; por ejemplo, la ley mexicana sobre juegos de azar tal como la interpretó el nuevo gobierno mexicano de entonces²⁶. El principio de la buena fe y las expectativas

²⁵ A diferencia de lo que ocurre en las relaciones entre Estados, también en la OMC, en relación con las controversias entre inversionistas y Estados en el marco del TLCAN, las partes están en pie de igualdad en cuanto a las condiciones de competencia, porque el Estado receptor, aunque esté obligado por el criterio de un trato justo y equitativo, es menos vulnerable que el inversionista frente a la aplicación de ese criterio en el caso específico de que se trata, porque el inversionista carece del poder de imponer represalias que tiene la contraparte comercial. En consecuencia, es importante interpretar en forma más amplia en el marco del Capítulo XI del TLCAN que en el de los acuerdos de la OMC las expectativas legítimas que pueda tener un inversionista con respecto a las seguridades dadas por un Estado receptor.

²⁶ En derecho internacional, tal como lo señala Brownlie, “invocar el ‘principio de la buena fe’ implica, ante todo y principalmente, indicar que no debe aplicarse el derecho nacional de las respectivas partes”. Según ese autor, el supuesto es que “el derecho aplicable debe aplicarse en forma compatible con las expectativas comunes de las partes. I. Brownlie, Ian, Some Questions Concerning the Applicable Law in International Tribunals, en: Theory of International Law at the Treshold of the 21st Century, Essays in Honour of Krzysztof

legítimas rige la manera en que debe interpretarse la ley mexicana sobre juegos de azar, en lo que respecta a la relación entre las partes (es decir, entre México y Thunderbird)²⁷. Los gobiernos no tienen la potestad de desconocer una decisión según la cual, conforme al principio de derecho internacional de “trato justo y equitativo”, ha surgido una expectativa legítima invocando una interpretación predominante contraria basada en el derecho interno²⁸. La consecuencia de este análisis es que el principio de las “expectativas legítimas” previsto en el Artículo 1105 del TLCAN obliga a dejar de lado toda interpretación predominante del derecho mexicano sobre la legalidad de la operación de que se trate si puede considerarse que la SEGOB ha dado –razonable y legítimamente– esa seguridad. El tratado no obliga a México a modificar su ley ni la interpretación predominante de la misma en determinado momento; simplemente le impone la obligación de pagar una indemnización financiera en caso de que sus autoridades hayan generado en determinado inversionista una expectativa legítima, confirmada por una inversión, de que ha de aplicarse otra interpretación, o una interpretación anterior.

27. El principio de protección de una “expectativa legítima”²⁹ o, en el *common law*, “estoppel”³⁰, también se ha aplicado en el derecho comparado de los

Skubiszewski, Jerzy Makarczyk (director de la publicación), La Haya, Kluwer Law International, 1996; Reisman/Arsanjani, ICSID Review 2004, pág. 339: “Si el inversionista se ha basado en esa declaración, al igual que en un contexto de derecho internacional público es difícil concebir que el Estado pueda valerse del derecho interno para eludir la responsabilidad” (traducción al español del traductor).

²⁷ El laudo del caso Gobierno de Kuwait c. Aminoil, 1982 [66 International Law Reports (1982), pág. 518] establece: Así, en la medida en que sea necesario interpretar el Artículo III, 2 del Acuerdo de Arbitraje, esa interpretación deberá basarse en la disposición que no sólo haya sido elegida libremente por las partes en 1973, sino que además refleje el espíritu en que se haya basado la continua realización de la concesión petrolera en Kuwait” (traducción al español del traductor).

²⁸ Esa fue también la conclusión del tribunal que entendió en el caso MTD c. Chile, en que se llegó a la conclusión de que existía una expectativa legítima, aunque el proyecto de construcción contravenía la ley nacional sobre planificación.

²⁹ “Venire contra factum proprium”, “Vertrauensschutz”

³⁰ Cave v Mills (1962) Court of Exchequer, 7 Hurlstone & Norman, p. 193 at p. 927 (citación de F. de Trazegnies, LA VERDAD CONSTRUIDA: Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal, TDM 2005 (www.transnational-dispute-management.com))

contratos, principalmente para impedir que una parte invoque derechos formales si con ello contraría declaraciones y actos anteriores que hayan llevado a la otra parte a confiar en la expectativa concreta así creada³¹. No obstante, el derecho de los contratos —en que se presume la existencia de dos partes iguales en un contrato comercial— es menos pertinente que el derecho público comparado en relación con el examen judicial de los actos del Gobierno. Por ejemplo, en su jurisprudencia firme, la Corte Europea de Justicia concluyó que el principio de las “legítimas expectativas” es un principio esencial de la relación entre el Estado y las personas individuales. Ese principio impone a las autoridades públicas (incluida la Comisión Europea) la obligación de respetar las expectativas legítimas que hayan generado en las personas, en especial si se han realizado inversiones basadas en esas expectativas³². En la jurisprudencia de la CEJ, la autoridad pública no puede cambiar de rumbo a la ligera una vez que ha generado esas expectativas legítimas, confirmadas por inversiones, sino que debe tener en cuenta sus actos anteriores cuando se proponga alterar el rumbo con efectos negativos para personas/inversionistas. Este principio fue reconocido también por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en especial para definir la existencia de

³¹ Véanse referencias en Héctor Mairal, *Actos Propios*, Buenos Aires, 1994; ese uso del concepto de las expectativas legítimas parece estar relacionado con el de la aquiescencia, según el cual la existencia de una tolerancia prolongada e informada lleva a rechazar una reclamación o supone una renuncia tácita, *Corpus Juris Secundum*, junio de 2005, 30 A CJS Equity, párrafo 136.

³² Véase el caso C-17/03, de junio de 2005, párrafo 73: “No cabe duda de que el principio de la protección de las legítimas expectativas es uno de los principios fundamentales de la Comunidad” (véanse, *inter alia*, caso C-104/97 P Atlanta c. Comunidad Europea [1999] ECR I-6983, párrafo 52, y casos conjuntos C-37/02 y C-38/02, Di Lenardo y Dilexport [2004] ECR I-6945, párrafo 70”. En *Marks y Spencer c. Commissioners of Customs and Excise*, 2002, ECR I-6235 la CEJ concluyó que la protección de las expectativas legítimas se aplica en forma de impedir que se sancione una modificación de la legislación nacional que prive retroactivamente al sujeto pasivo de obligaciones tributarias del derecho de que gozaba antes de la enmienda”; ese principio debe aplicarse del mismo modo a una reinterpretación fundamental de la legislación nacional que se haya dado a conocer específica y formalmente a la persona que se haya basado en ella para realizar una inversión considerable.

“derechos adquiridos” jurídicamente protegidos³³. El derecho europeo no impide a una autoridad pública cambiar de orientación, pero impone un proceso de equilibrio entre el interés individual y la necesidad de una política pública flexible³⁴:

“Una expectativa es, pues, legítima y debe protegerse si “adoptar una orientación nueva y diferente supone un abuso de poder” (...) “Una vez establecida la legitimidad de la expectativa, los tribunales establecerán un equilibrio entre la necesidad de justicia y todo interés superior en que se inspire la modificación de la política”³⁵ (traducción al español del traductor).

28. En varios sistemas de derecho administrativo desarrollados se reconoce también el principio de las expectativas legítimas³⁶. Pero no se ha establecido firmemente, en forma precisa, su alcance y consecuencias. Existen contradicciones entre el principio de que las administraciones públicas deben ser absolutamente claras en su trato con las personas y respetar las expectativas legítimas que hayan generado, y el concepto de que sólo goza de protección la confianza en seguridades inequívocas de

³³ Kopecký c. Eslovaquia, párrafo 35, 28 de septiembre de 2004, Djidrovski c. ex República Yugoslava de Macedonia, párrafo 68, 24 de febrero de 2005; caso de s.a. Dangeville c. Francia, 16 de abril de 2002.

³⁴ S. Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, OUP, 2001; J. Schwarze, *European Administrative Law*, 1992, 880 ff; dictamen del Abogado General Jacobs en caso de la CJE RAcke c. Hauptzollamt Mainz, Caso C 162/96, párrafo 95: “Además, en el derecho comunitario, la protección de las legítimas expectativas puede limitarse en virtud de un interés público supremo” (traducción al español del traductor).

³⁵ Caso R c. North and East Devon Health Authority, 2000, 3 ALL ER 850, párrafo 57

³⁶ Schonberg, 2001; De Smit, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, quinta edición, Londres 1995, 867 ff; P. Craig, *Administrative Law*, 1994, 611-650; con respecto a los países latinoamericanos: Ana I. Piaggi: *Reflexiones sobre los principios generales de derecho*, en Marcos A. Córdoba (director): *Tratado sobre la buena fe en el Derecho*. La Ley. Buenos Aires, 2004. T. I, pág. 118; asimismo: Voto concurrente del Dr. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva No. 16/99, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1 de octubre de 1999: “allegans contraria non audiendus est”. El derecho francés (véase Schonberg, op. cit., pág. 116 ff) resuelve la cuestión a través de un amplio reconocimiento de derechos adquiridos por acto administrativo y protegidos contra una revocación retroactiva.

las autoridades públicas³⁷. En el derecho de la CE pueden crearse expectativas legítimas a través de declaraciones informales, incluidas manifestaciones orales suficientemente precisas y actos de gobierno, por sí mismos o en combinación con seguridades escritas³⁸. Vale la pena mencionar la referencia que se hace en el exhaustivo estudio de Schonberg a la necesidad de un enfoque más subjetivo, en que se tenga en cuenta la experiencia y la escala de los inversionistas, para conceder mayor protección a los más pequeños y menos experimentados. Este principio es reconocido en los sistemas de derecho civil españoles y latinoamericanos³⁹ y presumiblemente forma parte –como componente del principio global de la “buena fe” – del derecho civil y administrativo mexicano⁴⁰.

29. La expectativa legítima ha sido reconocida asimismo como un importante principio orientador de la interpretación de otras obligaciones de derecho económico internacional. De varias decisiones de grupos especiales de la OMC parece deducirse el reconocimiento, en cierta medida, de ese principio⁴¹: “La protección de las expectativas legítimas de los Miembros

³⁷ Caswe T-123/89 [Chomel c. Comisión (1990)], párrafo 26; Schonberg, op. cit., pág. 120 ff; el autor señala que corresponde aplicar un enfoque flexible y liberal en el caso de operadores más pequeños y menos experimentados que confíen en las declaraciones de la administración pública de la CE, pág. 128.

³⁸ P. Craig, *Substantive Legitimate Expectations in Domestic and Community Law*, CLJ 289 (1996), que contiene una reseña de la jurisprudencia pertinente de la CJE.

³⁹ Héctor Mairal, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1994; Piaggi, *supra*.

⁴⁰ En S. Zamora y otros, 2004, *Derecho Mexicano*, en el Capítulo 17 se analiza el concepto de “mala fe”, es decir, de la conducta contraria a lo acordado; de la lectura de Pedro Coviello, *La Protección de la Confianza del Administrado*, Buenos Aires 2004, pág. 446, infiero que el autor mexicano Álvaro Carlos Estrado, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, 1997, págs. 124 y 125, analiza la aplicación del principio de la expectativa legítima y la buena fe en el derecho mexicano, pero no he logrado ubicar ese libro.

⁴¹ India-Patents, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.20; India-Patents, Informe del Órgano de Apelación 43-45; Informe del Grupo Especial de CE-Lan, párrafo 8.25; Estados Unidos - Sección 301, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.67, Italia – Maquinaria agrícola, Informe del Grupo Especial del GATT 1947, párrafos 5, 12, “ofrece iguales condiciones de competencia”; Canadá - Automóviles, Informe del Grupo Especial del GATT 1947, párrafos 10.76, 10.77, 10.80, “que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia”; CEE - Oleaginosas I, Informe del Grupo Especial del GATT 1947, párrafos 147 y 148, 152. Véase Marion Panizzon, “Good Faith in the Jurisprudence of the WTO, A Study on the Protection of Legitimate Expectations,

en cuanto a las condiciones de competencia es un principio del GATT bien establecido que se deriva en parte del artículo XXIII en el cual se estipulan las disposiciones básicas del GATT (y de la OMC) para la solución de diferencias”⁴². En términos generales, ese principio se utiliza aquí para impedir que las concesiones negociadas se vean afectadas por actos de Estados miembros que sean incompatibles con el objeto y el espíritu de esas concesiones⁴³.

30. En esta breve reseña del derecho internacional general, del derecho económico internacional (incluido el de la UE), del derecho comparado de los contratos y del derecho administrativo comparado no se especifican exactamente los lindes de ese principio, pero se señala que en los sistemas desarrollados de derecho administrativo, un ciudadano –y más aún un inversionista– debe gozar de protección frente a modificaciones imprevistas y perjudiciales de políticas si el inversionista ha realizado inversiones significativas contando con una garantía razonable, originada en una autoridad pública, sobre la estabilidad de esa política. En este contexto, es especialmente importante la seguridad de determinada interpretación de una ley, que a menudo es de alcance amplio, frente a un cambio imprevisto y perjudicial de esa interpretación⁴⁴. No obstante, esa

Good Faith Interpretation of the WTO Agreements and Fundamental Fairness in Dispute Settlement”, original presentado para su publicación, abril de 2005.

⁴² India - Patents, Informe del Grupo Especial, párrafo 7.20.

⁴³ El Órgano de Apelación de la OMC ha vinculado el que denomina principio “específico del GATT” de protección de legítimas expectativas con el principio general de derecho de la buena fe para prohibir a los Estados Unidos abusar de la prueba de la lesión en el derecho antidumping distribuyendo el importe de la recaudación de derechos antidumping a las empresas estadounidenses que hubieran votado a favor de la introducción y el mantenimiento de derechos antidumping contra importadores de acero de la UE. Mediante ese tributo, Estados Unidos creó un incentivo a la aplicación de recursos comerciales, que no se prevenían en la cláusula de “amenaza de daño” del Acuerdo Antidumping de la OMC y que a juicio del grupo especial era contrario a la buena fe. Véase Estados Unidos – Ley de Compensación (“Enmienda Byrd”), Informe del Grupo Especial, párrafos 7.63-7.64, Estados Unidos – Ley de Compensación (“Enmienda Byrd”), Informe del Órgano de Apelación, párrafos .

⁴⁴ Mairal, op. cit., 140, 150 ff.; Schonberg, op. cit., pág. 109, en que se hace referencia a HTV c. Price Commission, 1976 ICR 1970, 1985: “una autoridad pública que ha inducido a los agentes económicos a basarse en cierta interpretación de una ley sólo puede adoptar otra

interpretación no es incondicional ni eterna. Conduce a un proceso en equilibrio entre las necesidades de una política pública flexible y la legítima confianza en determinadas expectativas confirmadas por inversiones. La doctrina consultada es ilustrativa de la práctica contemporánea de los Estados y de los criterios mínimos de derecho internacional comparado. El “criterio de lo justo y equitativo” no puede emanar de criterios personales o culturales subjetivos; debe estar enraizado en reglas y principios objetivos que reflejen, en forma autorizada y universal, o por lo menos generalizada, la actitud contemporánea del moderno derecho económico nacional e internacional. La amplia aceptación del principio de las “expectativas legítimas” respalda, por lo tanto, el concepto de que ese principio efectivamente forma parte del “trato justo y equitativo” que deben aplicar los gobiernos a los inversionistas extranjeros en el marco de modernos tratados de inversiones, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 1105 del TLCAN y por disposiciones equivalentes de tratados bilaterales de inversiones aplicables. En esos laudos –Metalclad c. México, Tecmed c. México, Occidental c. Ecuador, Waste Management c. México II⁴⁵ y MTD c. Chile⁴⁶– quizá no se expusieron específicamente los fundamentos doctrinarios del principio, su alcance y sus lindes, pero esos precedentes autorizados han contribuido a hacer de la “expectativa legítima” una subcategoría del “trato justo y equitativo” en los tratados de inversiones más pertinentes para la controversia de autos (incluido el TLCAN en lo que atañe al Artículo 1105 del Capítulo XI)⁴⁷.

interpretación si existe un interés público supremo en hacerlo” (traducción al español el traductor).

⁴⁵ Laudo publicado en 43 ILM 967 (2004).

⁴⁶ Tengo entendido que se ha interpuesto un recurso de anulación contra el laudo del caso MTD c. Chile.

⁴⁷ F. Orrego Vicuña, “Regulatory authority and legitimate expectations”, Intl Law Forum, vol. 5, 2003, 188 y 197; C. Schreuer, “Fair and equitable treatment in arbitral practice” en: *Journal of World Investment*, 2005, pág. 374; B. Sabahi, “Protections of Legitimate Expectations”, TDM 2005 (www.transnational-dispute-management.com; de próxima aparición).

31. En esos casos parece considerarse por primera vez la “expectativa legítima” como una subcategoría definida de la obligación de conceder un “trato justo y equitativo”, pero existen precursores, en la mayoría de los cuales el concepto de expectativa legítima se usa como principio para especificar el alcance y el contenido de obligaciones jurídicas primarias. En *Revere Copper and Brass c. OPIC*, el tribunal señaló que las “seguridades dadas de buena fe a esos extranjeros como incentivo para que realizaran las inversiones” (traducción al español del traductor) contribuyeron a la creación de un derecho protegido⁴⁸. En *ME Cement c. Egipto* se usó el concepto de expectativa legítima para delinear el lucro cesante de una licencia, a los efectos de calcular la indemnización⁴⁹. En *Nagel c. República Checa* (pág. 33) se usó el concepto de expectativa legítima para distinguir la existencia de un derecho adquirido protegido de la mera esperanza o de expectativas personales jurídicamente no pertinentes⁵⁰. En sus considerandos, el tribunal indica que a menor formalidad en las “comunicaciones personales” corresponde menor probabilidad de que se genere una expectativa legítima, lo que implica que a mayor formalidad de una seguridad dada corresponde mayor posibilidad de que se suscite una expectativa legítima. En *ADF c. Estados Unidos*, el tribunal analizó la expectativa presuntamente generada en la demandante por la jurisprudencia existente, pero negó la existencia de una “expectativa legítima” porque la expectativa no había sido creada por “una manifestación engañosa de funcionarios autorizados del Gobierno federal de los Estados Unidos sino, según parece probable, por el asesoramiento jurídico recibido... de un abogado privado”⁵¹ (traducción al español del

⁴⁸ Laudo del 24 de agosto de 1978, 17 ILM 1321 (1978), página 1331.

⁴⁹ *ME Cement c. Egipto*, sitio web del CIADI, párrafos 127-129.

⁵⁰ SCC Case 49/2002; el tribunal consideró que la falta de formalidad de las manifestaciones en los contactos personales informales con autoridades públicas era una razón para negar la existencia de un derecho adquirido y de una expectativa legítima, pág. 156: “Cabe la posibilidad de que [el Sr. X], actuando de buena fe, haya sido excesivamente optimista al interpretar las señales informales que había recibido de amigos influyentes y contactos personales en el... Gobierno” (traducción al español del traductor).

⁵¹ *ADF c. Estados Unidos*, Laudo del 9 de enero de 2003, párrafo 189.

traductor). El caso de autos sugiere, a contrario sensu, que son las manifestaciones de funcionarios autorizados las que dan mérito a expectativas legítimas, si cabe afirmar razonablemente que el inversionista comprometió capital en virtud de esas manifestaciones⁵². En *Mobil Oil c. Irán* se usó el concepto de la expectativa legítima para calcular la indemnización por la rotura de negociaciones tendientes a un acuerdo rescisorio⁵³; en ese contexto, dicho principio opera como la protección de un interés que aún no se ha desarrollado hasta convertirse en un contrato cabal, jurídicamente vinculante, pero que de todos modos merece protección, a semejanza de lo establecido en el caso *Shufeldt*⁵⁴. El atributo esencial de esos casos es que se protege un interés protocontractual, aunque, en cuanto a la indemnización, a un nivel considerablemente diferente e inferior al que se lograría si se tratara de un interés jurídicamente validado a través de un contrato. En *SPP c. Egipto*, el tribunal concluyó que “ciertos actos de funcionarios egipcios”... “estaban cubiertos con el manto de la autoridad pública y se dieron a conocer como tales a inversionistas extranjeros, que confiaron en ellos para realizar sus inversiones. Legales... o no, esos actos... crearon expectativas protegidas por principios firmes de derecho internacional”⁵⁵ (traducción al español del traductor).

32. Un examen de esos casos indica que las garantías consistentes en actos, informales, orales o generales pueden dar lugar a expectativas legítimas o confirmar su existencia. Pero el umbral probatorio de esas manifestaciones

⁵² En el mismo sentido, B. Choudhury, *Defining fair and equitable treatment in international investment law*, 6 *J World Investment & Trade*, 296, pág. 309; la Corte Europea de Justicia, en jurisprudencia firme, sostiene que las “cartas de certeza” obligan a la Comisión, a menos que surjan hechos nuevos. Véase *V. Korah, Comfort letters – 1981 6 ELRev 14*.

⁵³ *Mobil Oil c. Irán*, 16 *Irán-Estados Unidos CTR* 3, 43 y 44 (1987).

⁵⁴ *Caso Shufeldt, Reclamación Estados Unidos c. Guatemala, UNRIAA 2 (1949) 1081*; el caso se refería a actividades de concesión realizadas sin un instrumento de concesión jurídicamente válido; no obstante, en el laudo se consideró obligado al gobierno por haber tolerado las actividades durante un período prolongado y haberse mostrado muy dispuesto a aprovechar esa situación a través de impuestos y beneficios conexos.

⁵⁵ *SPP c. Egipto*, 3 *ICSID Reports* 189, párrafos 82 y 83, del 20 de mayo de 1992.

informales y generales es sumamente alto. Por otra parte, la existencia de una expectativa legítima es más verosímil cuando un inversionista individual recibe garantías formales específicas presentadas visiblemente como de carácter oficial y cuando el (los) funcionario(s) percibe(n) o debe(n) percibir que el inversionista, razonablemente, tiene la intención de basarse en esa manifestación (el elemento de “expectativa confirmada por inversiones”). La manera más clara de crear una expectativa legítima consiste en que los elementos formales y oficiales sean seguidos y reforzados por actos que contengan el mismo mensaje que el inversionista extraiga –y pueda extraer razonablemente– de una garantía interpretativa o “carta de certeza”. Un análisis más reciente indica que las “expectativas creadas por actos, declaraciones u omisiones específicos de las autoridades públicas pertinentes” guardan “cercano paralelismo” con la obligación de acordar un “trato justo y equitativo”⁵⁶.

33. La diferencia esencial a los efectos de la aplicación del concepto de “expectativa legítima” conforme al Artículo 1105 del TLCAN y tratados de inversiones similares con respecto al derecho de los contratos comerciales aplicado en el arbitraje comercial internacional es que las dos partes de las controversias sobre inversiones no están en igualdad de condiciones⁵⁷. Si esa igualdad existe, se justifica un nivel de diligencia debida mucho más alto, por ejemplo en las relaciones entre Estados enmarcadas en el derecho convencional internacional, en el derecho de la OMC o en relaciones comerciales transnacionales, conforme a los pronunciamientos habituales

⁵⁶ S. Fietta, *Expropriation and the fair and equitable standard*, BIICL Quinta conferencia sobre tratados de inversiones, 9 de septiembre de 2005, de próxima aparición, sobre TDM (www.transnational-dispute-management.com). El tribunal del caso CMS c. Argentina hizo hincapié en el “compromiso específico” asumido por el gobierno como base para una reclamación (en el párrafo 277, laudo sobre el fondo del asunto).

⁵⁷ Este atributo también distingue al arbitraje sobre inversiones del arbitraje de la OMC, lo que justifica un mayor nivel de protección; la observación de Schonberg (*supra*, pág. 128) con respecto a la necesidad de tener especialmente en cuenta los antecedentes específicos de inversionistas carentes de experiencia indica que debe tenerse en cuenta la percepción subjetiva de las seguridades por parte de aquel a quien se formulan, en lugar de considerar cómo habría entendido y debía haber entendido una gran empresa extremadamente competente y perfecta la garantía que le formulara una autoridad pública.

adoptados en el arbitraje comercial internacional. Cabe esperar que partes fuertes en igualdad de condiciones desplieguen más experiencia técnica y diligencia debida para reducir al mínimo la ambigüedad en sus relaciones recíprocas. Tampoco pueden aplicarse los mismos requisitos que en el examen judicial nacional de los actos administrativos, ya que el inversionista extranjero está en una posición mucho más vulnerable y corre más riesgos que un ciudadano nacional que enfrenta a su administración ante tribunales nacionales. Los tratados de inversiones de todo género –por ejemplo, el TLCAN en su Preámbulo y en su Artículo 102– procuran contrarrestar esa debilidad de los inversionistas extranjeros concediéndoles un régimen de mayor protección. Esa protección especial es necesaria para promover inversiones, contrarrestar la desventaja estructural en que se encuentran los inversionistas extranjeros cuando ingresan en una sociedad distinta de la propia, y ayudar a los gobiernos a mejorar cualitativamente sus sistemas de gobernanza. Como lo señaló Elihu Root en 1910, refiriéndose al inversionista extranjero:

“Como es natural, estará en desventaja en los litigios contra ciudadanos del país. Está menos familiarizado que ellos con las leyes, la manera de realizar negocios, los hábitos de pensamiento y acción, el método de procedimiento, las costumbres y prejuicios locales”⁵⁸ (traducción al español del traductor).

34. Todos los tratados internacionales sobre inversiones procuran atraer inversiones en una situación en que el inversionista local está en una situación mucho más ventajosa, pues habitualmente poseerá más experiencia en sus tratos formales e informales con el aparato gubernamental; abundan las formas ocultas de colusión entre administradores y empresarios locales. Lo que ocurre en esas relaciones

⁵⁸ Cita tomada de Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, 2005, pág. 23.

entre gobiernos y empresas generalmente no es visible: es una “caja negra” en que a los inversionistas extranjeros –y a los tribunales arbitrales– les resulta muy difícil penetrar⁵⁹. Por lo tanto, si se procura lograr una “**competencia leal**” [Artículo 101 (1)(b) del TLCAN] y “**aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión**” [Artículo 101 (1)(c) del TLCAN], debe prestarse atención adicional a la “**claridad**” y “**previsibilidad**” de la “**planeación de las actividades productivas y de la inversión**” (Preámbulo del TLCAN). El criterio de protección de las expectativas legítimas establece, por lo tanto, que esas oportunidades de competir que gozan de protección conforme al Artículo 101(1) (b) del TLCAN no deben contrarrestarse a través de medidas que en la práctica vayan en detrimento de la “planeación de las actividades productivas y la inversión” del inversionista. A través del Capítulo XI del TLCAN se procura atraer a inversionistas extranjeros al Estado receptor, pese a que estarán más expuestos al riesgo político, incluido el riesgo de alianzas encubiertas entre los competidores locales y el gobierno; los especiales mecanismos de protección del Capítulo XI del TLCAN constituyen el principal instrumento para una política de promoción de inversiones de ese género. El *Informe sobre el desarrollo mundial 2005* del Banco Mundial, que es el instrumento autorizado de políticas de inversiones extranjeras y desarrollo económico, formula el criterio pertinente con respecto a las promesas y a los actos administrativos del Gobierno⁶⁰:

⁵⁹ Cabe mencionar al respecto las observaciones del tribunal del caso *Feldman c. México*, párrafo 180, y sus esfuerzos tendientes a crear un método de presunciones para desentrañar el contenido de la “caja negra” (la colusión de los inversionistas/competidores locales con autoridades públicas).

⁶⁰ En el *Informe sobre el desarrollo mundial*, del Banco Mundial (2005), pág. 176, se destaca la importancia de que las promesas gubernamentales y los actos administrativos sean “creíbles” como respaldo de las inversiones (pág. 179). En ese documento se considera el uso de los tratados de inversiones y sus “disciplinas” como un “instrumento potencialmente poderoso para reforzar la credibilidad de sus compromisos contractuales y de políticas” (traducción al español del traductor).

“¿Las empresas pueden basarse en ellas con confianza al adoptar sus decisiones sobre inversiones?” (traducción al español del traductor).

35. Hacer cumplir las normas que hacen efectivas esas promesas sirve el interés a largo plazo y de carácter general del Estado receptor y del inversionista (pág. 179 ff). El uso de las disciplinas de los tratados de inversiones –que constituyen en este sentido el principio de las expectativas legítimas enmarcadas en un trato justo y equitativo– constituye un “instrumento potencialmente poderoso para reforzar la credibilidad de [los] compromisos contractuales y de políticas [asumidos por los gobiernos]”. Tal como lo señala el *Informe sobre el Desarrollo Mundial* del Banco Mundial:

“Tanto los gobiernos como las empresas pueden resultar beneficiados. A los gobiernos los beneficia un dispositivo de asunción de compromisos que permite atender las preocupaciones de los inversionistas y de ese modo ayudarlos a captar más inversiones a un costo menor, y también reduce el riesgo de politización de una controversia ulterior. Las empresas se ven beneficiadas debido a la reducción de los riesgos y a la existencia de un mecanismo más confiable para proteger sus derechos si la relación con el gobierno receptor se deteriora” (traducción al español del traductor).

36. Por lo tanto, esos objetivos del TLCAN –tanto el objetivo general de que a los inversionistas extranjeros les resulte más atractivo el Estado receptor como la herramienta instrumental de una mayor transparencia, claridad y previsibilidad que haga posible planificar mejor las inversiones– deben orientar el proceso de definición de las condiciones de aplicación del principio de las “expectativas legítimas” conforme al Artículo 1105, y su

aplicación a los hechos concretos de una situación específica⁶¹. Esos objetivos difieren esencialmente del enfoque de las “expectativas legítimas” en el derecho comercial y contractual que integra la jurisprudencia en materia de arbitraje comercial internacional.

37. Los laudos más pertinentes del TLCAN (y del CIADI) han hecho que esos objetivos e instrumentos autorizados previstos en el TLCAN y en tratados de inversiones similares lleven a hacer hincapié en la “transparencia” y en un concepto de “expectativa legítima” que tiene en cuenta, pero desarrolla aún más, el sentido de ese concepto, en la jurisprudencia de las convenciones internacionales, el derecho comparado de los contratos, el derecho administrativo y el derecho europeo y de la OMC. En los últimos años, cabe observar un considerable crecimiento del papel y del alcance del principio de las expectativas legítimas, que inicialmente cumplía una función exegética subsidiaria consistente en reforzar el enfoque interpretativo adoptado, y en la actualidad constituye una subcategoría autónoma y una base independiente para una reclamación fundada en el “nivel de trato justo y equitativo” previsto en el Artículo 1105 del TLCAN. Esta evolución posiblemente guarda relación con el hecho de que abre una vía más sutil para proporcionar un recurso apropiado a la situación de que se trata que la que ofrecen la determinación y el recurso más drásticos inherentes al concepto de la expropiación por vía reglamentaria. Probablemente en parte por esas razones, la “expectativa legítima” se ha convertido, para los tribunales, en una vía de protección de los reclamantes en situaciones en que las pruebas de una “expropiación por vía reglamentaria” parezcan demasiado arduas, complicadas y

⁶¹ Con respecto a la importancia, a los efectos de la interpretación, de los objetivos de promoción de inversiones mediante protección del TLCAN: en *Metalclad c. México*, párrafo 75, se establece: “asegurar el éxito de la implementación de las iniciativas de inversión” y “promover... las oportunidades transfronterizas de inversión”; en *Pope-Talbot*, Laudo sobre el Fondo I, párrafo 77: “El contexto jurídico incluye los objetivos del TLCAN con respecto a la liberalización del comercio y la inversión” (traducción al español del traductor); es decir, los objetivos de liberalización de inversiones son el principal “fin” del tratado en cuanto interesan a la interpretación conforme al Artículo 31 (1) de la Convención de Viena.

excesivamente vulnerables para que pueda confiarse en ellas como base de un juicio subjetivo.

38. En el caso **Maffezini c. España**, el tribunal vinculó la obligación de un trato justo y equitativo con la transparencia. La falta de transparencia de una transacción financiera realizada por órdenes del gobierno y en detrimento del inversionista se consideró como el aspecto cardinal del incumplimiento de esa obligación⁶².

39. En **CME⁶³ c. República Checa⁶⁴**, el tribunal concluyó que se había producido un incumplimiento de la disciplina del trato justo y equitativo en virtud del cambio de posición del Gobierno con respecto a la situación jurídica de CME. Según el tribunal, CME tenía una expectativa legítima de que la posición jurídica reconocida por el organismo regulador checo se mantuviera y que no se modificara, salvo por razones de buena fe, en detrimento de sus operaciones, en especial a favor de los inversionistas locales. Ese cambio de la posición del organismo regulador con respecto a la interpretación legal creó la posibilidad de que su asociado (y competidor) local lo “exprimiera”. El aspecto sustancial de la conclusión sobre incumplimiento del tratado de inversiones fue la “mutilación de los acuerdos basándose en los cuales las nuevas o subsiguientes autoridades

⁶² Laudo sobre el Fondo, párrafo 83; 13 de noviembre de 2000. Sitio web del CIADI: “[l]a falta de transparencia con que se llevó a cabo esta operación crediticia es incompatible con el compromiso de España de garantizar al inversor un tratamiento justo y equitativo”.

⁶³ El tribunal se basó aquí en Detlev Vagts, *Coercion and Foreign Investment Rearrangements*, 72 AJIL 17 (1978), en que el autor indica que “la cancelación... de la autorización de operar en la que se basa el inversionista...” (traducción al español del traductor) implica expropiación. Probablemente cabría considerar el incumplimiento de las expectativas legítimas como un incumplimiento anterior menos grave que la expropiación. La expectativa legítima confirmada por inversiones es uno de los criterios para definir la expropiación, especialmente en forma de “toma reglamentaria” (acto equivalente a la expropiación), pero requiere también un muy grave detrimento del derecho de propiedad y de su valor económico. La diferencia entre incumplimiento menor e incumplimiento más grave, consistente en la expropiación, debe residir principalmente en la indemnización: en la expropiación corresponde indemnizar la totalidad del valor; en caso de incumplimiento no expropiatorio de la obligación de un trato justo y equitativo se deben indemnizar los perjuicios causados por el desconocimiento de la confianza depositada.

⁶⁴ *CMW c. República Checa*, Laudo Parcial del 13 de septiembre de 2001, párrafos 133, 611.

gubernamentales indujeron a invertir al inversionista extranjero” (traducción al español del traductor). Al igual que en el caso de autos, la modificación, por parte del organismo regulador, de la interpretación jurídica en la que había confiado el inversionista extranjero fue la fuente del beneficio obtenido por un competidor local, favorecido de facto.

40. El tribunal del caso **Metalclad c. México** interpretó el vocablo “transparencia” en el sentido de que:

“Todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados... No debería de haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos. Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central... de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes”.

El tribunal sostuvo que podía permitirse confiar en las afirmaciones de los funcionarios federales (párrafo 89) y que el Demandado “no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible” para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso... en relación con un inversionista... que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo”. La obligación de Metalclad (al igual que en el caso MTD c. Chile) no se limita a ser una obligación

pasiva de no emitir mensajes ambiguos, sino de adoptar en forma proactiva medidas aclaratorias cuando el organismo público sabe o debería saber que el inversionista ha interpretado erróneamente las señales pertinentes emitidas por el Gobierno.

41. En **Técnicas Medioambientales (TecMed) c. México** (párrafo 154), el tribunal concluyó:

“Como parte de tales expectativas, aquél [el inversionista] cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, (para planificar sus actividades)... no sólo las normas o reglamentaciones... sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. ... El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir... sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación”. Además hizo referencia al proceder de un “hombre razonable e imparcial”.

42. En **Occidental (OEPC) c. Ecuador**, el tribunal examinó las respuestas del Gobierno a preguntas del inversionista y concluyó que la respuesta oficial a las mismas era:

“totalmente insatisfactoria y absolutamente vaga”

y consideró que “el marco jurídico y económico” no cumplía el “requisito de estabilidad y previsibilidad” (párrafos 190 y 191) (traducción al español del traductor).

43. En **Waste Management c. México II** (párrafo 98) el tribunal consideró que se incurre en incumplimiento del Artículo 1105 cuando:

“una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicarse este criterio, es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”⁶⁵.

44. En el reciente laudo (sobre el fondo del asunto) del caso **CMS c. Argentina** se confirman los principios desarrollados en *Metalclad y Tecmed c. México*. En él se establece un estrecho vínculo entre el criterio de un trato justo y equitativo, la obligación del Gobierno de dar al inversionista señales claras e inequívocas y los objetivos del tratado de promover inversiones⁶⁶. Ese laudo coincide con mi explicación de una jurisprudencia firme según la cual el incumplimiento de expectativas legítimas creadas por garantías específicas se ha convertido en una subcategoría autónoma del “nivel de trato justo y equitativo” previsto en el Artículo 1105 del TLCAN⁶⁷.

⁶⁵ Esta explicación de la norma de las expectativas legítimas fue aplicada posteriormente en *MTD c. Chile*, párrafo 114.

⁶⁶ *CMS c. Argentina*, 2005, párrafos 273-280. El criterio de que la omisión de ejecutar un programa regulatorio podría infringir una expectativa legítima fue confirmado también en *GAMI c. México*, párrafos 97, 108, pero tan sólo a condición (que no se concluyó que se hubiera cumplido en el caso de autos) de que se hubiera inducido al inversionista a confiar en que se adoptaría esa medida regulatoria, de que él hubiera confiado en esas seguridades, de que el Gobierno fuera el único responsable de la aplicación de las medidas regulatorias prometidas y de que se hubiera alcanzado un umbral mínimo. En *Gami*, los actos gubernamentales, por no ser suficientemente específicos, no podían generar una expectativa legítima.

⁶⁷ Véase también Stephen Fietta, 9 de septiembre de 2005, texto de conferencia, CBIICL, pág. 7.

45. Lo expresado fue confirmado también en el caso **Eureko c. Polonia** (2005), en cuyo laudo se cita (párrafo 235) en forma aprobatoria el pronunciamiento del tribunal del caso **Tecmed c. México** (párrafo 154):

“Esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”

y se llega a la conclusión de que la “conducta discriminatoria del Gobierno polaco representa una grosera violación de las expectativas que habían tenido las partes al concluir el SPA”⁶⁸ (traducción al español del traductor) (párrafo 242).

46. Esas declaraciones sobre el criterio de claridad que debe cumplirse sentaron jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia. En **Opel Austria c. Comisión**, por ejemplo, se establece (1997, párrafo 124):

“Además, según la jurisprudencia, la legislación de la Comunidad debe ofrecer certidumbre y su aplicación debe ser previsible para las personas. El principio de certidumbre jurídica requiere que toda medida de las instituciones que surta efectos jurídicos sea clara y precisa y se ponga en conocimiento de la persona afectada en forma que ésta pueda determinar con

⁶⁸ Un laudo reciente no identificado recaído en una controversia sobre inversiones en Europa oriental referente a explotación de campos petrolíferos al que hace referencia K. Hober, OGEL 5-2003, págs. 37, 28 (www.gasandoil.com/ogel) también se basa en la expectativa legítima del inversionista, en relación con una empresa conjunta, de que el Estado no interferiría ulteriormente ni afectaría al funcionamiento y a la continua ejecución del proyecto de inversión.

exactitud el momento en que la medida nace y comienza a surtir efectos jurídicos. Ese requisito de la certidumbre jurídica debe observarse en forma tanto más estricta cuando se trata de una medida susceptible de provocar consecuencias financieras, para que los interesados puedan conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone” (traducción al español del traductor)⁶⁹.

47. Las consecuencias de la obligación de proceder en forma clara y evitar la ambigüedad consisten en que el organismo público debe soportar el riesgo de su propia ambigüedad. Esa asignación del riesgo de ambigüedad incluye el requisito de que el inversionista haya confiado y pudiera confiar razonablemente en las seguridades que se le ofrecieron, no como si fuera un abogado más que perfecto, dotado de facultades de retrospectión, sino en las condiciones en que actuaría un empresario razonable, en el caso del inversionista, en las circunstancias del caso. “La visión retrospectiva, desde luego, es notoriamente lúcida” (traducción al español del traductor)⁷⁰, pero la visión de futuro no es tan precisa como la retrospectiva. Los inversionistas no son clarividentes y deben adoptar decisiones rápidas basadas en el contenido y en una percepción razonable de los hechos a la fecha en que se conocen, y no en su apariencia al cabo de años de litigios. En 1761, Lord Mansfield dijo:

⁶⁹ Con referencias adicionales a sentencias de la CEJ que confirman el principio de las expectativas legítimas. Véase también CNTA c. Comisión, Caso 74/74 (1975) ECR 533, párrafos 42-4: con respecto a la protección de las expectativas legítimas por parte de agentes económicos que se hayan basado en el mantenimiento de la conducta reglamentaria especificada sin que exista una “cuestión superior de interés público” ni se hayan “adoptado medidas de transición que por lo menos permitan a los agentes evitar las pérdidas...” (traducción al español del traductor). Con respecto a la necesidad de regímenes de transición en caso de que existan expectativas legítimas protegidas, véase también CEJ en el caso Marks & Spencer c. Customs and Excise, *supra*, párrafos 34 ff, 38.

⁷⁰ Reisman/Sloane, “Indirect Expropriation and its valuation in the BIT Generation”, 74 BYIL (2003-2004) 126, 132.

“Las negociaciones diarias y la propiedad de los comerciantes no deben depender de sutilezas y palabras bonitas, sino de reglas fácilmente comprensibles”⁷¹ (traducción al español del traductor).

48. En *HTV c. Price Commission*, Lord Denning dijo que “una autoridad pública que haya inducido a los agentes económicos a confiar en determinada interpretación de una disposición legal sólo podría adoptar otra interpretación si existiera un interés público superior para ello”⁷² (traducción al español del traductor).

49. La Corte Europea de Justicia confirmó recientemente su jurisprudencia con respecto a los conceptos de “expectativa legítima” y “certeza jurídica”⁷³:

“Con respecto al principio de la certeza jurídica, éste requiere, en especial, que las normas que impliquen consecuencias negativas para las personas deban ser claras y precisas y su aplicación deba poder ser prevista por quienes están sujetos a ellas (véase, al respecto, caso 325/85 *Irlanda c. Comisión* [1987] ECR 5041, caso C-143/93 *Van Es Douane Agenten* [1996] ECR I-431, párrafo 27, y caso C-63/93 *Duff y otros* [1996] ECR I-569, párrafo 20)” (traducción al español del traductor).

50. La conclusión de que el riesgo de ambigüedad recae enteramente sobre los hombros de la autoridad pública que ofrece las seguridades, se ve reforzada por el principio tradicional de derecho internacional de que la exégesis de un instrumento jurídico que requiere interpretación y contiene

⁷¹ *Hamilton c. Mendez* (1761) 2 Bur. 1214

⁷² 1976 ICR 170, 185; cita tomada de Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, OUP, pág. 109, nota 14, con referencias adicionales. La defraudación de expectativas legítimas se consideraría como un abuso de poder y un factor de falta de equidad procesal.

⁷³ Caso C-17/03, *VEMW c. Directeur DUTE*, junio de 2005.

ambigüedades debe ser “*in dubio contra proferentem*”, es decir, el redactor de una declaración jurídicamente pertinente y la autoridad que la emite, deben soportar los riesgos de la ambigüedad⁷⁴. Esta norma se refiere principalmente a la interpretación de actos jurídicos unilaterales, como la “certeza interpretativa” dada por la SEGOB a Thunderbird. Guarda relación con la “regla contra proferentem” el principio jurídico “*Nemo audiatur propriam turpitudinem allegans*”⁷⁵, que implica, en el contexto de la obligación de transparencia y claridad que recae sobre el gobierno conforme al TLCAN, que una autoridad pública que haya eludido –lo que suele ser propio de un comportamiento burocrático– la claridad de la expresión que requieren los inversionistas más tarde no pueda basarse en esa oscuridad que provocó deliberadamente o por negligencia para evitar las consecuencias jurídicas de la expectativa legítima así creada y protegida por el Artículo 1105 del TLCAN. Debe admitirse la posibilidad de un cambio de interpretación de la ley, pero el mismo se vuelve sospechoso y “debe examinarse con el mayor escepticismo si su resultado consiste en poner en desventaja a un extranjero”⁷⁶ (traducción al español del traductor).

51. Los informes más pertinentes de la UNCTAD –estudios autorizados de las Naciones Unidas, a los que no puede imputarse simpatía para con los

⁷⁴ Ignaz Seidl-Hohenveldern, *German Yearbook of International Law*, 23 (1980), 412, en que se identifica no sólo la asignación de ese riesgo, que debe recaer sobre la autoridad “redactora”, sino también sobre la parte que, en la relación de que se trata, ocupe la posición superior, conforme a lo sostenido por la SEGOB en su relación con el solicitante del oficio, Thunderbird. *Oppenheim’s International Law*, novena edición, vol. I, 1279: “Si dos sentidos son admisibles, la disposición debe interpretarse *contra proferentem*, es decir, debe ser menos ventajosa para la parte que haya preparado y propuesto la disposición...” (traducción al español del traductor). Véase también C. Schreuer, “The interpretation of Treaties by Domestic Courts”, 45 *BYIL* 298 (1971).

⁷⁵ Reisman/Sloane, 2004, 146.

⁷⁶ Paulsson, 2005, pág. 200; análogamente en cuanto al derecho comparado del examen judicial de los actos administrativos, Mairal, págs. 140, 150, 152; Schonberg, op. cit., pág. 109.

inversionistas – vinculan expresamente la transparencia con la disciplina del “trato justo y equitativo”⁷⁷:

“Esta interpretación indica que cuando un tratado de inversiones no prevé expresamente la transparencia, pero sí un trato justo y equitativo, la transparencia figura implícitamente en el tratado (UNCTAD, 1999a, p. 34). En segundo lugar, si un inversor extranjero desea comprobar si una acción determinada de un país receptor es justa y equitativa, en la práctica el inversor necesita comprobar las normas y prácticas pertinentes que regulan la acción de dicho país; el grado de transparencia en el entorno regulador ayuda, por lo tanto, a determinar hasta qué punto puede considerarse que un país receptor actúa de conformidad con el concepto de trato justo y equitativo”.

52. Héctor Mairal, en su autorizado estudio sobre la “expectativa legítima” (Actos propios) en relación con los sistemas de derecho civil latinoamericanos, hace hincapié en que la ambigüedad de una manifestación oficial no puede liberar a la administración pública del efecto de las “expectativas legítimas” si esa ambigüedad parece ser intencional y concebida con el fin de brindar a la administración dos alternativas y a la vez conferir a la persona una aparente previsibilidad; si la administración mantiene con ella una relación que la obligue a ser clara, eso le impone la obligación de una mayor transparencia y claridad⁷⁸. Schonberg, en su estudio sobre el derecho comparado del principio de la expectativa legítima, ha señalado correctamente, en ese contexto, que los

⁷⁷ UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment*, 1999, págs. 59 y 60; también: UNCTAD, *Transparency*, 2004, pág. 71.

⁷⁸ Mairal, pág. 73: “Cuando el declarante es negligente al incurrir en la ambigüedad y existe entre las partes una relación (...) que obliga a ser explícito”. En la misma página, Mairal reconoce también una frecuente práctica gubernamental: “que la Administración recurre con gran frecuencia a la ambigüedad o sencillamente a la oscuridad en sus relaciones con los particulares”.

inversionistas más pequeños y menos experimentados merecen mayor protección que las compañías grandes y experimentadas⁷⁹.

53. Análogamente, en dos recientes laudos arbitrales se dio preferencia a una interpretación del texto ambiguo del tratado basada en el objetivo de promoción de inversiones que el mismo persigue, y no en una interpretación restrictiva en virtud de la cual el riesgo de ambigüedad habría recaído sobre el inversionista⁸⁰. Aunque esas declaraciones se formularon en el contexto de la interpretación del tratado, expresan un principio igualmente aplicable a la interpretación de comunicaciones oficiales entre el gobierno y el inversionista, pudiendo sostenerse que tanto más cuanto que a diferencia de un tratado bilateral, una comunicación oficial de un gobierno a un inversionista extranjero no es un acuerdo bilateral, sino una comunicación unilateral, de responsabilidad exclusiva del organismo público que la emite.

54. Estas observaciones describen los lindes jurídicos del principio de las “expectativas legítimas” previsto en el Artículo 1105 del TLCAN. No obstante, es útil examinar con mayor detenimiento la decisión y el fundamento adoptado por el tribunal arbitral en el muy reciente caso

⁷⁹ Schonberg, *op. cit.*, *supra*.

⁸⁰ CSOB c. República Eslovaca, párrafo 57, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de mayo de 1999, en el sitio web del CIADI; SGS c. Filipinas, Decisión sobre Jurisdicción, 2004, párrafo 116: “El TBI es un tratado de protección y promoción recíproca de inversiones. Conforme a su Preámbulo, está destinado a ‘crear y mantener condiciones favorables para inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra’. Es legítimo resolver las incertidumbres de su interpretación de modo de favorecer la protección de las inversiones a las que se refiere” (traducción al español del traductor); también Loewen c. Estados Unidos (5 de enero de 2001, párrafo 40 ff): “El texto, el contexto y la finalidad del Capítulo XI se combinan para respaldar una interpretación amplia, y no restrictiva...” (traducción al español del traductor) y, citando Egipto c. Canadá, Laudo de 1998, 38 ILM 708: “es decir, una interpretación que brinde protección y seguridad al inversionista extranjero y a su inversión y que incremente considerablemente las oportunidades de realización de inversiones” (traducción al español del traductor). MTD c. Chile, en que se concluye que las normas del tratado deben interpretarse “en la forma más conducente al cumplimiento del objetivo del TBI de proteger inversiones y crear condiciones favorables a las mismas” (traducción al español del traductor), párrafo 104.

MTD c. Chile, que debería considerarse como el precedente autorizado más pertinente.

55. En el caso MTD, un inversionista malayo planificaba una inversión en construcción de viviendas en Chile. El Gobierno emitió señales positivas a muy alto nivel político y administrativo; dio al inversionista seguridades de que sería bienvenido, suscribió un contrato formal de inversiones que, sin embargo, no incluía ningún acto específico de aprobación del proyecto de inversiones en cuestión, sino que formalizaba el otorgamiento de divisas y garantías relacionadas con estabilidad tributaria para la inversión; en el contrato se aclaró también que el mismo no dispensaba de obtener los permisos de zonificación específicos ni el cumplimiento de otros requisitos de autorización pertinentes. Por lo tanto, se indujo al inversionista a creer que el Gobierno tenía una actitud positiva. Altas autoridades del Gobierno chileno dieron respaldo formal al proyecto, aunque éste no podía realizarse en el contexto del marco reglamentario existente a la fecha de esa manifestación de respaldo. El inversionista no lo sabía, ello no se le explicó y el ministro responsable del sector ni siquiera fue invitado a las reuniones pertinentes. Sin conocimiento del inversionista, otras autoridades públicas opuestas al proyecto se preocuparon activamente de contrarrestar el respaldo local del proyecto, y en última instancia lograron que éste no pudiera seguir adelante por falta de los permisos de zonificación requeridos. La diferencia con Thunderbird es que la contradicción no fue simultánea, sino que se dio en sucesivos actos del Gobierno. El tribunal del caso MTD ciertamente reconoció que si hubiera realizado un “riguroso análisis de debida diligencia”, el inversionista –que carecía de experiencia y no había operado en Chile– probablemente habría identificado los obstáculos decisivos que se oponían a su plan de inversión (párrafo 117):

“Un inversionista prudente no habría pagado por adelantado la totalidad del precio de la tierra avaluada sobre la base del supuesto de la realización del proyecto” (párrafo 242).

No obstante:

“Chile tiene la obligación de actuar en forma coherente y aplicar sus políticas de manera uniforme, independientemente de la diligencia del inversionista” (párrafos 165 y 166) (traducción al español del traductor).

56. El tribunal consideró que esa conducta contradictoria de las autoridades públicas competentes implicaba una transgresión del principio de la “expectativa legítima”, subcategoría de la obligación de brindar un trato justo y equitativo. Concluyó que la obligación referente a la “promoción de inversiones” no era simplemente la prescripción de un comportamiento pasivo, ni expresaba la obligación de abstenerse de actos perjudiciales, sino que tenía un sentido “proactivo”. Basándose en los casos Tecmed c. México y Waste Management II, el tribunal concluyó que el Gobierno había infringido las expectativas legítimas del inversionista al no “actuar en forma coherente”, no “incurrir en ninguna ambigüedad y ser totalmente transparente con el inversionista extranjero, para que éste pudiera conocer de antemano todas y cada una de las normas reglamentarias que [habían de regir] sus inversiones, así como los objetivos de las prácticas y directrices pertinentes” (traducción al español del traductor) (párrafo 114). El tribunal tuvo en cuenta (también a los efectos de mitigar la reclamación sobre indemnización) las “imprudentes decisiones empresariales o... la falta de diligencia del inversionista” (traducción al español del traductor), aunque su “asesor jurídico en asuntos chilenos en la práctica respaldó la noción de que había sido una torpeza, por parte del demandante, confiar en manifestaciones del

Gobierno” (traducción al español del traductor)⁸¹. En MTD, el acto formal de aprobación de los acuerdos de financiamiento del proyecto y las señales oficiales sobre su conveniencia eran incompatibles con la política y la reglamentación urbanas; el hecho de que esa contradicción no se hubiera dado a conocer a MTD antes de que comprometiera su inversión configuró incumplimiento de la obligación de ofrecer un trato justo y equitativo; esta situación no difiere mucho de la provocada por el oficio positivo de agosto de 2000, confirmada por la continua aceptación de las operaciones por parte de la SEGOB, pero implicaba contradicción con los actos y posiciones adoptados por el gobierno anterior, seguidos por la aplicación objetiva y priorizada de la ley mexicana sobre juegos de azar contra Thunderbird por parte del nuevo conjunto de funcionarios y fuerzas políticas que asumieron sus funciones bajo el nuevo gobierno.

57. El laudo del caso MTD respalda la opinión de que, aun siendo ambiguas las seguridades dadas por el Gobierno y aunque un inversionista extremadamente cuidadoso pudiera haber detectado ese inconveniente, el Gobierno sigue estando obligado a ser coherente y proteger las expectativas legítimas de un inversionista extranjero. No se trata de un deber pasivo, sino activo (como se establece en *Metalclad c. México*), consistente en garantizar que los inversionistas no sean inducidos a error y comprendan en qué consisten las “verdaderas” orientaciones de la política pública en relación con la cuestión de que se trate. Este enfoque se contrapone a los de “caveat emptor” y “debida diligencia” aplicables al arbitraje comercial, pero también, aunque en menor medida, a algunos enunciados, por ejemplo, de derecho administrativo comparado, según los cuales el riesgo de ambigüedad en las seguridades gubernamentales recae sobre el ciudadano o por lo menos se ve equilibrado por la obligación del organismo público de que se trate de formular declaraciones inequívocas.

⁸¹ Véase un comentario de Ian Laird sobre el caso MTD c. Chile, www.transnational-dispute-management.com, 2004.

El laudo del caso MTD c. Chile refuerza, por lo tanto, una interpretación del principio de las expectativas legítimas claramente diferenciado en las controversias sobre inversiones. En él se reconoce la debilidad estructural del inversionista: tanto en el caso de MTD como en el de Thunderbird estamos en presencia de inversionistas empresariales carentes de amplia experiencia en el país, confrontados con la realidad de un país extranjero que desea atraer esa inversión. Esa obligación proactiva de garantizar que el inversionista extranjero no sea víctima de un manifiesto error de interpretación es aún más agudo en casos en que existen sustanciales indicios de una colusión de tipo “caja negra” entre organismos administrativos y poderosos competidores locales. Esa colusión tiene que ver, en especial, con el punto No. 2 de mi argumentación –los actos de aceptación ulteriores de la SEGOB– a los efectos de suponer la existencia de una “expectativa legítima” de Thunderbird, protegida por el Artículo 1105 del TLCAN.

58. Es a la luz de esas pautas exegéticas que procedo a examinar la situación fáctica.

5) Thunderbird tenía una “expectativa legítima” de que podría operar sus máquinas tragamonedas “de destreza” en México?

59. Los puntos esenciales del asunto consisten en establecer si puede afirmarse que el oficio (“respuesta oficial” o “criterio oficial”, en el sentido de “dictamen jurídico” en este contexto) del 15 de agosto de 2000 y los actos ulteriores de la SEGOB haya creado en Thunderbird una “expectativa legítima” de que podía operar legalmente sus establecimientos de máquinas tragamonedas. La mayoría del Tribunal rechaza esa interpretación, rechazo con el que respetuosamente discrepo. El significado de los actos y comunicaciones recíprocos del inversionista y

del Gobierno no puede determinarse examinando exclusivamente los documentos jurídicos, sino que debe evaluarse mediante un enfoque en que se reconozcan en forma realista los aspectos prácticos del proceso de las inversiones extranjeras. Es preciso comprender la documentación jurídica en el contexto en que tiene lugar la relación entre el inversionista y el Gobierno. La interpretación del documento clave —las seguridades oficiales, autorizadas, unilaterales dadas a través del oficio— deben basarse en una metodología (de derecho civil comparado) aplicable a la documentación contractual y, cuando tenga atributos claramente diferenciados, unilateral. Esto significa que es preciso evaluar el texto en cuanto represente una manifiesta “confluencia de opiniones” de ambas partes, comprendida por el inversionista destinatario de la carta de certeza, teniendo en cuenta la historia de la mutua relación de las partes, el contexto, la finalidad y los actos ulteriores de las partes⁸².

60. A la luz de las opiniones divergentes sobre el valor y significado jurídico del oficio, es preciso tener en cuenta la situación en cuanto a la carga de la prueba: Thunderbird debe probar que el oficio, desde la perspectiva de un empresario extranjero razonable del sector de los juegos de azar y en el contexto específico de la relación entre Thunderbird y la SEGOB, le transmitió el mensaje de que podría operar las máquinas de videopóquer que había importado. México, por su parte, tiene la carga de probar que el oficio estaba viciado por el hecho de que Thunderbird no efectuó en suficiente medida la declaración que estaba obligado a formular. Se trata de un requisito severo, porque, en primer lugar, México debe neutralizar

⁸² Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; sobre interpretación de contratos en un marco de derecho civil: Zweigert/Koetz, *An Introduction to Comparative Law*, vol. II, 1977, página 73: “...debe buscarse la intención común de las partes, en lugar de atenerse al significado de sus palabras; en caso de duda, el contrato debe interpretarse en el sentido de que tenga validez”. Y “lo que interesa no es la intención subyacente en las palabras de un contratante, sino el sentido que, en las circunstancias del caso, deba haber entendido el otro contratante” (pág.75). “Los jueces deben aplicar el principio de la buena fe comercial y las directrices de la intención expresada en el contrato con respecto a la relación” y (pág. 80) “la prueba testimonial se considera admisible en todo caso en que la cláusula contractual de que se trate sea oscura o ambigua”.

la presunción de validez de los actos oficiales del Gobierno que impone el respeto a la autoridad gubernamental; en segundo lugar, México controla plenamente toda la documentación y los testigos, que son los funcionarios actuales y anteriores de la SEGOB, únicos en condiciones de declarar sobre lo que sabían y lo que ignoraban. Por lo tanto, tenemos que medir la prueba para establecer si Thunderbird y México asumieron la carga de la prueba que recaía sobre cada una de las partes.

La "solicitud" de habilitación negativa

61. No es objeto de controversia el hecho de que Thunderbird procuró muy activamente obtener una "habilitación negativa", "luz verde" o, en el sentido que le dio Thunderbird, la garantía positiva, de parte del Gobierno, de que sus máquinas "de destreza" no estaban comprendidas en la prohibición de la legislación mexicana. Thunderbird rechazó la estrategia del Sr. Guardia, quien mantuvo en funcionamiento sus negocios con máquinas tragamonedas valiéndose de una serie de recursos, la mayoría de ellos con éxito, tendientes al dictado de órdenes judiciales, y al parecer logró, de algún modo, frustrar todo intento de aplicación coercitiva de la ley. Ese proceder es característico de la manera en que un inversionista extranjero aborda un negocio de cuya legalidad no tiene certeza: a un inversionista local, a menudo provisto de aliados tácitos en las instituciones administrativas y judiciales, le resulta más fácil perpetrar actos manifiestamente ilegales. El inversionista extranjero querrá obtener mayor certeza jurídica, que en el caso de Thunderbird al parecer le exigieron, además, los inversionistas de su empresa conjunta. Por lo tanto emprendió el camino más "legal", procurando persuadir a la SEGOB para que le diera seguridades de que la prohibición legal no se aplicaba a sus máquinas "de destreza", en que en realidad se combinan el azar y la destreza.

62. La interpretación propuesta por Thunderbird –de que máquinas que impliquen considerable destreza (además del azar) podrían considerarse legales– no dejaba ser plausible⁸³. Como todas las demás empresas del sector, Thunderbird usó el rótulo “máquinas de destreza” para destacar la intervención de la destreza y así promover la interpretación de la ley mexicana sobre juegos de azar que proponía. El testigo Watson declara que el ex secretario de Gobernación Labastida respaldó informalmente el enfoque de obtener del Gobierno una carta de certeza (oficio) que confirmara y repitiera el argumento referente a la “destreza”, presuntamente planteado en un litigio “en la región septentrional de México”⁸⁴. La SEGOB parece disponer de cierto margen de discrecionalidad administrativa e interpretativa en cuanto a la interpretación de la ley y al dictado de pautas que guíen su aplicación⁸⁵. Cuando más antigua y obsoleta sea una ley, como la ley de juegos de azar de México de 1940, tanto mayor es la necesidad y tanto más amplio es el margen de interpretación. No es objeto de controversia el hecho de que un muy encumbrado político mexicano –un ex ministro de la cartera de

⁸³ Véase la declaración del Prof. Rose, perito propuesto por México, pág. 791: “evidentemente requiere cierta destreza”; “ciertamente los jugadores diestros obtienen mejores resultados” (pág. 793); en que se hace referencia a un tribunal que expresó: “se trata de un juego de destreza para quien tenga tiempo para jugarlo, y lo juegue” (794), y (pág. 795) a “la curva de aprendizaje, en virtud de la cual cuanto más se juega mejores resultados se obtienen, y la curva de aprendizaje debe ser bastante empinada al principio” y (pág. 796) “cuanto más se juega a estos juegos tanto mejores resultados se logran” (traducción al español del traductor).

⁸⁴ Watson, pág. 404: “El Sr. Labastida declaró, en términos generales, que conocía el litigio sobre juegos de azar que se había planteado en la región septentrional de México; que a la luz de los resultados del mismo creía que la carta (es decir, el oficio) que nos había remitido la Gobernación era apropiada... ya que existían precedentes” (traducción al español del traductor).

⁸⁵ El Prof. Rose, propuesto por México, declaró sobre la función que cumplen las potestades de los organismos reguladores y el concepto, interpretado en forma amplia, de destreza o azar “predominantes” (páginas 766, 768, 769, 773, 774, 775); Alcántara (págs. 880, 881) declaró que si de él dependiera (“créaseme que”) debieron haberse adoptado medidas “inmediatas”, pero que él había actuado simplemente como funcionario subordinado a autoridades superiores de la Gobernación, que decidían la manera de centrar y priorizar las actividades de aplicación coercitiva: la “unidad gubernamental de la Gobernación” (pág. 881, pág. 922: “Yo seguí instrucciones; no decidí nada por mi cuenta” (pág. 922). El Demandado no aportó declaraciones testimoniales de superiores del licenciado Alcántara, que eran los encargados de adoptar decisiones en materia de aplicación de leyes.

Gobernación (Labastida)— alentó a Thunderbird a seguir adelante. Al final del gobierno del PRI se consideró en México la posibilidad de reformar la ley de juegos de azar de 1943 para modernizarla a la luz de la evolución que había tenido lugar en otros países y volver a atraer ingresos y empleo derivados del juego, que se habían desplazado al Caribe, Las Vegas y reservaciones indígenas de los Estados Unidos⁸⁶. Tal como declaró el perito propuesto por México en cuanto a la posibilidad de liberalizar la reglamentación de los juegos de azar en México:

“Hubo un gran movimiento, inmediatamente antes de que fuera electo el presidente Fox” (traducción al español del traductor) (es decir, en 2000, año en que se emitió el oficio).

63. El tipo de máquinas tragamonedas de video programadas mediante computadora no planteaba problemas especiales de orden público. El Gobierno mexicano del PRI de entonces tuvo la opción de reformar la ley a través de un proceso formal, largo y políticamente oneroso, o intentar una liberalización menos intensa, introduciendo, y luego poniendo a prueba, una nueva interpretación de la ley, tendiente a flexibilizar sus márgenes. La descripción de Thunderbird de que en sus máquinas “no interv[enía] el azar” era inexacta desde el punto de vista fáctico —conclusión a la que se llega contando con el beneficio de una visión retrospectiva de este tribunal—, pero se trataba de una calificación con fines interpretativos que

⁸⁶ Rose, el perito ofrecido por México, formuló la siguiente declaración (pág. 776) sobre la perspectiva de liberalización de la Ley de Juegos de Azar de ese país en los últimos días del gobierno del PRI: “se produjo un fuerte movimiento, que antecedió a la elección del presidente Fox, y hubo cierto escándalo o problema político, y el Gobierno tuvo que retroceder”. Esas manifestaciones son congruentes con el estudio realizado en 2002 para el Congreso mexicano, op. cit., y con la declaración del perito ofrecido por Thunderbird, Watson, sobre el diálogo que éste mantuvo con el ex secretario de Gobernación Labastida (págs. 404, 423-424), que indica una actitud positiva con respecto a la atenuación de las prohibiciones referentes a los juegos de azar, basada inicialmente en el tema del “efecto destreza”. Esa declaración —congruente con el comentario de Rose— indica también que en el oficio se invocaba en forma apropiada una nueva interpretación del concepto de la destreza al referirse a un “litigio sobre juegos de destreza... en la región septentrional de México” (pág. 404, parte inferior).

también usaban otros operadores (incluido Guardia), posiblemente sugerida por expertos mexicanos. La SEGOB conocía bien el tema de la contraposición entre destreza y azar, dada la controversia que mantuvo con Guardia y por haber participado en varios otros litigios a partir de 1998⁸⁷, como sugerencia para atenuar la prohibición de la ley de juegos de azar de 1998. Como se señalaba en el informe sobre el diálogo mantenido con el ex secretario de Gobernación Labastida, cabe la posibilidad de que el concepto de liberalización “furtiva” a través de una reinterpretación del “concepto de destreza” haya tenido aceptación en las altas autoridades y políticos poseedores de cierto conocimiento de la reglamentación de los juegos de azar en México. Fue también el criterio utilizado por los operadores y reguladores cuando se proponían flexibilizar normas prohibitivas más severas en materia de juegos de azar⁸⁸.

64. Es según esa óptica que tenemos que considerar la solicitud de Thunderbird del 3 de agosto de 2000 para que se enunciara un criterio autorizado. En ella se deja en claro que se deseaba disponer de esa “carta de certeza” de la SEGOB para obtener certidumbre jurídica a los efectos de la inversión contemplada y no es objeto de controversia que Thunderbird tenía intención de realizar la inversión y que las autoridades de la SEGOB lo sabían perfectamente⁸⁹. Al interpretar una declaración unilateral en el marco del derecho internacional, la jurisprudencia pertinente de las CIJ ha hecho hincapié en la “importancia de la intención en que se basa la

⁸⁷ Respuestas a repreguntas formuladas al licenciado Alcántara, pág. 852, en que ese testigo declara que la cuestión de la “destreza” comenzó a plantearse en 1998, en especial (página 874) en relación con Guardia, y que apareció luego con creciente frecuencia en otros litigios.

⁸⁸ Testimonio del Prof. Rose, pág. 766.

⁸⁹ Todos los testimonios, entre otros los del OJ Mitchell y de Watson, confirman el hecho de que para Thunderbird era esencial obtener certeza interpretativa oficial y la carta de apoyo; limitémonos a citar (entre varias otras indicaciones) la de Watson, pág. 417: “por lo tanto, le advertimos y manifestamos que probablemente sería mucho mejor que solicitara algún tipo de aclaración a la SEGOB para seguir adelante” y (418) “Entendí... que teníamos que realizar un examen cuidadoso y trabajar con la Gobernación” (traducción al español del traductor).

declaración unilateral formulada por un Estado”⁹⁰ (traducción al español del traductor). Por lo tanto, lo que cuenta no es un texto independiente tal como el que aparece ante un tribunal años después de los hechos, sino la intención tal como fue transmitida y, además, como la entendió —razonablemente— el inversionista específico en esa situación específica. La jurisprudencia pertinente de la CIJ se refiere principalmente a declaraciones unilaterales “erga omnes”. En el caso de autos no estamos ante una declaración de ese género, sino ante una manifestación gubernamental formulada en el contexto de una relación específica, en que la lectura de la carta de certeza interpretativa debe guiarse por lo que ambas partes entendieron como finalidad y antecedentes fácticos de ese documento. Aun cuando existiera una divergencia —es decir, en caso en que la intención perseguida por la SEGOB a través de la carta fuera más modesta— debe prevalecer la percepción —razonable— del inversionista, destinatario específico pertinente de la carta, porque es a éste a quien se trata de alentar mediante la carta de certeza: al inversionista que aporta capital y expone su capital al riesgo gubernamental, y es la confianza del inversionista la que se procura reforzar mediante el oficio. Al respecto cabe citar a Reisman y Arsanjani:

“...la inclinación de un tribunal internacional a inferir que un acto unilateral ha dado lugar a una obligación vinculante probablemente se verá reforzada si el Estado que formula la declaración espera obtener beneficios claros basados en ella”⁹¹ (traducción al español del traductor).

⁹⁰ Reisman/Arsanjani, “The question of unilateral governmental statements as applicable law in investment disputes”, ICSID Review 328, pág. 331, en que se hace referencia al caso del Templo de Preah Vihear, seguido ante la CIJ.

⁹¹ Op. cit., pág. 336; México —como en el caso pertinente Shufeldt, que es muy anterior— siguió beneficiándose de la inversión realizada, en materia de empleo, impuestos y gravámenes.

65. A diferencia de la mayoría, no percibo que haya dejado de divulgarse información preceptiva: Thunderbird hizo saber claramente que se trataba de máquinas tragamonedas, con videos, y las identificó en forma tal que para un organismo regulador informado del tema resultaba claro que se trataba de máquinas de videojuegos. Acepto la sugerencia de México de que lo más probable es que se tratara de máquinas de juegos de azar restauradas usadas por Thunderbird en los Estados Unidos, pero esto no nos aparta del hecho de que para una persona con experiencia en la industria de los juegos de azar resultaba claro que se trataba de aparatos de videojuegos. La referencia a BESTCO debió haber indicado hasta al regulador de juegos de azar menos atento que se trataba de máquinas de videos de juegos de azar producidas por una de las mayores compañías estadounidenses productoras de esos dispositivos. Una breve mirada al sitio web de BESTCO y una búsqueda en Google lo confirman⁹². Lo mismo cabe decir de la referencia a “SCI-Support Consultants” como fabricante identificable de máquinas de juegos tragamonedas con videos, clase III, distribuidas en reservaciones indígenas de los Estados Unidos. Por lo tanto, la referencia a BESTCO y SCI no es engañosa; se trata de una referencia claramente identificable a máquinas tragamonedas con videos. Es compatible con el resultado del examen cruzado, a saber, SCI (K. McDonald) probablemente restauró máquinas tragamonedas con videos

⁹² Dos de los sitios que encabezan las listas en una búsqueda de “BESTCO” y “gaming” en Google (agosto de 2005): The Best Games are from BestCo Electronics BestCo Electronic offers new and refurbished redemption games including 8-line games, video poker, cherry master and more. Game accessories, parts and...
www.bestcoelectronics.com/ - 15k – Cached - Similar pages BestCo Electronics
BestCo is one of the largest manufacturers and developers of video gaming... Manufacturing, Sales & Service of Games and accessories including boards, DBA, ...
www.casinovendors.com/VendorPage.cfm/81151.html - 10k - Cached –
SCI: <http://www.cniga.com/members/associate.php>: Consultores de respaldo –pueden identificarse a través de Google vinculados con Thunderbird, testigo Kevin Mc Donald: Su listado señala: “SCI fabrica, distribuye, restaura y realiza el servicio de máquinas tragamonedas con videos, estándar y adaptadas al cliente para el mercado de juegos de azar de estadounidenses nativos. SCI se especializa en reparación de partes y productos de combinación de máquinas de juegos de Clase III/Lotería” (traducción al español del traductor).

de Thunderbird y otros operadores utilizadas anteriormente en reservaciones indígenas de los Estados Unidos⁹³.

66. Por lo demás, su carta debe concebirse no como una descripción fáctica detallada del funcionamiento de las máquinas (que no se le solicitó), sino como el desarrollo del argumento jurídico tal como había surgido en litigios anteriores y ya se había indicado en las deliberaciones con el ministro de Gobernación Labastida. Thunderbird formuló el argumento jurídico de que las máquinas se basaban exclusivamente en la destreza (párrafo 2, argumento que superaba la realidad), pero luego indicó, para sugerir como razón de la legalización, que “**intervenían la destreza y habilidad**” (párrafo 6). Esa calificación a los efectos jurídicos es correcta y representa un avance con respecto a la referencia anterior de que las máquinas se basaban “exclusivamente” en la destreza. La cuestión, en este sentido, consistía en proponer a la SEGOB una calificación jurídica que contribuyera a una liberalización “furtiva” a través de una cauta estrategia de interpretación: que las máquinas eran máquinas “de destreza” porque se usaban en “entretenimientos en que interv[enían] la destreza y habilidad”⁹⁴. En la solicitud de Thunderbird se describían las características de esas máquinas en una luz tal que era fácil subsumirlas en la categoría de máquinas “de destreza”⁹⁵, término que se utilizó, con el fin

⁹³ Acepto el argumento planteado en la exposición y en los exámenes cruzados realizados por el Demandado de que los “calificadores de modelos” de las máquinas de BESTCO y SCI eran identificadores *ad hoc*, y no nombres comerciales normales, pero ello sería asimismo compatible con la idea de que se trataba de máquinas restauradas *ad hoc* para que fueran utilizadas por Thunderbird en México.

⁹⁴ Esa declaración clave figura en el párrafo 6 de la solicitud; no sigue a ninguna descripción fáctica, sino que se refiere a la necesidad del inversionista de tener la “certeza” de que la operación fuera “lícita” en el marco de la Ley de Juegos y Sorteos.

⁹⁵ Técnicamente, las máquinas combinaban el azar y la destreza: al comienzo del proceso de adquisición de competencia por parte del jugador cabe presumir que el azar prevalece, y luego —según el experto ofrecido por México, profesor Rose (véase *supra*)— hay una “curva de aprendizaje pronunciada”, lo que incrementa considerablemente el papel de la destreza. El componente de la destreza consiste sobre todo en cálculos de probabilidades, y posiblemente también factores de agilidad física. La abundancia de manuales técnicos para jugar al póquer, y el hecho de que en ellos se hace hincapié en comprender los análisis de probabilidades, indican que la destreza influye en cierta medida y aumenta grandemente a través del

de indicar compatibilidad con la ley, en todo el sector de que se trata en México⁹⁶. La declaración de esa empresa de que “no interv[enían] el azar ni la apuesta” no es correcta desde el punto de vista técnico. No obstante, no debería ser concebida como un análisis científico sino más bien como un término de exégesis jurídica que indique (o repita una indicación informal de la SEGOB que pueda inferirse de la declaración testimonial de Watson sobre el debate con Labastida) la interpretación que podría darse a la ley para que se autorizaran esas máquinas.

67. Prácticamente todos los juegos –en verdad, toda actividad humana– tienen algún componente de destreza y azar (incluso, por ejemplo, el ajedrez o el fútbol)⁹⁷; en la práctica, sólo algunos juegos –presumiblemente los de carácter más mecánico y los juegos orientados por el azar, basados en máquinas– han sido prohibidos en México. Tal como lo señaló el Prof. Rose, principal perito propuesto por México:

“El segundo elemento (sobre todo en la ley de juegos de azar), el azar, es el que ha causado la mayoría de los problemas en los tribunales. En parte, el problema consiste en que en toda actividad humana se combinan la destreza y el azar; la cuestión es, simplemente, dónde trazar la divisoria”⁹⁸. Y agrega: “En Inglaterra, la intervención de la destreza en cualquier medida excluye a un juego de la categoría de loterías prohibidas. En California se prohíben las máquinas tragamonedas si el premio

aprendizaje, pues de no ser así no tendría sentido utilizar esos manuales para lograr mayor destreza y por lo tanto mayores probabilidades de ganar. Cabe hacer referencia a las conclusiones de la Corte Suprema de California, tal como las expone N. Rose, en *Gambling and the Law*, pág. 81; ese órgano judicial mencionó el voluminoso acervo de libros y periódicos en que se analiza la estrategia aplicable a ese juego. “La existencia de ese gran volumen de literatura destinada a incrementar la destreza del jugador es un indicio persuasivo de que el bridge no es preponderantemente un juego de azar” (traducción al español del traductor).

⁹⁶ Confirmado por los testigos de ambas partes, Alcántara y Watson, véase *supra*.

⁹⁷ Véase también la declaración testimonial del perito propuesto por México, Prof. Rose, 793 ff.

⁹⁸ I. Nelson Rose, *Gambling and the Law*, págs. 79 y 80.

depende en alguna medida del azar; pero luego se agrega que los equipos que son preponderantemente de destreza son legales” (traducción al español del traductor).

68. Por lo tanto, la interpretación legal que se plantea no supone, a mi juicio, omisión de declaración de datos, sino que refleja más bien la estrategia exegética especial que el profesor Rose describe en detalle como la interpretación que normalmente se propone para justificar la liberalización⁹⁹. En su amplio estudio sobre la ley de juegos de azar —que debo considerar autorizado, ya que México presentó a su autor como el principal conocedor de la ley de juegos de azar—, el Prof. Rose menciona tribunales que reconocieron el videopóquer como un juego de destreza, y otros que no lo hicieron. Pero formular una opinión jurídica basada en sentencias de varios prestigiosos tribunales de Illinois y Pensilvania —según los cuales el videopóquer es un juego de destreza o preponderantemente de destreza¹⁰⁰— no constituye un engaño. No se solicitó a Thunderbird, ni se preveía que Thunderbird proporcionara a las autoridades reguladoras mexicanas, un estudio académico desapasionado sobre enfoques reglamentarios comparados de máquinas videopóquer, pero la compañía expuso, como se preveía que lo hiciera, su opinión sobre calificación jurídica que podía y debía darse a las máquinas. Como es natural, Thunderbird abogó por una interpretación que le fuera favorable, en lugar de exponer los argumentos favorables a una opinión contraria. Nada más cabe esperar de la abogacía profesional, incluso en la interrelación con el organismo regulador del sector.

⁹⁹ *Ibíd.*, págs. 79-82, 90-95.

¹⁰⁰ N. Rose, *Gambling and the Law*, pág. 94: “¿El videopóquer es un juego de destreza? Así lo entendió el tribunal de Illinois, pero otros tribunales no han sido tan benignos. Las sentencias judiciales han sido heterogéneas...”. “La situación de Pensilvania es típica de la confusión que se plantea con respecto a esas máquinas. Diversos tribunales de ese Estado llegaron a diversas sentencias; según algunos, las máquinas de videopóquer de sorteos eran equipos de juegos de azar; según otros tribunales, de juegos de destreza” (traducción al español del traductor).

69. El Tribunal considera, por lo tanto, como declaraciones fácticas –y en cuanto tales inexactas y carentes de los datos preceptivos– lo que a mi juicio no son declaraciones fácticas ni técnicas, sino una calificación jurídica de las máquinas, hecha con la intención misma de sugerir una interpretación que ampliara los lindes de la ley de 1943. Correspondería agregar que no creo que la solicitud sea un documento impecable desde el punto de vista técnico. Thunderbird no subrayó el hecho de que en el juego con esas máquinas interviniera inevitablemente el “azar” (aunque, como lo declaró el Prof. Rose y es notorio, en toda actividad interviene el azar), pero en un tramo ulterior de la solicitud atenuó sus manifestaciones originales de que “no interviene el azar” y señaló que intervenía la “destreza” (es decir, no se trataba exclusivamente de un juego de destreza). No declaró que se tratara de máquinas de videopóquer restauradas por Thunderbird. Tampoco dijo que Guardia estuviera utilizando el mismo tipo de máquinas. No invitó a la SEGOB a inspeccionar las máquinas ni proporcionó manuales. Sin embargo, la SEGOB solicitó información adicional cuando lo quiso; por ejemplo más adelante, en 2000, cuando el Sr. Gómez solicitó la emisión de un oficio similar. El hecho de que Thunderbird no haya proporcionado la información que México ahora cree que debería haber proporcionado carece, a mi juicio, de significación. Thunderbird no estaba obligada a hacerlo. Si en el verano de 2000 la SEGOB hubiera creído que se requería más información, debió haber solicitado a Thunderbird que proporcionara la que consideraba pertinente. Si México ahora plantea el tema en el arbitraje, pero no lo hizo durante el proceso informal y formal de la solicitud y del oficio, cabe pensar que cambió de opinión con respecto a las necesidades de información como consecuencia del cambio de gobierno y del arbitraje. La falta de declaración de datos pertinentes –el engaño– sólo habría sido significativa si la SEGOB hubiera solicitado esa información y Thunderbird, como respuesta, hubiera proporcionado información falsa.

70. Se habían dado las señales —lo que debió haber sido claro para todos los interesados— de que Thunderbird estaba tanteando el terreno mediante un enfoque de colaboración planteado al Gobierno en relación con máquinas tragamonedas con videos que ofrecían premios (o dólares de los Estados Unidos como premio, para que el premio ofrecido no consistiera en pesos mexicanos, la moneda de curso legal). Del prolongado período de consultas informales —la relación de hechos presentada por la Demandante no está en disputa¹⁰¹— surge la presunción de que las autoridades de la SEGOB sabían de qué se trataba y muy probablemente sugirieron o por lo menos aprobaron la descripción, que era muy prudente y discreta. La solicitud no surgió de la nada; la manera normal de manejar estos temas consiste en realizar sondeos informales, negociar y preparar, en relación con una cuestión evidentemente muy delicada, tanto la solicitud como el oficio. Esa debe ser la evaluación de la situación conforme al sentido común; sería la más lógica conforme a la estrategia de “liberalización furtiva mediante la interpretación en los márgenes de la ley” que puede identificarse fácilmente. Si —lo que es improbable— el curso de acción hubiera consistido en que la SEGOB se viera sorprendida por una solicitud surgida de la nada y luego redactada en forma un poco confusa, como deben de haberlo entendido México y el Tribunal, correspondía que México, utilizando sus potestades de control sobre las autoridades de la SEGOB, probara un curso de acción o un hecho sorprendentemente diferente de las vías por las que en general discurre la interrelación entre un inversionista y un organismo regulador.

¹⁰¹ Crosby, pág. 26; Mitchell, pág. 290; Crosby, pág. 37: “y el hecho de que volvieran con una versión depurada del criterio indica conocimiento de su parte de lo que se proponían hacer” (traducción al español del traductor). La declaración de Mitchell —hasta ahora nunca impugnada— fue que las consultas informales habían abarcado un período prolongado y luego se intensificaron a través de los abogados Aspe y Arroyo (cumpliendo un papel más técnico Ruiz Velasco, su antiguo asesor jurídico sobre derecho mexicano) a lo largo de todo el verano de 2000.

71. Fueran cuales fuesen las fallas de la carta (y en visión retrospectiva y con perfeccionismo profesional pudo haberse redactado una solicitud técnicamente perfecta en que se separara la descripción técnica de la clasificación jurídica que se sugería), no coincido en la aseveración de que, por el hecho de no proporcionar manuales, completar especificaciones técnicas y abstenerse de obligar a la SEGOB a realizar inspecciones y pruebas técnicas de las máquinas¹⁰², Thunderbird no haya cumplido sus obligaciones de declaración de datos en forma tal que cualquier respuesta pudiera declararse inválida. La SEGOB no podía compararse con un grupo de viudas y huérfanos a quienes vendedores puerta a puerta pudieran venderles con engaño bienes averiados y que requirieran la especial protección de la ley: era la principal entidad reguladora de los juegos de azar de México; había litigado con el Sr. Guardia precisamente con respecto a este tipo de máquinas desde 1998, si es que no antes¹⁰³; sus contiendas judiciales con Guardia han ocupado un lugar central en las actividades de la SEGOB. Según el principal perito presentado por México en relación con este tema, la cuestión de la “diferencia entre máquinas de destreza y máquinas de azar (traducción al español del traductor)” ha ocupado un sitio prominente en su actividad procesal, incluidas cinco sentencias de la Corte Suprema suscitadas por esa actividad. Por lo tanto, no es concebible que la SEGOB, al recibir la solicitud, no concibiera la posibilidad de utilizar el argumento de la “intervención de la destreza” para atenuar la prohibición prevista en la ley de juegos de azar mexicana. Las propias máquinas –factor esencial– se identificaron en términos que

¹⁰² El abogado de México señaló que una declaración apropiada debió haber incluido la “ranura en que se pueden meter US\$”, “manuales e instrucciones operativas”. una “máquina, para demostrar el funcionamiento de las máquinas en cuestión, o tan siquiera fotografías de estas últimas” (traducción al español del traductor), págs. 99 y 100. Pero esa parece una conjetura *ex post* sobre el papel que debía cumplir la autoridad reguladora de juegos de azar mexicana. Ésta debía saber, y presumiblemente sabía, qué información necesitaba y quería. Pudo haber obtenido con facilidad de Thunderbird cualquier información que deseara, ya que controlaba el proceso, vital para Thunderbird, de otorgamiento de “luz verde”.

¹⁰³ Alcántara, 874, 917 (“la Corte Suprema había dictado varias sentencias; una en 1998 y otras cuatro en 2000” (traducción al español del traductor).

permitían a la SEGOB saber que se trataba de máquinas tragamonedas con videos utilizadas en los Estados Unidos para juegos de azar de clase 3.

72. Si a la SEGOB le hubiera cabido la más leve duda acerca de la naturaleza de las operaciones, habría tenido la obligación de investigar. La preparación de una decisión administrativa no es de incumbencia del solicitante, que hace lo que el Gobierno le exige, sino de la autoridad reguladora. Los solicitantes privados no tienen la obligación – implícita en el laudo de la mayoría – de indicar a la máxima autoridad reguladora nacional cómo cumplir sus funciones, pero la autoridad pública debe hacer saber a los solicitantes qué información requiere, tanto más cuanto que la SEGOB disponía de tiempo suficiente. El período comprendido entre el momento en que recibió la solicitud y la entrega del oficio es muy breve; no se ha cuestionado lo manifestado por la Demandante de que transcurrieron varias semanas (si es que no meses) en que la SEGOB y su estudio jurídico y gestoría Aspe y Arroyo mantuvieron deliberaciones informales. Esa es también la manera en que esas transacciones se llevan a cabo en la práctica y en la realidad. Las solicitudes dirigidas a los organismos públicos no surgen de la nada, sino que las reglas propias de la interrelación con la entidad reguladora normalmente incluyen un período informal (de sondeo), en que los aportes y productos formales (la solicitud y el oficio) constituyen tan sólo la documentación oficial final de un proceso informal de consultas. Cabe aquí repetir que teniendo plenamente en cuenta lo delicado de la polémica cuestión de la distinción entre destreza y azar creada por litigios plurianuales, con claros indicios del deseo de liberalizar la política sobre juegos de azar mediante interpretación y no a través de una reforma legal en toda la línea, cabe prever que la entidad reguladora supiera exactamente en qué consistía la cuestión debatida. La entidad reguladora debería haber considerado superflua una inspección física, situación que se asemeja mucho a la actitud observada por México más adelante, cuando consideró innecesaria

una inspección física de las máquinas a cargo de su perito principal, el Prof. Rose. El Demandado no puede ahora alegar que su entidad federal de regulación de los juegos de azar necesitaba más información, que Thunderbird debió haber proporcionado sin que se le solicitara, siendo que su unidad de defensa del TLCAN consideraba innecesario que proporcionara un perito en legislación extranjera sobre juegos de azar.

73. La consecuencia es que México no asumió la carga que le correspondía de probar que la SEGOB cometió un engaño al no proporcionar información suficiente. Debió haber llevado al tribunal a los funcionarios de la SEGOB participantes. Como no lo hizo, debe admitirse la inferencia de que consideró que la presentación de esos testigos clave de los hechos no habría respaldado su argumento sobre el engaño, ni su argumento referente a la interpretación que se desprendía del oficio.

74. Por lo tanto, la SEGOB tenía pleno conocimiento de las características de esas máquinas y de los problemas que ellas planteaban, la contienda judicial de más de dos años de duración que estuvo en el centro de la atención de la SEGOB se centraba en una cuestión: establecer si las máquinas tragamonedas con funciones de parada (videopóquer) podían quedar eximidas de la aplicación de la ley mexicana sobre juegos de azar por tratarse de máquinas “de destreza”¹⁰⁴. Sostengo que por esa razón SEGOB comprendió el asunto muy posiblemente de una manera mejor que la propia Thunderbird. La prueba no cuestionada sobre la interrelación entre Thunderbird y las autoridades de la SEGOB indica que estas últimas habían instado a Thunderbird a gestionar una autorización, en lugar de seguir una estrategia de confrontación como la de Guardia, que necesariamente habría costado a la SEGOB cuantiosos recursos y

¹⁰⁴ Alcántara, pág. 893; pág. 852: Pregunta: “¿Cuándo se plantea este fenómeno de la destreza en relación con las máquinas de destreza?” Respuesta: “Hubo un primer hecho, un hecho aislado alrededor de 1998-1999. Luego, de 2000 en adelante, tuvo lugar una serie de litigios”; pág. 874, en relación con el caso de 1998: “Ese fue el primer sitio en que la Gobernación detectó el funcionamiento de ese tipo de máquinas” (traducción al español del traductor).

pérdida de prestigio. Si la SEGOB hubiera tenido alguna duda con respecto a las máquinas, le habría sido fácil solicitar a Thunderbird que proporcionara más información y haber dispuesto una inspección de las máquinas, que se encontraban en las oficinas de Baker McKenzie en la Ciudad de México. El que no lo haya hecho indica que la SEGOB no dejaba de conocer ningún aspecto de la cuestión. La confrontación con Guardia y otros operadores mexicanos debió haberle proporcionado todo el conocimiento técnico y la sensibilidad jurídica pertinentes. Tanto desde el punto de vista técnico como desde una perspectiva legal y reglamentaria, la SEGOB debió de haber conocido la manera en que esas máquinas funcionaban y en qué medida influían la destreza y el azar.

75. La SEGOB tampoco tuvo –ni pudo haber tenido– duda alguna de que el inversionista solicitaba seguridades porque tenía interés de invertir en condiciones de mayor certeza jurídica en una “zona gris” de la ley en que sería decisiva la interpretación autorizada del organismo gubernamental competente¹⁰⁵. Si la SEGOB hubiera tenido alguna duda sobre las máquinas de que se trataba, sus características técnicas y la manera en que funcionaban o sobre los problemas de interpretación que planteaban, le habría sido fácil solicitar a Thunderbird que enmendara y sustanciara su solicitud, lo que debía haber hecho en observancia de la regla de la transparencia y ausencia de toda ambigüedad. La SEGOB no lo hizo, lo que indica que consideró la carta –como Thunderbird pretendía– no como una descripción técnica de las máquinas, sino como una solicitud de confirmación de las calificaciones jurídicas que Thunderbird, tras realizar

¹⁰⁵ Véase la declaración testimonial de Watson, *supra*; lo mismo expresó el OJ Mitchell, en términos que México nunca cuestionó seriamente. Además, es un aspecto medular de las inversiones extranjeras que los compromisos serios de capital en una zona gris de la ley requieren gestión de riesgos, y que la mejor manera de realizar esa gestión consiste en obtener una carta de certeza, o seguridades interpretativas de la entidad reguladora competente. Esa es, de hecho, una práctica común en otros ámbitos de inversiones extranjeras de alto valor en esferas en que existen riesgos políticos sustanciales, por ejemplo en el proceso de inversiones en petróleo y gas de Sakhalin, en Rusia, en que se negoció informalmente una carta de “certeza/interpretación” similar, que finalmente emitió el Primer Ministro ruso (información directa).

consultas informales, propuso o se le recomendó que propusiera. México aplicó el mismo enfoque en el arbitraje. La SEGOB no sólo nunca consideró necesario inspeccionar las máquinas y someterlas a pruebas, sino que el Demandado, en su defensa, hizo exactamente lo mismo. Permitió que el profesor Rose, el perito principal (pero extranjero) que presentó, dictaminara en forma muy detallada sobre las máquinas, el modo en que funcionaban y las consecuencias jurídicas respectivas conforme al derecho mexicano, pero nunca consideró necesario permitir que Rose viera, inspeccionara, examinara y pusiera a prueba las máquinas (que México tenía a su disposición)¹⁰⁶:

Pregunta: “¿Los asesores jurídicos de México señalaron que estaban en condiciones de proporcionar una máquina para que ustedes la examinaran, si ustedes podían ocuparse de la logística?” Respuesta de Rose: “No creo que hayamos llegado realmente a esa etapa” (traducción al español del traductor).

El enfoque adoptado por México a lo largo de toda la tramitación de este caso –trátese de la SEGOB en la etapa del oficio, la Secretaría dotada de nuevas autoridades en la fase de prohibición, o México en la de defensa– ha sido que el modo en que funcionaba la máquina era obvio, por lo cual no se necesitaban inspecciones ni exámenes exhaustivos¹⁰⁷. Si, luego de toda la controversia sobre destreza y azar, México seguía creyendo innecesario someter a las máquinas a un examen físico directo a cargo de su principal perito, la conclusión que se impone es que la SEGOB jamás tuvo duda alguna sobre la manera en que funcionaban las máquinas ni sobre los problemas jurídicos que planteaban. El argumento de la “falta de

¹⁰⁶ Declaración de Rose, 747, 748.

¹⁰⁷ Esta actitud acerca del carácter obvio de las máquinas se reflejó también en el comentario atribuido al nuevo director de la SEGOB, Guadalupe Vargas, en 2001: “lo que veo son tragamonedas”, enunciado particularizado de la Demanda, pág. 90; declaración de P. Watson, 15 de agosto de 2003, pág. 5, párrafo 26, pág. 45 (que sea de mi conocimiento, no cuestionada).

declaración” de Thunderbird es, por lo tanto, inconducente: someter a las máquinas a un nuevo examen en agosto de 2000 –como en el curso del arbitraje ulterior del TLCAN, entre 2002 y 2005– habría equivalido a “llevar carbón a Newcastle” o “lechuzas a Atenas”. El abogado de la SEGOB y de México nunca creyó necesario examinar detalladamente las máquinas y a mi juicio el Tribunal no debió haber teorizado sobre la ignorancia de la SEGOB, ya que el proceder de la asesoría jurídica de la Secretaría y de México, entonces y ahora, indica su perfecto conocimiento de las máquinas en cuestión.

En resumen: como, según mi parecer, la solicitud es una propuesta de calificación jurídica de las máquinas como no alcanzadas por la ley mexicana sobre juegos de azar, no puedo admitir que no contuviera la declaración preceptiva sobre las características técnicas de las máquinas. La SEGOB no pudo haber sido engañada, pues conocía o debía haber conocido las características de las máquinas, las cuestiones jurídicas planteadas, el litigio precedente, y si la solicitud había sido concebida y comprendida esencialmente como un enunciado de argumentos jurídicos. Los hechos eran evidentes, y ambas partes los conocían; lo que estaba en cuestión era la calificación jurídica. Aun el principal experto propuesto por México describe el momento en que se emitió el oficio como un “gran movimiento ocurrido inmediatamente antes de la elección del presidente Fox” (traducción al español del traductor) tendiente a liberalizar la ley de juegos de azar. El perito explicó asimismo en estos términos el subsiguiente cambio de posición de la SEGOB bajo el nuevo gobierno del PAN:

“se produjo entonces cierto escándalo o problema político, y el Gobierno tuvo que retroceder” (traducción al español del traductor).

76. Nada puede ser más persuasivo, para explicar el intento de México de liberalizar furtivamente el régimen a través de la interpretación del oficio y su ulterior revocación (a costa del inversionista), que las manifestaciones del propio perito principal presentado por México, que es una autoridad en derecho comparado de juegos de azar.

El oficio (o criterio) del 15 de agosto de 2000 - la carta de garantías interpretativas o carta de certeza

77. La carta formal elaborada constituye un caso extremo de oscuridad burocrática. A la vez que “cubre las espaldas” de los funcionarios que la suscribieron y autorizaron, mediante referencias ambiguas, en algunos casos a máquinas en que no “intervenía” el azar (difícilmente existe algún juego en que el azar no cumpla por lo menos un papel menor, según el principal experto en derecho de juegos de azar, presentado por México, Rose¹⁰⁸), y en otros casos a máquinas en que el azar interviene en forma “preponderante”¹⁰⁹, el principal mensaje de la carta con respecto al “funcionamiento” es el siguiente: las máquinas se autorizan si son como ustedes las describen, pero deben tener en cuenta que no se permiten las máquinas en que el azar interviene en forma “preponderante”. Es plausible que un análisis sumamente riguroso, hecho con una visión retrospectiva de cuatro años de litigios nacionales e internacionales y con la destacada experiencia técnica de mis respetados colegas que han examinado el oficio detenidamente, palabra por palabra (párrafos 159,

¹⁰⁸ Pág. 774: en que cuestiona el supuesto de que en el ajedrez, por ejemplo, no interviene el azar.

¹⁰⁹ Rose —aunque en ningún caso en forma muy clara— señala que nunca es fácil trazar la divisoria entre juegos “preponderantemente de destreza” y “preponderantemente de azar”, y que la destreza del jugador (que mejora a través de la práctica y el aprendizaje) influye poderosamente: “Es bastante difícil establecer la divisoria, en el sentido de que se debe tener mucha destreza” y en relación con el videopóquer [“evidentemente se requiere cierta destreza” (791)]; “a algunos jugadores diestros les va mejor” (793), así como en el hecho de que se utiliza la “curva de aprendizaje” para identificar la destreza (pág. 795), reconociéndose al mismo tiempo el hecho de que el videopóquer (tal como aquí se utiliza el concepto) tiene un innegable componente de destreza y que los jugadores obtienen tanto mejores resultados cuanto más han aprendido y practicado el juego (796) (traducción al español del traductor).

160), puede llevar a la conclusión de que el texto literal de la carta no implicaba una autorización inequívoca en caso de que en el funcionamiento de las máquinas “de destreza” interviniera el azar¹¹⁰. Es evidente que el azar está presente en medida considerable, como en todos los aspectos de la actividad humana, por lo cual se justifica en cierta medida que mis colegas hayan señalado que esa carta no implicaba dar a Thunderbird seguridades inequívocas y claras de que podía llevar a cabo sus operaciones.

78. Por otra parte, si se lee la carta desde la perspectiva del destinatario y de un “empresario razonable” del sector pertinente, carente de la experiencia de cuatro años de litigios, y más de 20 abogados y expertos que desentrañaron el sentido de cada una de las palabras de la carta, se llega a un resultado diferente. En la carta no dice: “No se autorizan sus máquinas” (que la SEGOB conocía a la perfección), ni tampoco: “Creemos que sus máquinas son iguales a las de Guardia (lo que la SEGOB sabía o debía haber sabido) y, como ustedes saben, no pueden funcionar en México. La carta emitió una señal positiva: “pueden hacerlas funcionar”; la condición que establece (“tal como ustedes describieron las máquinas”) (traducción al español del traductor) vuelve a hacer referencia a la interpretación jurídica dada por Thunderbird en su solicitud con respecto a las máquinas. Es posible que en su solicitud Thunderbird haya jugado intencionalmente con la ambigüedad para exponer su calificación jurídica, pero sus términos pueden entenderse también como descripción “fáctica” o “técnica”. Más importancia reviste la referencia —a primera vista, venida de la nada— a que se prohíben las máquinas en las que el azar intervenga en forma “preponderante”. La utilización del criterio de “lo preponderante” conduce a la inevitable conclusión de que prohibir una operación “preponderantemente de azar” implica permitir una operación

¹¹⁰ Jefe de abogados de México, pág. 1150: “quizá cuando hayan alcanzado un muy fino nivel de detalle cabría la posibilidad de establecer o percibir cierta contradicción en la carta de la Gobernación” (traducción al español del traductor).

“preponderantemente de destreza”. “Preponderante” significa “en más de un 50%”. Existe una relación de suma cero entre destreza y azar. A más destreza menos azar, y viceversa. El criterio de “lo preponderante” – conforme a la declaración y a los estudios del profesor Rose – es el factor clave en torno al cual gira la legalización y liberalización del régimen jurídico de los juegos de azar:

“Hay una diferencia entre que se trate de un juego de destreza o un juego de azar, por lo cual si el juego es preponderantemente de destreza, no es de azar. Si es preponderantemente de azar, es un juego de azar” (traducción al español del traductor)¹¹¹.

79. El uso del criterio de “lo preponderante” implica hacer referencia a un estándar esencial de reglamentación de los juegos de azar. Hacer referencia al criterio de “preponderantemente de azar” como indicador de prohibición supone por lo tanto, automáticamente, hacer referencia a “preponderancia de la destreza” como indicador de legalidad. Por ende, me resulta difícil aceptar el rechazo, por parte del Tribunal, del argumento “*a contrario*” (párrafo 160), porque el abogado principal de México (al igual que el abogado de México más tarde, en la audiencia) aceptó en forma muy explícita el argumento *a contrario* como expresión de una lógica ineludible¹¹²:

Pregunta del Presidente al abogado: “Pero ¿esto se refiere también a la cuestión de “preponderantemente” –ahora el

¹¹¹ Pág. 751; Rose, *Gambling and the Law*, pág. 80: Con respecto a California: “los equipos que son preponderantemente de destreza son legales”.

¹¹² Pregunta del Presidente al abogado jefe de México y respuesta de éste, pág. 1161; además, repreguntas y respuestas de A. Attallah, pág. 207: Pregunta del abogado de México: “También aquí, el reverso, naturalmente, sería que si la máquina fuera de destreza, la destreza debía ser el factor predominante en la operación, ¿no es así?”, y pág. 209: “y lo que le señalo y procuro saber si está de acuerdo es, básicamente, es si decir que para que sea legal, un juego debía requerir... el principal factor del juego debería ser la destreza para que cumpliera ese criterio. ¿Está de acuerdo?” (traducción al español del traductor).

reverso— preponderantemente de destreza? ... Dice una cosa, pero también dice la otra.”

Respuesta: “Cabría interpretarla como preponderantemente de habilidad y destreza, y no como apuesta”.

Pregunta: “Entonces ¿usted diría que puede interpretarlo?”

Respuesta: “Sí, señor” (traducción al español del traductor).

80. Es prácticamente imposible establecer si las máquinas implican un azar menor o mayor del 50%; en el mejor de los casos, ello depende del nivel de destreza del jugador, que como lo señala el perito Prof. Rose en su respuesta, se incrementa en una “curva empinada de aprendizaje”, es decir, con un acelerado incremento una vez que se hace un esfuerzo serio para aprender¹¹³.

81. Con la introducción del criterio de la “preponderancia de la destreza o del azar”, la SEGOB muestra la manera en que pueden flexibilizarse los lindes de la prohibición de los “juegos de azar” contenida en la ley mexicana sobre juegos de azar. Ello es plenamente compatible con la conversación del testigo Watson con el ex secretario de Gobernación Labastida, quien coincide en que es “apropiado” utilizar “la cuestión de la destreza” tomada de un “litigio en la región septentrional de México” para atenuar la prohibición de los juegos de azar. Por lo tanto, puede interpretarse el oficio en el sentido de que a través de él se indica a Thunderbird que no puede calificar a sus máquinas como “exclusivamente de destreza” (en alusión al rótulo de “máquinas de destreza” utilizado con fines de presentación), sino como “preponderantemente de destreza”. Aunque la

¹¹³ La declaración del Prof. Rose es larga y en ningún caso inequívoca, pero en resumen el deponente admite que en el videopóquer y en los juegos conexos el azar cumple cierto papel; que cuantos más juegan y aprenden los jugadores tanto mejores resultados obtienen; que la destreza consiste principalmente en la capacidad de realizar rápidos cálculos de probabilidades teniendo en cuenta la experiencia anterior, y que el criterio preponderante es difuso y no puede establecerse con claridad, y que se usa y puede usarse para introducir una liberalización (páginas 773-791).

“ausencia de todo azar” es un criterio que no puede cumplirse (ningún juego puede cumplirlo), a través del criterio expresado en la frase “**preponderantemente de destreza**” se abre cauce a una evaluación discrecional. Al escuchar el término “preponderantemente de destreza”, un empresario del sector de los juegos de azar escucha el mensaje: “Sí, autorizado”, tal como el principal experto de México, Prof. Rose, manifestó al describir el enfoque californiano¹¹⁴:

“los equipos que son preponderantemente de destreza son legales”.

82. La interpretación de las comunicaciones intercambiadas por la SEGOB y Thunderbird no puede basarse exclusivamente en el texto del oficio tal como lo leerían aisladamente abogados internacionales con amplios conocimientos, sino como lo leerían “quienes están en el negocio”, es decir el regulador de los juegos de azar y los profesionales en la materia. En una adecuada metodología de interpretación del texto contractual y de las declaraciones unilaterales dirigidas a los inversionistas, como la que aquí hemos aplicado, lo que cuenta es el “horizonte” y la percepción de una persona razonable del sector. Y limitándonos a confiar en lo manifestado al respecto por el principal experto de México, aquí “preponderantemente de destreza” significa: “Sí”.

83. Con este criterio se abren amplias posibilidades de interpretación discrecional: ¿En las máquinas tragamonedas con video que funcionan mediante software interviene la destreza a un nivel del 10%? ¿Del 51%? No cabe una determinación plenamente objetiva; la destreza y la experiencia del jugador determinan las proporciones relativas de azar y destreza. Para captar el principal mensaje que transmite el texto en este contexto especial es necesario que reconozcamos el deseo de Thunderbird

¹¹⁴ Rose, *Gambling and the Law*, pág. 80.

de lograr una aclaración jurídica a los efectos de su inversión. La SEGOB lo sabía perfectamente. También tenemos que presente que la SEGOB conocía y debía conocer todo lo referente al carácter técnico de las máquinas y a los delicados problemas jurídicos que planteaba el asunto, puesto a prueba en numerosos litigios y procedimientos administrativos. Debe entenderse que el criterio (oficio) del 15 de agosto de 2000 implica que la SEGOB dio la “luz verde” (al final de un largo túnel oscurecido por la ambigüedad y la confusión). Las numerosas reservas pueden explicarse en virtud de las habituales estrategias de autodefensa de las burocracias¹¹⁵. Algunas de las reservas –es decir, la de que “preponderantemente” de destreza se contraponen con la de que “no interviene el azar de ninguna manera” – son contradictorias. No obstante, la conclusión final para un empresario razonable en esa situación era la respuesta a esta pregunta: ¿Podemos operar esas máquinas que usted conoce?: Sí, pueden; simplemente sean cuidadosos y tengan presente que deben –debemos– presentar las máquinas como equipos que implican destreza en forma “preponderante”, no exclusiva. Esa explicación coincide perfectamente con la referencia que hace el experto presentado por México, Rose, a la “ventanilla de oportunidad” para flexibilizar las normas que recién se abrió en 2000 (antes de que fuera electo el presidente Fox) y se cerró rápidamente a continuación. Lo que cuenta para la evaluación jurídica de la carta no es el texto mismo, sino la manera en que podía ser entendido, y probablemente iba a ser entendido, por Thunderbird, la destinataria del mensaje. Lo que interesaba era la interpretación que Thunderbird podía razonablemente haber dado a la respuesta de la SEGOB a su solicitud: la percepción razonable del destinatario del mensaje.

¹¹⁵ Con respecto a la estrategia de deliberada ambigüedad burocrática, véase Mairal, op. cit., *supra*.

84. Thunderbird no era una compañía multinacional del elenco de las “100 de Fortune”, con cientos de abogados y analistas de países a su disposición, sino una pequeña compañía cuyo dinámico espíritu de empresa no iba acompañado por igual medida de experiencia técnica y cautela. No obstante, el TLCAN se apartaría de su objetivo de movilizar oportunidades de inversiones si sus requisitos sólo fueran apropiados para compañías de muy gran escala, experimentadas, dotadas de abundantes recursos y extremadamente prudentes. El vigor y la dinámica del espíritu de empresa se disiparían, por no ser compatibles con los mencionados objetivos del Artículo 102 y del Preámbulo del TLCAN. Si la SEGOB hubiera querido impedir que Thunderbird operara sus máquinas, que estaban claramente identificadas, debió haberlo establecido y pudo haberlo hecho en forma sencilla, clara e inequívoca.

85. Sostengo que esa conclusión es una de las más congruentes con las prácticas y las expectativas de la vida real. Tiene en cuenta el hecho de que un inversionista privado rara vez examina la que parece ser y está destinada a ser una respuesta positiva con la “rigurosa diligencia debida”, y con el peine fino propio de un abogado litigante ultraprudente basado en una visión retrospectiva, sino que dirige la mirada hacia el mensaje esencial, que era: “puede seguir adelante; tenga en cuenta que en México los juegos de ese tipo deben presentarse como ‘preponderantemente de destreza’”. Aunque en un enfoque de aula siempre se requeriría un muy claro enunciado de las opiniones oficiales, la confusa realidad de la vida de los negocios en la mayoría de los lugares y épocas hace que en situaciones delicadas los burócratas, aunque quieran brindar respaldo, tiendan a utilizar un lenguaje confuso con fines de autoprotección. Las controversias no darían lugar a arbitrajes ni se requerirían tratados de inversiones si todos los inversionistas, en todas las etapas de sus negocios, se las arreglaran para ejecutar una transacción jurídica sin generar duda alguna sobre la intención del gobierno. Por el contrario, la ambigüedad es

la palabra de orden cuando se negocia con los gobiernos, y la tarea de proteger las inversiones internacionales se da, no en el caso de una transacción perfectamente otorgada y documentada, sino en un caso imperfecto de la vida real.

86. Es en ese sentido que es necesario aplicar el criterio jurídico arriba identificado de las “expectativas legítimas”: la mayoría del Tribunal se basa en la ambigüedad¹¹⁶ y en la falta de un texto literal claro, incondicional y carente de reservas. Pero si aplicamos el principio de que el riesgo de la ambigüedad debe recaer sobre el gobierno redactor; de que un organismo público no puede basarse en un lenguaje confuso deliberadamente insertado para sustraerse a los efectos del mensaje clave en que se basó el inversionista, y de que el redactor y la autoridad pública que goza de superioridad con respecto al inversionista extranjero deben ser claros, inequívocos y coherentes, el mensaje positivo que un empresario razonable pudo haber extraído del criterio del 10 de agosto de 2000 debe prevalecer sobre las múltiples reservas y contradicciones en que se basan mis estimados colegas. Análogamente, de las normas elaboradas en especial por los casos *Metalclad c. México* y *MTD c. Chile*, pero que también se reflejaron en otros precedentes sobre la obligación de los gobiernos de brindar en forma proactiva certeza jurídica a los inversionistas, puede concluirse que si la SEGOB no quería aceptar el tipo de operación que se proponía realizar *Thunderbird*, debió haberlo expresado en forma clara, y que si comprobó que *Thunderbird* no captaba en forma adecuada el mensaje, debió haberlo repetido y haberse cerciorado de que fuera transmitido y comprendido en forma clara¹¹⁷.

¹¹⁶ México reconoció la ambigüedad en la audiencia; véase *supra*.

¹¹⁷ F. de Trazegnies, *LA VERDAD CONSTRUIDA: Algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal*, TDM 2005 (www.transnational-dispute-management.com) p. 10: “Esta buena fe resulta indispensable para el funcionamiento normal de una sociedad de mercado, no basada necesariamente en valores éticos o religiosos trascendentales sino en la claridad y transparencia de la expresión y del comportamiento. Sin ella, los agentes jurídico-económicos no puedan calcular las consecuencias de sus actos porque el co-contratante de mala fe puede desajustar el acuerdo con cualquier pretexto.”

87. El oficio o criterio no constituye un dictamen jurídico privado: la Demandante no necesitaba asesoramiento jurídico adicional, pues había contratado a varios abogados y estudios jurídicos prestigiosos. Como el Demandado lo admite¹¹⁸, ese documento entraña la presunción de ser de carácter oficial y representar un acto de autoridad del organismo público competente. Llega con la plena autoridad del Gobierno, en papel membretado de la SEGOB, con múltiples sellos o improntas oficiales de la Secretaría de Gobernación, que es el Ministerio del Interior de México. No se trata de una nota furtiva entregada secretamente a Thunderbird para eludir la luz del día, sino que de ella se remiten oficialmente copias a no menos de dos altos funcionarios de la Secretaría; se presenta como una declaración unilateral oficial destinada a surtir efectos jurídicos. Esta firmada, y cada una de sus páginas está rubricada y contiene una referencia a un código de identificación oficial del caso¹¹⁹. Existe también un acto formal de notarización del documento. Cuanto más formal sea la comunicación remitida por un organismo administrativo a una persona en un caso concreto, tanto más probable es que genere una legítima expectativa. El umbral de las comunicaciones informales o generales es mucho más alto.

88. Los actos de gobierno formales deben tratarse con pleno respeto¹²⁰, lo que no ocurriría si se tratara la declaración formal de un gobierno como si emanara de un menor ignorante insuficientemente informado que necesite ser protegido de manejos turbios. Thunderbird no deseaba o no necesitaba que volviera a enunciarse el tenor literal de la ley; como era claro para el

¹¹⁸ Contestación, párrafo 64, octubre de 2004.

¹¹⁹ Alcántara, pág. 926: “Pregunta: ¿Por lo tanto, se trataría de un documento emitido con plena autoridad conforme a la legislación aplicable de México?: Respuesta: Sí, dotado de plena autoridad” (traducción al español del traductor).

¹²⁰ Maizal (págs. 50, 51) hace hincapié en que cuanto más formal sea una manifestación oficial tanto más eficaz resulta para crear una expectativa legítima, porque la formalidad aumenta la confianza, en tanto que las manifestaciones informales la reducen.

Gobierno, solicitaba una declaración acerca de si las “máquinas de destreza”, adecuadamente identificadas, podían funcionar en México. Quería una interpretación, y a través del enunciado del “criterio predominante”, la recibió. Tenemos que suponer que la SEGOB quería decir lo que dijo y que estaba dispuesta a dar la “luz verde” al inversionista. La presunción es que ese dictamen jurídico formal que pretendía el inversionista es válido, tiene un sentido efectivo, atiende en debida forma a la solicitud y en su parte dispositiva brinda una clara respuesta al inversionista. Sobre el Demandado recae la carga de probar que el oficio/criterio fue emitido, a través de un procedimiento impropio, por funcionarios que excedieron manifiestamente sus atribuciones y que no transmitió el mensaje principal, que era la contestación a la pregunta principal del inversionista: ¿Podemos operar en México nuestras máquinas –las máquinas BESTCO y SCI– que nosotros (al igual que otros operadores) denominamos “máquinas de destreza”?

89. También debemos suponer que a través de la respuesta a la solicitud de “luz verde” formulada por Thunderbird se quería establecer algo sustancial, y no tan sólo transcribir el texto de la ley. Una opinión que reduce el sentido transmitido en la carta a algo próximo a cero, que no constituye una respuesta realmente sustancial a la solicitud, no hace justicia a la metodología aceptada de interpretación de instrumentos jurídicos que incluyen un enunciado unilateral significativo como el contenido en el oficio. Los instrumentos jurídicos formalmente emitidos deben interpretarse, en caso de duda, en función de un “efecto útil”. Si constituyen una respuesta formal y oficial a una solicitud de aclaración de la ley formulada por un inversionista extranjero deben dar respuesta eficaz a lo solicitado. Si el documento lo hizo con tantas reservas y tanta ambigüedad, el Gobierno debe soportar el riesgo de esa ambigüedad. Tanto en derecho internacional como en derecho administrativo

comparado se presume la legitimidad de los actos oficiales¹²¹. Ese es el riesgo que debe soportar el Gobierno como precio del debido respeto de los actos oficiales.

90. El hecho de que el oficio daba “luz verde” fue también la opinión del asesor jurídico de Thunderbird, Sr. Ruiz de Velasco, del estudio Baker McKenzie. Aunque dicho asesor reiteró las reservas del oficio —¿qué abogado no trata igualmente de cubrirse las espaldas al emitir dictámenes jurídicos?—, las conclusiones dispositivas, que son las que cuentan, confirmaron el hecho de que Thunderbird podía seguir adelante y operar sus máquinas de destreza con videos. Quizá el Sr. Ruiz de Velasco no conocía la ley mexicana sobre juegos de azar ni las características funcionales de las máquinas, como tampoco el elaborado cauce que ofrecía el oficio a las máquinas “preponderantemente de destreza”, pero su dictamen debe considerarse principalmente en virtud de su conclusión clara, y no de sus reservas retóricas y de autoprotección. Otros prominentes abogados están en condiciones de percibir la jerga legal de autoprotección en los dictámenes jurídicos, en especial en visión retrospectiva, pero la opinión que extrajimos de la audiencia no fue que ello fuera aplicable a Thunderbird. En las repreguntas, el Sr. Ruiz de Velasco se mostró cada vez más confuso con respecto a la manera en que debía haberse efectuado y a la manera en que se efectuó la declaración, a las características funcionales de las máquinas y a sus consecuencias jurídicas en México, pero ello obedeció a que poco o nada comprendía o le interesaban los aspectos técnicos y jurídicos de la ley mexicana sobre juegos de azar. Si hubiera comprendido adecuadamente las consecuencias del criterio de la “preponderancia” introducido por el oficio, habría podido emitir un dictamen jurídico más claro y exponerlo en consecuencia al Tribunal.

¹²¹ Mairal, pág. 81: “En efecto, si la Administración impugna el carácter de *factum proprium*, jugará un rol importante la presunción de legitimidad del acto administrativo, en este caso en favor del particular”.

91. Además, los funcionarios públicos que suscribieron el oficio eran competentes para hacerlo¹²². En México, la SEGOB es la máxima autoridad federal reguladora del negocio de los juegos de azar, lo que la hace competente para determinar, a los efectos de la administración de la SEGOB, los límites de la ley. Ello implica necesariamente la facultad de interpretar los términos, aunque esa interpretación no fuera jurídicamente vinculante para los procedimientos de los tribunales ni estuviera sujeta a acciones judiciales. Como prácticamente todos los juegos contienen ciertos componentes de azar y destreza, es una actividad normal y legítima de la principal autoridad reguladora nacional formarse su propia opinión sobre el trazado preciso de esos lindes (y darlos a conocer a un inversionista), tanto más cuanto que la ley básica era sumamente vieja (fue sancionada en los años cuarenta) y no había acompañado la evolución comercial y tecnológica moderna. Las prácticas regulatorias internacionales, con respecto a las cuales el profesor Rose declaró a solicitud de México, habían elaborado la distinción entre “preponderantemente de destreza o de azar”; en consecuencia, era perfectamente apropiado que la SEGOB interpretara a la luz de esas prácticas la ley mexicana de 1940 sobre juegos de azar, en especial porque en esa época existía en la esfera política la idea de liberalizar dicha ley. Introducir una liberalización insignificante —en lugar de promover un cambio legislativo en gran escala— suele ser, o en la mayoría de los casos es, el procedimiento utilizado para introducir modificaciones de políticas de un modo más rápido, eficiente y políticamente aceptable. El ex ministro de Gobernación Labastida, el profesor Rose, principal experto ofrecido por México, y Watson, testigo ofrecido por Thunderbird, coinciden, en efecto, en que en 2000 existía una “ventanilla de oportunidad” para una “liberalización furtiva” a través de la apertura que ofrecía la condición de “destreza”, y la SEGOB y

¹²² Alcántara, pág. 926, y texto citado *supra*; Mairal, págs. 48, 49, sobre el requisito de que los funcionarios que efectúan manifestaciones que generen expectativas legítimas deben actuar dentro de su esfera de competencia burocrática.

Thunderbird aprovecharon esa “ventanilla”. Por lo tanto, los funcionarios de la SEGOB emitieron su oficio en claro ejercicio de su competencia real y efectiva, y en el marco de la incipiente política oficial (que más adelante se revocó)¹²³.

92. La opinión de Thunderbird de que el oficio, formalmente (aunque con cauto lenguaje burocrático) daba “luz verde” a sus operaciones, era también razonable. Primero, ambas partes conocían bien las máquinas y su modo de operación. Segundo, Thunderbird había expresado claramente a la SEGOB que consideraba importante para sus actividades la obtención de una carta de certeza de la SEGOB, y además emprendió la senda de cooperación con el Gobierno, en lugar de aplicar la estrategia de confrontación seguida por su competidor mexicano Guardia. Pudo haber sido más prudente; pudo haber advertido que el oficio dejaba a la SEGOB muchas vías de escape y no constituía una garantía absolutamente clara e inequívoca. Pero no actuó con falta de razonabilidad al deducir que obtenía seguridades a la luz de lo que parecía ser, en el contexto de su comunicación, la actitud positiva del oficio con respecto a las máquinas de Thunderbird y la confirmación de ese mensaje positivo en el párrafo dispositivo del ulterior dictamen jurídico de su asesor jurídico.

93. En resumen: los funcionarios competentes, actuando en ejercicio ordinario de sus cometidos, crearon a Thunderbird una expectativa, y además era razonable que en las circunstancias del caso, el oficio inspirara confianza a Thunderbird. Por lo tanto, tenemos una “expectativa legítima” protegida por el Artículo 1105 del TLCAN. Es evidente que Thunderbird interpretó el oficio en el sentido de que le daba “luz verde”. Pero de mi análisis se desprende también que Thunderbird, razonablemente y en el contexto de la interrelación entre la entidad reguladora y la empresa de juegos de azar,

¹²³ Mairal, pág. 152, hace hincapié en la posibilidad de que las seguridades de interpretación generen en la persona que en ellas se base una expectativa legítima, a menos que la respuesta dada por el funcionario sea “claramente contraria a la ley”, págs. 150-152.

podía interpretar el mensaje operativo y el criterio “preponderante” en el sentido de que se le daba “luz verde”, y que ese consentimiento guardaba relación con las máquinas que Thunderbird había mencionado, previsto para sus operaciones y en definitiva distribuido para realizarlas. Los argumentos de México se basan principalmente en que la SEGOB fue víctima de un engaño, pero como ya lo expresé, el Demandado no asumió la carga de la prueba del engaño, que sobre él recaía.

Aceptación posterior al oficio de las operaciones de Thunderbird por parte del Gobierno mexicano saliente

94. Pese a mi discrepancia en cuanto a la atribución de eficacia al oficio, podría haberme dejado llevar por los elocuentes argumentos de mis colegas que disecaron el oficio en forma extremadamente minuciosa y concluyeron que dicho documento no bastaba para crear la expectativa legítima de que la SEGOB de México estaba dispuesta a utilizar sus potestades para tolerar las operaciones de Thunderbird. No obstante, los mensajes “de certeza” enviados por la SEGOB a Thunderbird no se iniciaron ni terminaron con el oficio del 15 de agosto de 2000. Como lo reconoce la jurisprudencia de las “expectativas legítimas”¹²⁴, actos tales como “tratamiento sistemático y prolongado de una persona de determinada manera puede[n] crear una expectativa razonable de que el tratamiento proseguirá hasta nuevo aviso”. Dada la dificultad que supone la aplicación rápida de la legislación mexicana contra los juegos de azar, no habría estado dispuesto a sostener que, a falta del oficio precedente, la tolerancia de las operaciones de Thunderbird durante unos seis meses, por parte del Gobierno mexicano saliente, bastara de por sí para crear una expectativa legítima conforme al Artículo 1105 del TLCAN. Pero aunque

¹²⁴ R c. IRC, ex p Unilever, 1996 STC 681, citado de Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, OUP 2001 121, 122; nótese el hincapié que hace el profesor Bowett en una “interpretación razonable de la conducta de una parte” (traducción al español del traductor) en su declaración, citada por Reisman/Arsanjani, op. cit., pág. 340.

se considere que el oficio no es suficientemente convincente y que la tolerancia posterior a él no ha sido suficientemente prolongada, la combinación de ambos factores genera un argumento mucho más sólido para afirmar la existencia de una expectativa legítima protegida¹²⁵. Ello también es congruente con la directriz interpretativa de Artículo 31 (2) de la Convención de Viena, de que la conducta ulterior de las partes se toma como indicador significativo de su intención común. En el derecho administrativo comparado –en especial en los sistemas jurídicos de tradición latina– la conducta ulterior de la administración se toma en general como criterio para la interpretación de actos y contratos administrativos anteriores ambiguos¹²⁶.

95. Si la SEGOB en efecto hubiera sido engañada por la presentación de una operación de videopóquer maquillada para dar la apariencia de un inocente juego de salón de video, como sostiene la mayoría del tribunal, habría tenido tiempo suficiente para inspeccionar las operaciones, comprender que no coincidían con la descripción presentada y con respecto a la cual la SEGOB había dado “luz verde”, sino que contravenían la legislación mexicana tal como la interpretaba entonces la SEGOB. Dado lo delicado de la cuestión y las prolongadas contiendas jurídicas libradas por la Secretaría con Guardia a partir de 1998, habría sido natural que la SEGOB inspeccionara las instalaciones poco después del oficio del 15 de agosto de 2000. El licenciado Alcántara declaró su constante determinación

¹²⁵ Esa sería también la consecuencia de interpretar el concepto de la “expectativa legítima” conforme a la doctrina de la negligencia procesal en el ámbito de la equidad del *common law* o, en derecho civil, conforme a la doctrina de la aquiescencia tácita. El período de seis meses quizá no fue de por sí muy prolongado, pero es la totalidad del período comprendido entre la entrega del oficio y el final del gobierno del PRI. El hecho de que tuviera que advenir un nuevo gobierno, con su propia política, para revocar la aceptación comprendida en la combinación del oficio y la ulterior tolerancia informada indica más bien que el oficio puede interpretarse legítimamente como tolerancia informada posterior al oficio por parte del gobierno saliente del PRI.

¹²⁶ Mairal, 129: “La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha considerado a los hechos subsiguientes de las partes como ‘elementos decisivos’ para la interpretación de un contrato de obra pública”... “Análoga regla cabe proponer respecto de los actos administrativos de objeto dudoso o ambiguo” (traducción al español del traductor).

de perseguir vigorosa y sistemáticamente a todo infractor¹²⁷. Nada podía ser más normal, tras la expedición de un oficio tan cuidadosamente redactado, como inspeccionar los establecimientos de Thunderbird para verificar el acatamiento de las “advertencias” y que las máquinas fueran tal como habían sido presentadas a la SEGOB. Pero la SEGOB no adoptó medida alguna en todo el año 2000 ni ulteriormente, hasta que asumió sus funciones un nuevo gobierno y, por lo tanto, un nuevo director de la SEGOB, Guadalupe Vargas. La combinación del oficio con la continua aquiescencia de las operaciones de Thunderbird por parte de la SEGOB al final del mandato del Gobierno —que era el responsable de la emisión de oficio— indica que la SEGOB conocía con exactitud para qué había dado la “luz verde” y estaba satisfecha con ello. La conducta de ambas partes tras el oficio clave —la continuación de su inversión por parte de Thunderbird y la tolerancia de la SEGOB— confirman el hecho de que el oficio estaba destinado a dar “luz verde” para la instalación y operación de máquinas tragamonedas programadas por software de un tipo exactamente igual al de las operadas por Thunderbird, y el hecho de que la SEGOB conocía perfectamente y aceptaba ese hecho, pese a la manera elusiva y errática con que la Secretaría había formulado el oficio.

96. Para la interpretación de los actos jurídicos, lo que cuenta, en definitiva, es lo que las partes querían, y la interpretación que el destinatario de una comunicación jurídicamente pertinente dio y razonablemente podía dar al texto del mensaje principal. El hecho de que debieran asumir sus funciones un nuevo Gobierno y un nuevo Director —con sus nuevas actitudes, afiliaciones y alianzas ¹²⁸— para dar marcha atrás a la orientación que el oficio del 15 de agosto de 2000 había adoptado en forma sumamente cauta, indica que el anterior Gobierno mexicano efectivamente

¹²⁷ Pág. 880: Pregunta: “¿Cuándo se adoptará esa medida? Respuesta: “Si de mí dependiera, puede creerme que sería de inmediato”. Luego con respecto a la misma pregunta: “Tan pronto como esas medidas y estrategias lo permitan” (traducción al español del traductor).

¹²⁸ Esa ha sido la opinión, a mi juicio creíble —y nunca cuestionada— del testigo Montano, párrafo 151.

había dado “luz verde” a Thunderbird, había estado plenamente consciente de ello y había aceptado las consecuencias de que Thunderbird respaldara entonces sus expectativas con una considerable inversión de seguimiento. El hecho de que se requiriera un nuevo Gobierno y un nuevo Director de la SEGOB para que el rumbo cambiara súbitamente –y el hecho de que a comienzos de 2001 se emitiera “la primera orden de clausura” contra Thunderbird– y no contra el competidor mexicano Guardia difícilmente puede haber sido una coincidencia: se sancionó a Thunderbird por haber colaborado con el Gobierno (anterior) y por haber participado en el intento del Gobierno anterior de ir atenuando la prohibición de los juegos de azar.

97. Si esto no es suficiente para explicar lo que la SEGOB quiso decir a través del oficio y lo que el inversionista interpretó del contenido de este último, habría que tener en cuenta la obligación “proactiva” del Gobierno de evitar contradicciones y la confusión del inversionista, expuestas en los casos MTD c. Chile y Metalclad c. México. Dada la estrecha relación entre la SEGOB y Thunderbird, corresponde suponer que la SEGOB sabía que Thunderbird había comenzado a operar sus máquinas de videopóquer y conexas (identificadas como BESTCO y SCI) después del oficio. Si el oficio no tenía ese contenido –como lo cree la mayoría del Tribunal– la SEGOB tenía la obligación de hacerlo saber al inversionista y asegurarse de que no se creara una expectativa legítima. El hecho de que no lo hiciera confirma el sentido que dieron la SEGOB y Thunderbird al oficio, pero también el hecho de que la SEGOB habría faltado a su obligación de transparencia y de trato justo con el inversionista, al permitirle correr a ciegas hacia el abismo.

Defraudación de las expectativas legítimas con elementos discriminatorios en el proceso de aplicación de la ley

98. El elemento del incumplimiento en el caso de las expectativas legítimas previstas en el Artículo 1105 del TLCAN no consiste en el acto de crearlas, sino de defraudar esas expectativas, es decir, en el hecho de que el Gobierno cambie de rumbo después que el inversionista ha realizado su inversión. Por lo tanto, tenemos que examinar no sólo cómo se crearon las expectativas, sino también en qué consistió el incumplimiento. Conforme al Artículo 1105 del TLCAN y a tratados de protección de inversiones equivalentes, el concepto de las expectativas legítimas jamás debe considerarse como una garantía inflexible –semejante a un contrato de concesión a largo plazo dotado de una garantía de estabilización– que las políticas no pueden alterar. En toda la vasta jurisprudencia examinada comprobamos que si los gobiernos alteran el rumbo anteriormente comunicado y con el que se ha contado, se produce un proceso de equilibrio entre la solidez de las expectativas legítimas (que es mayor cuando se ha comprometido una inversión para el futuro) y el muy legítimo objetivo del gobierno de mantener “espacio de políticas” y flexibilidad. La igualdad entre las personas y la inexistencia de favoritismo –es decir, de no discriminación– influye en la evaluación de la expectativa legítima¹²⁹. Ello es aún más pertinente en los tratados de inversiones, en que, al igual que en el Artículo 1102 del TLCAN, se consagra formalmente la prohibición de discriminar a favor de competidores locales.

Los tribunales han hecho referencia a medidas transitorias¹³⁰ tendientes a amortiguar un cambio de políticas, pero no es lo que ocurrió en el caso de autos. El cambio de gobierno y del Director de la SEGOB inició a un

¹²⁹ Mairal, pág. 104. El hecho de que los “elementos discriminatorios” pueden influir en el examen del Artículo 1105 del TLCAN no significa que el incumplimiento del Artículo 1102 pueda conducir automáticamente al incumplimiento de otras obligaciones del TLCAN, como las de los Artículos 1105 o 1110. Así lo confirma también la interpretación de la Comisión del TLCAN citada en el laudo.

¹³⁰ Cabe citar, entre muchos otros casos, *Findlay c. Secretario de Estado*, 1985, AC 318, analizado en De Smith, Woolf & Jowell, *Judicial Review of Administrative Action*, 428-430; Schonberg, 118-119.

proceso de aplicación de la ley de carácter prioritario y centrado en la parte más débil: el inversionista extranjero¹³¹. Tal como lo confirmó el licenciado Alcántara, la primera orden de clausura, estando en funciones el nuevo Director, se dictó contra el establecimiento de Nuevo Laredo de Thunderbird¹³². El nuevo Director de la SEGOB no actuó primero, como cabía prever, contra Guardia, que nunca había solicitado ni obtenido una carta de certeza del Gobierno, sino contra el inversionista extranjero que había colaborado con el gobierno (anterior) y obtenido una carta de certeza, por cuestionada que ésta haya sido ulteriormente. Esto fue seguido por intentos de aplicación de la ley, en última instancia infructuosos, contra Guardia. Es difícil establecer, y la prueba al respecto no es concluyente, si Guardia tan sólo procedió más hábilmente promoviendo acciones de amparo ante los tribunales mexicanos, o si la SEGOB desarrolló acciones menos enérgicas contra Guardia que contra Thunderbird, que era un blanco mucho más fácil y gozaba de menor protección política. De las repreguntas formuladas por el licenciado Alcántara, abogado de la SEGOB para cuestiones de aplicación de leyes, se desprende que la orientación de las actividades de aplicación de leyes no estaban libradas a su discrecionalidad, sino que le habían sido ordenadas por autoridades superiores (la Unidad de Gobierno)¹³³ de la Secretaría de Gobernación. El licenciado Alcántara —a cuya determinación de aplicar enérgicamente la ley él mismo hizo referencia— fue excluido de esas deliberaciones y actuó simplemente como abogado ejecutor de directrices

¹³¹ México no ha explicado por qué el gobierno saliente del PRI siguió aceptando la conducta de Thunderbird, ni por qué el gobierno entrante del PAN cambió de actitud; en ese contexto es pertinente la explicación ofrecida por el embajador Montano, págs. 150, 151: “existía una diferencia de puntos de vista de parte de las nuevas autoridades”, que incluye la referencia de dicho funcionario a la posibilidad de colusión entre Guardia —el competidor— y Guadalupe Vargas, el nuevo director del organismo regulador, aunque no pudo proporcionar pruebas (¿quién puede proporcionarlas?), pero la ofreció como una explicación plausible, no cuestionada ni explicada en mejores términos por el Demandado.

¹³² Pág. 990.

¹³³ Del expediente (confirmado por una búsqueda en Internet) se desprende que la Unidad de Gobierno parece ser el (o uno de los) departamento(s) administrativo(s) central(es) de la Secretaría de Gobernación, que tiene a su cargo la reglamentación de los juegos de azar: http://www.gobernacion.gob.mx/compilacion_juridica/webpub/Reg-Int-SEGOB-2005.pdf.

sobre aplicación de leyes que se le impartían desde niveles superiores. De las repreguntas que formuló se desprende con mucha claridad que cuando se le encomendaban tareas de aplicación de normas cumplía enérgicamente su mandato, pero que sus superiores le impartían instrucciones a ese respecto. Nada ha salido a luz ni ha presentado México con respecto a la identidad de esas autoridades, a la manera en que cumplían sus cometidos ni a si orientaban las actividades de aplicación de leyes con igual energía contra Thunderbird que contra Guardia. Esta es otra “caja negra” en las actividades de la Gobernación que supervisaba a la SEGOB. No obstante, los resultados son indicios de que esa igualdad no existía. Como los resultados indican que Thunderbird fue singularizada sin justa causa (la confrontación mantenida con Guardia en circunstancias normales debió haber hecho de éste el primer objetivo), y puesto que el acceso a esas personas y a sus actos de control de la aplicación de leyes están bajo el control exclusivo de México, la presunción *prima facie* es que se favoreció a Guardia, o por lo menos existió una razón especial para ir contra Thunderbird antes que contra Guardia¹³⁴. Esto lleva a otra presunción, refutable pero no refutada ni explicada y probada: de que se tuviera la intención de discriminar contra Thunderbird y, muy plausiblemente, por lo tanto, de favorecer al principal y más poderoso y visible competidor mexicano. También aquí el respaldo proviene del

¹³⁴ Es un hecho firmemente establecido que el control de las pruebas y de la no presentación de pruebas pertinentes necesarias para refutar una presunción hace recaer la carga de la prueba sobre quien controla la prueba, y no sobre la parte que la presenta; por ejemplo, caso Kalkosch, Comisión de Reclamaciones Estados Unidos-México, citado en D. Sandifer, *Evidence before International Tribunals*, 1939; M. Polkinghorne, “The Withholding of Documentary Evidence in International Arbitration”, 2004, págs. 13-16, de pronta aparición en *Fordham Law Review*. Más recientemente: Methanex c. Estados Unidos, pág. 154, párrafo 56: “la carga de la prueba... se desplazó hacia Methanex, pero Methanex optó por no convocar a los socios pertinentes del estudio jurídico no identificado cuya declaración pudo haber aclarado la cuestión. El Tribunal no logra percibir por qué esos socios no hubieran podido declarar ante él”. En forma similar, en la pág. 155 (párrafo 58), el tribunal vuelve a extraer conclusiones del hecho de que la persona pertinente “no fue llamada como testigo por Methanex... se le dio conocimiento de este procedimiento y pudo haber declarado como testigo, Methanex no proporcionó una explicación satisfactoria del hecho de que esa persona no hubiera comparecido como testigo” (traducción al español del traductor).

método aplicado por el tribunal del caso Feldman c. México¹³⁵, que dedujo de varios factores –incluida la determinación del inversionista extranjero de plantear una reclamación del TLCAN y el mejor tratamiento de un inversionista mexicano con buenas conexiones– que existían sólidos argumentos para sostener la existencia de una intención de singularizar a Feldman, porque era un inversionista extranjero; teniendo en cuenta el hecho de que el Gobierno mexicano no quiso o no pudo refutar esa conclusión plausible basada en “puntos” fácticos disponibles que el tribunal logró conectar mediante una “línea” aclaratoria¹³⁶, el tribunal dedujo con acierto de los “puntos” disponibles que la intención discriminatoria era la “línea” que los conectaba.

99. Si bien he llegado a coincidir con mis respetados colegas en que una conducta de ese género quizá no representó un incumplimiento pleno de la obligación prevista en el Artículo 1102 sobre trato nacional, encuentro “elementos discriminatorios” más que suficientes que es preciso tener en cuenta al juzgar la defraudación de las expectativas legítimas que implica la rápida aplicación prioritaria de medidas de clausura contra Thunderbird. Esos elementos quizá no representen de por sí un incumplimiento del Artículo 1102 del TLCAN (y coincido en que el incumplimiento de una obligación prevista en el Capítulo XI del TLCAN no implica necesariamente el incumplimiento de otra), pero en especial en el contexto de un trato justo y equitativo (Artículo 1105 del TLCAN) los elementos discriminatorios deben influir en el proceso de determinación de si una conducta impropia ha alcanzado el umbral de gravedad que requiere el Artículo 1105. Me tranquiliza en ese sentido el enfoque similar (o idéntico) adoptado por el prestigioso tribunal del caso Eureka c. Polonia

¹³⁵ Párrafos 181, 182 en particular.

¹³⁶ Son las palabras usadas por el tribunal del caso Methanex c. Estados Unidos, *supra*.

(2005), que también vinculó la “conducta discriminatoria” con una conclusión sobre el incumplimiento del criterio de lo justo y equitativo¹³⁷.

100. De la prueba no cuestionada y de mi evaluación de los testigos, en especial el licenciado Alcántara, se desprende claramente que el cambio de rumbo de las actitudes del Gobierno con respecto a Thunderbird se inició inmediatamente después de que asumieran sus funciones el nuevo gobierno del PAN y el nuevo director de la SEGOB, Guadalupe Vargas, y se imprimiera especial intensidad a la aplicación coercitiva de la ley contra Thunderbird. Así lo pone de manifiesto el hecho no cuestionado de que la primera orden de clausura se dictó contra Thunderbird. En circunstancias normales cabía esperar que el primer blanco de una política más vigorosa contra los juegos de azar hubiera sido Guardia, que había sido el pionero de la operación de máquinas “de destreza”, que inició en 1999, y que había desafiado abiertamente a la SEGOB, llegando a jactarse en público de que lograba realizar operaciones de ese tipo “con o sin la ley”¹³⁸, a diferencia de Thunderbird, que había adoptado el enfoque de no enfrentar a la autoridad reguladora, sino cooperar con ella. En el artículo más ilustrativo se describe a Guardia como “Amigo de políticos PANISTAS”. Por lo tanto, creo justificado presumir la consiguiente presencia de un impulso y orientación discriminatorios en materia de aplicación de las normas. No sabemos, y difícilmente lograremos saber con certeza, qué ocurre en la “caja negra” de la administración pública, en especial en asuntos delicados y en casos en que los competidores locales están vinculados con servicios públicos para actuar contra competidores extranjeros. Es por ello que un

¹³⁷ Párrafo 242: “esos actos discriminatorios del Gobierno polaco representan una grosera violación de las expectativas de las partes” (traducción al español del traductor).

¹³⁸ Tanto más cuanto que Guardia se había mofado públicamente de la SEGOB y había proclamado que gozaba de protección política y religiosa (Santa Rita) para explicar su éxito de llevar adelante su operación de juegos de azar, en notable contraste con Thunderbird, que había emprendido el camino de solicitar la garantía del oficio; Documento de prueba C-97, artículo tomado de *Millenio*, 18 de agosto de 2003, sobre José María Guardia, titulado: “Abriré mi casino con o sin ley”. En ese artículo se describe a Guardia como “Amigo de políticos PANISTAS” (el PAN es el partido del nuevo gobierno).

tratamiento claramente diferente genera la presunción de una estrategia y una intención discriminatorias. Con respecto a Thunderbird, la SEGOB logró éxito ante los tribunales mexicanos. Pero esa combinación de un ímpetu y un éxito excepcionales en materia de aplicación de normas no se dio contra las operaciones competidoras del Sr. Guardia. Lo ocurrido en los tribunales mexicanos no es independiente de las medidas adoptadas por la SEGOB ni brinda inmunidad para los actos de la Secretaría: ante el TLCAN, México es responsable de los actos de sus tribunales, tal como lo es de los actos de la SEGOB¹³⁹.

101. A falta de un análisis amplio de la obligación de trato nacional – Artículo 1102–, interpreto la jurisprudencia pertinente –PopeTalbot c. Canadá, Myers c. Canadá, Feldman c. México y Occidental c. Ecuador– en el sentido de que impone al demandante la obligación de probar la “probabilidad” y el trato diferencial, por lo menos de facto, debiendo recaer sobre el demandado la carga de la prueba de que esa diferencia de trato está vinculada con objetivos de política legítimos o no está relacionada con la nacionalidad extranjera del demandante. También interpreto esos persuasivos precedentes en el sentido de que indican que el competidor local principal mejor ubicado¹⁴⁰ debe compararse con el

¹³⁹ Coincido con mis colegas en que las alegaciones de Thunderbird no representan, en conjunto, un incumplimiento grave y sustancial del debido proceso que llegue a configurar una “denegación de justicia administrativa”. Pero me sigue preocupando el hecho no cuestionado de que el abogado jefe del Gobierno, Alcántara, mantuvo un diálogo privado de más de 13 horas de duración con uno de los jueces colegiados, testigo Watson, 421, 422: “El Sr. Alcántara había llegado el día anterior al fijado para que el Tribunal considerara el asunto, y permaneció durante más de 13 horas en una sesión a puertas cerradas con llave con el Colegiado del Tribunal” (traducción al español del traductor). Quizá esa sea una práctica aceptable en México, tal como se me ha dicho, pero ella debilita el argumento de que los elementos discriminatorios no son significativos puesto que los tribunales mexicanos han declarado aceptable la conducta de la SEGOB.

¹⁴⁰ Téngase presente el caso Loewen c. Estados Unidos, Laudo Definitivo, párrafo 14: “Lo que requiere el Artículo 1102 (3) es una comparación entre el nivel de trato acordado a un demandante y el trato más favorable dado a una persona en situación similar a la de esos demandantes” (traducción al español del traductor); OECD, Mid-Term Report on the 1976 Declaration and Decisions, Annex V (1982) AT P. 50; UNCTAD, Trato Nacional, 1999, pág. 33; Myers c. Canadá, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000, párrafos 93, 112, 256; especialmente en Pope y Talbot c. Canadá, Laudo Provisional, 26 de junio de 2000, párrafos

inversionista extranjero. El hecho de que puedan existir otros competidores locales que tampoco sean tratados tan favorablemente como el mejor competidor local no conduce a abandonar ese enfoque. La alusión al “trato más favorable” contenida en el Artículo 1102 (3) indica que el criterio de referencia requerido consiste en el “trato más favorable” acordado a un competidor local, y no un “trato medio” ni el “peor trato dado a un competidor local”. No sirve de defensa la aplicación de un trato igualmente injusto a algunas compañías locales, políticamente no favorecidas.

102. El trato significa la conducta consolidada de autoridades nacionales (incluidos los tribunales). Admito que para llegar a la conclusión de que existe discriminación ésta debe alcanzar cierto nivel de sustancialidad y peso; otro requisito es que a través de un recurso administrativo o judicial de fácil acceso no se le ponga remedio rápido y efectivo¹⁴¹. Por otra parte, tampoco se trata de que el Estado esté obligado a llevar a cabo una “acción afirmativa” tendiente a igualar todas las desventajas informales inherentes al origen extranjero del inversionista, ni se requiere que la mala suerte o la falta de destreza procesal del inversionista litigante se considere automáticamente como una infracción al régimen del trato nacional. Tampoco considero que la obligación del Artículo 1102 imponga a un gobierno la obligación de acordar igual tolerancia a operaciones ilegales simplemente porque sean de propiedad extranjera, lo que equivaldría a apoyar a una organización mafiosa extranjera simplemente porque el jefe de policía local está confabulado con una organización de mafiosos locales.

11, 24, 36, 38. La idea de que podría utilizarse el ejemplo de compañías locales sujetas a un trato injusto para justificar la discriminación entre la compañía local mejor tratada y un competidor extranjero es cuestionable, pues podría conducir a una situación en que se trate injustamente a algunas compañías locales para evitar la aplicación de la norma de trato nacional. Véase: J. Kurtz, National Treatment, Foreign Investment and Regulatory Autonomy, Contribution to Hague Academy of International Law 2004, seminario de investigación, de próxima aparición en 2006, págs. 19 y 20.

¹⁴¹ Paulsson, 2005, op. cit., *supra*.

103. Pero en el caso de autos no se trata de una conducta delictiva, sino de un servicio de juegos de azar que suele ser legítimo, cuya legalidad depende de interpretaciones jurídicas sobre los límites de la ley; esos límites no representan una línea delgada ni brillante, sino una zona gris, difusa. Por lo tanto, es posible identificar la conducta del Gobierno (reforzada por la conducta de los tribunales) –seguida por la SEGOB, en cuanto a la intensidad y el enfoque de sus actos de aplicación de normas– que conduce al resultado de que el inversionista extranjero que comprometió su inversión tras recibir una carta de certeza razonable del Gobierno anterior sea el primero en sufrir sanciones, en tanto que el inversionista local que siempre jugó la carta de la confrontación judicial sigue prosperando. Seguramente el procedimiento más legítimo para poner a prueba los márgenes de una ley de alrededor de 60 años de existencia, superada por la tecnología, consiste en solicitar al Gobierno una interpretación que tenga en cuenta las tecnologías emergentes y las prácticas regulatorias comparadas. La razón por la cual aparentemente se sancionó a Thunderbird en virtud de ese enfoque en tanto que el método de confrontación seguido por el principal competidor local sigue siendo para él una fuente de beneficios –cuatro años después– no ha sido explicada por el Gobierno ni por este Tribunal en su laudo mayoritario. Es difícil determinar las razones que explican esa diferencia de resultados. La cuestión tiene que ver con lo que sucede en la “caja negra” de la interrelación entre el Gobierno y los empresarios locales. No obstante, mi conclusión es que estamos en presencia por lo menos de una presunción de elementos discriminatorios y arbitrarios en la actividad de aplicación de la ley de la SEGOB. Esa presunción no ha sido refutada por una explicación satisfactoria. México ha mantenido una estudiada actitud de silencio sobre la relación de Guardia con el Gobierno y sobre la razón del éxito relativo de esta persona en los tribunales. El hecho de que esa diferencia sólo salga a la luz después que un nuevo gobierno y un nuevo

Director de la SEGOB han asumido sus funciones refuerza la idea de que la SEGOB actuó contra Thunderbird porque se consideraba que había llegado a un acuerdo con el gobierno anterior.

104. El Gobierno mexicano pudo haber despejado esa presunción presentando a los protagonistas clave de su ámbito: el Director General de Gobernación, bajo cuya autoridad se otorgó el oficio; el funcionario de la SEGOB que lo preparó y suscribió; los funcionarios de la SEGOB a los que se remitieron copias del oficio; Guadalupe Vargas, que fue el instrumento del cambio de política que llevó a actuar enérgicamente contra Thunderbird. El Demandado tampoco presentó a ningún miembro de la Unidad de Gobierno, que aunque quedó en el anonimato ordenó al licenciado Alcántara actuar primero contra Thunderbird, y que debe ser llamado a responsabilidad por la relativa ineficacia de las medidas de aplicación de la ley adoptadas contra Guardia. La declaración testimonial de Alcántara con respecto a la primera empresa contra la que se actuó – Thunderbird – y con respecto a la ubicación del “centro de comando y control” dentro de la Gobernación indican tan sólo una cosa: que los poderes anónimos de la Unidad de Gobierno habían señalado a Thunderbird como blanco primero y prioritario. El hecho de que el Gobierno no presentara a ninguno de esos protagonistas clave –del período del PRI y del período subsiguiente del PAN– respalda la presunción no refutada de que se singularizó a Thunderbird a los efectos de la aplicación de la ley. Se trata de la misma operación jurídica realizada por el tribunal del caso Feldman c. México, que halló pruebas, aunque nunca explicadas plenamente por México, de que el inversionista extranjero fue tomado como blanco en virtud de eficaces procedimientos de aplicación de la ley basados en auditorías, en tanto que el competidor

que gozaba de buenas conexiones políticas y era económicamente más poderoso no fue molestado¹⁴².

105. En consecuencia, concluyo que en 2001 se produjo un incumplimiento de la obligación de respetar las expectativas legítimas confirmadas por inversiones previstas conforme al Artículo 1105 del TLCAN, en el momento en que se iniciaron actividades de aplicación de la ley contra Thunderbird, sin que se adoptaran similares medidas contra Guardia (conforme a las pruebas disponibles y tal como surge de la presunción de elementos discriminatorios). La presunción de que en las actividades de aplicación de la ley seguidas contra Thunderbird hubo por lo menos algunos elementos discriminatorios refuerza la posición de Thunderbird en el necesario proceso de equilibrio entre su expectativa legítima confirmada por inversiones y el reconocimiento, igualmente legítimo, de la necesidad de flexibilidad gubernamental. Como en definitiva lo que se compara es la situación de facto de un trato diferente –Guardia siguió operando desde 2000 y por lo menos hasta 2004–, cabe presumir que existió discriminación. Quizá se trata de una diferencia de suerte y de habilidad como litigante (aunque ello no es muy probable)¹⁴³; quizá

¹⁴² También se consideró que la falta de recursos para la aplicación de la ley no es excusa para la discriminación en el caso Gami c. México, párrafo 94; la cuestión de que se trata no consiste en la relativa imperfección del sistema de aplicación de la ley en general, sino en el hecho de que los recursos y la energía disponibles se orientan en forma prioritaria contra el competidor extranjero, que coopera, y no contra el competidor local, que adopta una actitud de confrontación.

¹⁴³ Nótese la referencia del Embajador Montano a la muy buena relación informal de Guardia con dependencias gubernamentales, que coincide con la conclusión del profesor Rose de que normalmente existe un vínculo informal cuando se tolera a un operador local y se clausura a uno extranjero; véase *supra*. Ello también coincide con la declaración del licenciado Alcántara sobre su muy firme determinación de clausurar los establecimientos de todo infractor de la ley, pero que necesitaba orientaciones de autoridades superiores (la Unidad de Gobierno), ninguno de cuyos funcionarios fue presentado como testigo por México. Esas declaraciones de testigos y peritos son congruentes con las referencias a la estrecha relación de Guardia con la Iglesia Católica (que respaldaba al partido del Gobierno, PAN) y con políticos del PAN, contenidas en el Documento de prueba C-97 (la información periodística de ese documento de prueba coincide con las referencias disponibles a través de la búsqueda en Google sobre José María Guardia (por ejemplo, <http://www.revistavertigo.com/historico/27-9-2003/reportaje.html>; http://raulrejo.tripod.com/SyPblogs02y03/2003_06_01_raultrejo_archive.html). Esas

Guardia fue protegido por autoridades gubernamentales de mayor jerarquía y tenía medios más adecuados para persuadir a los tribunales. Pero ello no es esencial: dada la prueba de que en la práctica recibió un trato más favorable del Estado mexicano (administración y tribunales), la carga de probar satisfactoriamente y justificar las pruebas *prima facie* disponibles sobre discriminación recae sobre México. Concluyo que las explicaciones no han sido satisfactorias, ya que no existen pruebas de que las actividades de aplicación de la ley se hayan orientado en forma pareja; México no presentó como testigos a funcionarios de su Unidad de Gobierno. Tampoco explicó satisfactoriamente por qué, tras el cambio de Gobierno, la SEGOB tomo como blanco a Thunderbird y no a Guardia.

106. El reconocimiento de la legitimidad de la flexibilidad gubernamental no puede justificar el hecho de que Thunderbird haya sido perseguida con mayor energía y en forma más prioritaria, en tanto que el competidor local predominante haya logrado –del modo que sea– proseguir sus operaciones por lo menos hasta 2004, aunque Thunderbird confiaba y podía confiar en la señal positiva que le había dado en agosto de 2001 el gobierno de entonces, lo que fue seguido por seis meses de tolerancia. La SEGOB debió haber concedido a Thunderbird un período de transición negociado para resarcirse de sus gastos y reubicar sus operaciones y su equipo dentro de un período razonable en 2001. Nada impide al Gobierno

referencias de Internet de crónicas de la prensa mexicana no se incorporaron en el expediente del juicio arbitral, salvo en el caso del Documento de prueba C-97. Sin embargo, constituyen información al alcance del público que es necesario utilizar en forma crítica, pero que en el caso de autos simplemente confirma lo ya indicado y confirmado por las declaraciones de peritos y testigos presentados por ambas partes. El Demandado jamás impugnó ninguna de esas declaraciones y referencias. En consecuencia, dada la explicación teórica (Rose), la referencia (desprovista de pruebas) a la estrecha relación de Guardia con políticos influyentes (Montano), la referencia de Alcántara a que en materia de aplicación de la ley “las órdenes venían de arriba” (traducción al español del traductor), y el vínculo establecido en el Documento de prueba... de Guardia con políticos del PAN y con la jerarquía católica que respaldaba al PAN, las pruebas *prima facie* debidamente evaluadas conducen a la presunción de que la operación de Guardia no fue clausurada porque dicha persona gozaba de buenas conexiones y protección políticas, y de que Thunderbird posiblemente fue clausurada tan rápidamente para eliminarla como competidora.

de México, en caso de cambio de gobierno, modificar su interpretación de la ley –pasando de la opinión de que la ley de juegos de azar prohibía exclusivamente las máquinas “preponderantemente de azar” a un criterio según el cual existía cierta participación sustancial del azar, que se agregaba a la destreza–, pero ese cambio de interpretación no puede superponerse a la expectativa legítima creada por el Gobierno anterior, en especial si era razonable que el inversionista confiara en esas expectativas y si resultaba claro para el viejo y para el nuevo Gobierno que el inversionista había realizado considerables inversiones en función de la expectativa creada por el Gobierno de que se respetaría la interpretación anterior, más liberal, de la ley. Tal como señaló Jan Paulsson:

“La sorprendente desviación de modalidades de razonamiento o resultados establecidos... deben contemplarse con el mayor escepticismo si tienen como efecto poner en desventaja al extranjero”¹⁴⁴ (traducción al español del traductor).

¿La expectativa legítima de Thunderbird queda sin efecto en virtud de la presunción de corrupción de funcionarios de la SEGOB?

107. Un tema que ha cumplido un papel importante, pero no muy visible, en el arbitraje es el referente a las consecuencias del pago –no cuestionado– de una cuota de éxito de US\$300.000 a dos abogados mexicanos –Aspe y Arroyo– por lograr que la SEGOB emitiera el oficio del 15 de agosto de 2000. En principio, no es excepcional que se haya pagado una cuota de éxito por la realización de negociaciones exitosas que permitieran obtener un documento que Thunderbird consideraba importante para el proceso de su inversión (incluidas sus relaciones con las entidades que le proporcionaban respaldo financiero). Tanto el OEJ de Thunderbird como el perito presentado por México, Prof. Rose, declararon que una licencia, o

¹⁴⁴ Op. cit, 2005, pág. 200

un instrumento jurídico dependiente de ella, posee considerable valor económico cuando permite realizar operaciones en un mercado en general no abierto. Hubo una insinuación —que nunca se convirtió en una aseveración categórica respaldada por hechos convincentes y pruebas— que indicaba la posibilidad de corrupción. No puede excluirse que esa insinuación haya influido en alguna medida en el caso. Por lo tanto, debe examinarse frontalmente el papel que jugó la cuota de éxito y sus consecuencias en cuanto a la existencia o no de una expectativa “legítima”, ya que dejar latente la cuestión, sin transparencia y sin un análisis exhaustivo, iría en detrimento de una audiencia justa.

108. En primer lugar, no cabe duda de que el uso de prácticas ilícitas, como el soborno directo o indirecto de funcionarios públicos, daría mérito a la anulación de todo efecto jurídico del oficio y privaría de legitimidad a la propia reclamación de Thunderbird. Existe amplia jurisprudencia según la cual no se genera una expectativa legítima protegida por el Artículo 1105 del TLCAN cuando se ha usado el engaño, el fraude u otro medio ilícito para lograr seguridades gubernamentales u otros derechos reconocidos por el gobierno a esos efectos¹⁴⁵. Ningún tratado internacional puede conceder protección a derechos obtenidos por medios ilícitos. En esos casos, puede existir una expectativa, pero no “legítima”. En general, es muy difícil probar el soborno, ya que habitualmente pocos o ningún documento se conservan. No obstante, los tribunales arbitrales y los tribunales de justicia, en especial en los pronunciamientos más recientes y bajo la influencia de las convenciones internacionales autorizadas (principal, pero no exclusivamente, la Convención Antisoborno de la OCDE) han estado dispuestos a utilizar pruebas de presunciones, en lugar de pruebas plenas, concluyentes y de difícil obtención. Si una transacción despierta suficientes sospechas como para que —según la práctica de la

¹⁴⁵ Schonberg, 126; Mairal pág. 77; véase *MFM Underwriting*, 1 WLR 1595 (1990); *Matrix Securities*, 1 WLR 334 (1994) en que se hace referencia a “poner todas las cartas sobre la mesa” y a dar a conocer todas las circunstancias pertinentes.

Ley de los Estados Unidos sobre Prácticas Corruptas en el Extranjero—deba aparecer una “señal de alarma” en la carátula de la transacción, basta exigir a la parte que controla esa transacción que pruebe que, contrariamente a lo que indica la “señal de alarma”, se trata de una transacción legítima¹⁴⁶. Téngase presente nuevamente el laudo del caso *Methanex c. Estados Unidos*:

“El tribunal no se opone a tratar de ‘unir los puntos’ en forma de poner a prueba la hipótesis de *Methanex*”, y: “la inferencia es una forma apropiada de decisión en circunstancias en que no se dispone de pruebas más sólidas” (Parte III, B, párrafo 57) (traducción al español del traductor).

109. No obstante, en la controversia de autos, el Demandado ha indicado, insinuado y, en las repreguntas, centrado la atención en el papel de los abogados-gestores Aspe y Arroyo; planteó y cuestionó las modalidades de pago de la cuota de éxito (una transferencia efectuada desde México a una cuenta en los Estados Unidos), pero nunca ha sostenido expresa y adecuadamente ni tratado de demostrar que la cuota de éxito haya sido un instrumento de soborno o que, como mínimo, indique —como “señal de alarma” — sospechas de soborno de funcionarios de la SEGOB. Ni México ni Thunderbird han puesto a disposición del Tribunal a los protagonistas clave: los Sres. Orozco Aceves, director general de Gobierno; Martínez

¹⁴⁶ Véase Abdulhay Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* 2003; A. Crivellaro, *Arbitration case law on bribery*, Estudios de casos de la CCI, Institute of World Business Law, 109; varios laudos de la CCI publicados en: YCA 1999, 7-79, pág. 72; Caso CCI 5622, YCA 1994, 1994, pág. 107; Caso CCI No. 6497, YCA 1999, 7-79; *Frontier AG c. Thompson CSF*, Caso CCI No. 7664, en: Herve Gattegno, *l'affaire Dumas*, Paris 1998; en que se hace referencia a: *Arbitration International*, 1999, 329, 332; Caso CCI 8891; Caso CCI No. 8694/1996; Fadlallah, “Les instrument de l’illicite”, en: *L’illicite dans le commerce international*, 291-298 (publicado por CREDIMI, Dijon, directores de la publicación, Kahn & Kessedjian, 1996).

Ortiz; Antuñano, el signatario del oficio; Guadalupe Vargas, el director sucesor de la SEGOB; los miembros de la Unidad de Gobierno que decidió el orden de prelación de las actividades de aplicación de la ley, ni los abogados Aspe y Arroyo. A lo largo de todo este procedimiento he procurado que el Tribunal, haciendo uso de sus limitadas potestades, ejerza presión para que comparezcan, pero en definitiva la insinuación siguió siendo lo que era: una insinuación sin respaldo probatorio y sin que se pusiera a disposición del Tribunal a esos actores para que fueran examinados en forma adecuada y completa.

110. En esta situación, como siempre ocurre cuando tenemos que habérmolas con una “caja negra” en que se producen hechos pertinentes pero que no vemos, los tribunales deben trabajar con un sistema de presunciones y pruebas de plausibilidad. En teoría, no es imposible que la cuota de éxito y la labor de los dos abogados y gestores Aspe y Arroyo tuvieran que ver con el ejercicio de una influencia ilícita sobre funcionarios públicos. Análogamente, se dispone de la declaración del perito ofrecido por México, Prof. Rose, sobre el gran valor económico y el atractivo natural que entraña la colusión entre un operador de juegos de azar local y el organismo regulador nacional de los juegos de azar tendiente a clausurar la operación de un competidor externo¹⁴⁷:

“Si clausuraron a una empresa y no a un competidor cuya actividades son muy notorias, existe la posibilidad –una muy fuerte posibilidad– de que se hayan pagado sobornos” (traducción al español del traductor).

111. Por lo tanto, puede inferirse la posibilidad de que la enérgica medida de clausura adoptada contra Thunderbird después que asumió sus funciones el Sr. Guadalupe Vargas (sin que se aplicara contra Guardia una energía

¹⁴⁷ Pág. 806.

coercitiva y resultados conmensurables) implique una alianza subrepticia entre Guardia y la SEGOB¹⁴⁸. No obstante, ambas teorías representan conjeturas, más que hechos probados. Habiendo trabajado en negociaciones sobre inversiones en países en desarrollo y en transición durante más de 30 años, rara vez encontré una operación que no estuviera rodeada por murmullos sobre corrupción. Basarse en murmullos —por plausibles que puedan parecer, en especial en modelos de explicaciones conspiratorias— nunca constituye una vía profesional para avanzar en cuestiones de este género.

112. Igualmente plausible es una interpretación legítima de los hechos ocurridos en 2000¹⁴⁹: El gobierno saliente efectivamente consideró la posibilidad de liberalizar los juegos de azar. El Prof. Rose, presentado por México, aludió a la “ventanilla de oportunidad” abierta durante un breve período en 2000. El Congreso mexicano había encargado la realización de un estudio que ulteriormente, en 2002, mencionaba los beneficios que implicaba volver a establecer en México la actividad de juegos de azar. Francisco Labastida, importante político y aspirante a la presidencia, había planteado y respaldado —hecho que no es objeto de controversia— la idea

¹⁴⁸ La cuestión ha sido planteada: Montano, págs. 152, 153; el testigo no tiene pruebas, ya que las pruebas de ese tipo por lo general están escondidas en la “caja negra”, pero el análisis de Prof. Rose brinda una posible explicación. Según interpreto, el procedimiento de autos, el Demandado nunca rechazó expresamente la teoría de que existiera una alianza informal entre el director de la SEGOB, Guadalupe Vargas, y el competidor mexicano Guardia.

¹⁴⁹ Puede encontrarse respaldo para este enfoque en el laudo del caso Methanex c. Estados Unidos (*supra*), en que el tribunal, teniendo ante sí la acusación de corrupción política del gobernador de California, Davis, basada en la prueba de una contribución política de no menos de US\$300.000 y de una reunión especial [el Gobernador fue llevado en avión a un lugar muy distante para participar en una reunión privada con altos ejecutivos de Archer Daniels (es decir, el competidor estadounidense de Methanex)], dio credibilidad a la declaración de participantes en esa reunión (empleados o contratistas de Archer Daniels) sobre la “inocencia” de la misma, al mismo tiempo que concluyó que el proceso regulatorio caracterizado por un desarrollo normal de la actividad legislativa y en materia de transparencia indica que la reglamentación incriminada se justificaba —o podía justificarse fácilmente— como resultado normal del proceso regulatorio de California tendiente a dar cabida a preocupaciones ambientales y conexas de los ciudadanos. En otras palabras, el tribunal del caso Methanex impuso un alto umbral de prueba a las alegaciones sobre corrupción y admitió la refutación de toda posible prueba *prima facie* demostrando que existía una explicación perfectamente razonable para el resultado regulatorio incriminado.

de una “liberalización furtiva”, a través de una declaración de certeza interpretativa. La reseña no cuestionada realizada por Thunderbird sobre contactos con el Gobierno indica que los funcionarios de la SEGOB valoraban el hecho de que Thunderbird estuviera dispuesto a colaborar con el Gobierno, en lugar de enfrentarlo, como había hecho Guardia. El repentino surgimiento del criterio de “juego predominante de destreza –y por lo tanto, sí, o juego predominante de de azar, y por lo tanto no” – expuesto en el oficio de agosto de 2000 prueba que los criterios utilizados para liberalizar la reglamentación de los juegos de azar en otras jurisdicciones habían sido considerados por la SEGOB y habían encontrado respaldo en sus altos funcionarios. El hecho de que se paguen cuotas de éxito o sumas globales a gestores (que suelen ser abogados) por alcanzar resultados –en lugar de permitirles que facturen el máximo posible de horas de trabajo– no es inusual, en especial en sectores en que el otorgamiento de licencias por parte del Gobierno –mediante concesiones formales o cartas de certeza interpretativa menos formales– es un logro sumamente valioso. Operar con gobiernos, incluidos, aunque no exclusivamente, gobiernos de países en desarrollo, siempre es difícil, en especial para los inversionistas extranjeros. Probablemente será raro encontrar un caso en que no haya que contratar a gestores locales (“expertos en relaciones con el Gobierno”), lo que implica riesgos, pero la participación de esos agentes es, en la práctica, inevitable.

113. No obstante, para resolver en definitiva la cuestión es preciso tener en cuenta que sobre México recae la carga de la prueba, aunque pueda cumplirse ese requisito más fácilmente mediante la presentación de pruebas de suficientes “señales de alarma”. México es responsable de que sus funcionarios mantengan una conducta muy formal; existe una presunción de validez, legitimidad y eficacia del oficio de agosto de 2000. Insinuar la existencia de corrupción pero no someter el caso a una actividad probatoria adecuada en una contienda jurídica no es un

instrumento al que los tribunales deban prestar atención alguna, directa o indirecta, expresa o implícita. Cabe citar el reciente laudo del caso Methanex c. Estados Unidos en el contexto del examen de las perspectivas de inferir conductas con respecto a las cuales puedan existir “puntos” indicadores, pero no pruebas plenas:

“por lo tanto, para probar una influencia indebida, Methanex debería, como mínimo, estar en condiciones de alegar, si es que no además demostrar, que se han violado leyes” (parte III, Capítulo B, párrafo 22) (traducción al español del traductor).

El tribunal del caso Methanex no se mostró impresionado por la reclamación de un comportamiento impropio por parte del Estado regulador, aunque las alegaciones y hechos de ese caso eran más sólidos que los indicios e inferencias del caso Thunderbird. Al igual que en el caso Methanex, existía una explicación razonable del contexto y de la política básica seguida por la SEGOB bajo el gobierno anterior, tendiente a poner a prueba y ampliar en forma insignificante los límites de la ley de juegos de azar según lo establecido en el oficio. En consecuencia, las alegaciones de Thunderbird deberían merecer una consideración aún menor que las alegaciones similares, pero respaldadas en mucho menor medida por hechos, presentes en el caso Methanex.

114. México, sin embargo, no ha presentado ninguna aseveración o prueba corroboradas; se ha abstenido de presentar a los principales testigos que están bajo su control, es decir, los funcionarios anteriores y actuales de la SEGOB. También Thunderbird se abstuvo de presentar a Aspe y Arroyo, con respecto a los cuales presuntamente tenía menos control que México en relación con sus propios funcionarios. No obstante, la cuestión del soborno, que afecta al oficio, es algo que México debe probar, en tanto que Thunderbird sólo tiene que presentar contrapruebas una vez que México

haya presentado pruebas *prima facie* de la existencia de por lo menos “señales de alarma”. Realizar insinuaciones sin estar dispuesto a presentar ante el Tribunal una alegación fundada debidamente debatida y puesta a prueba es un modo malicioso de llevar adelante un litigio. Ello resulta cada vez más frecuente en los arbitrajes sobre inversiones, cuando los demandantes y los demandados plantean indicios de ese género sin estar dispuestos a someterlos a un juicio completo y justo. Los tribunales deben desalentar activamente esa táctica y disponer lo necesario para que ella no influya, directa o indirectamente, en sus deliberaciones. Por esas razones, y a la luz de las pruebas disponibles y de la defensa efectuada por el Demandado, no percibo razón alguna para cuestionar la validez de la expectativa legítima creada por el oficio, en combinación con la conducta ulterior de la SEGOB, y su súbito cambio de opinión una vez que asumieron sus funciones nuevas autoridades públicas. Si México hubiera deseado cuestionar la legitimidad de la expectativa creada, debió hacerlo abierta y directamente, con aseveraciones fundadas y pruebas adecuadas, sobre todo poniendo a disposición del Tribunal a sus propios funcionarios de la SEGOB (incluidos los altos funcionarios de la misma que orientaron las actividades de aplicación de la ley y poseían mayor jerarquía que el licenciado Alcántara, y que emitieron el oficio), para que declararan como testigos y se les formularan repreguntas ante el Tribunal¹⁵⁰.

Indemnización

115. Como la mayoría del Tribunal rechazó todas las reclamaciones formuladas por Thunderbird, creo innecesario considerar los detalles del

¹⁵⁰ Véase, al respecto, el procedimiento del tribunal combinado greco-turco del caso *Megalidis c. Turquía*, del 26 de julio de 1928, en que se utiliza el método de las inferencias en el caso de un Estado demandado que no estaba dispuesto a presentar pruebas que tenía bajo su control, basándose en la máxima “*omnia presumuntur contra spoliatores*”. El tribunal llegó a la conclusión de que las aseveraciones fácticas del demandante eran correctas y podían haber sido refutadas por Turquía poniendo a disposición del tribunal las pruebas que tenía bajo su control.

procedimiento que debió haberse observado para calcular la indemnización. Puedo, en cambio, proporcionar un esbozo. En gran medida, estoy de acuerdo con el argumento de respaldo formulado por México de que a lo sumo se debían “daños y perjuicios por confianza perjudicial”, es decir, los atribuibles directa y razonablemente al hecho de que Thunderbird se hubiera basado en el oficio, más tarde confirmado por la tolerancia de la SEGOB. Es un hecho ampliamente reconocido que una “expectativa legítima” sólo puede dar lugar a indemnización si se ha configurado una “confianza en detrimento propio”, vale decir, un vínculo entre la expectativa y la inversión realizada, principio que en la ley de expropiaciones de los Estados Unidos ha llevado a la noción de “expectativas confirmadas por inversiones”¹⁵¹. Además, la confianza en detrimento propio debe ser “razonable” (véase el caso *Waste Management II c. México, supra*). Tratándose de un empresario normal que realiza inversiones extranjeras en México, el oficio y la conducta ulterior de la SEGOB deben haber autorizado la conclusión de que el Gobierno estaba dispuesto a aceptar el funcionamiento de las máquinas de juegos de azar previstas, algo que no contaba sólo con el respaldo del oficio, sino también con el de otros factores (el aliento dado a alto nivel a Thunderbird, el debate sobre la liberalización de una ley de juegos de azar obsoleta).

116. El hecho de que el oficio pueda haber sido tan sólo uno de los diversos factores que influyeron en el proceso de la inversión de Thunderbird no es una objeción admisible. En general las decisiones empresariales se basan en varias razones significativas, y es difícil probar la existencia de una relación de causalidad entre un único factor clave –el oficio– y la conducta global ulterior del inversionista. Existen pruebas suficientes de que las garantías interpretativas de la SEGOB constituyeron un factor

¹⁵¹ *Pennsylvania Coal c. Mahon*, 260 US 393 (1972), que se analiza en mayor detalle en el artículo que redacté con el Dr. Abba Kolo: “Reglamentación ambiental, protección de inversiones y expropiación dispuesta por organismos reguladores en el Derecho Internacional”, en 50 ICLQ 811-848 (2001).

importante para que Thunderbird inaugurara los establecimientos que ya tenía más o menos listos y agregara nuevos establecimientos. Existían pruebas creíbles, aportadas por el OEJ de Thunderbird, Jack Mitchell, por P. Watson, el consultor en desarrollo empresarial, así como otras referencias creíbles, con respecto a la importancia dada a la “carta de certeza” enviada por quienes proporcionaban el respaldo financiero pertinente. Además, el propio pago de la cuota de éxito indicaba que la carta de certeza no revestía gran importancia para Thunderbird. Si el oficio no hubiera sido muy importante para el proceso de inversiones de Thunderbird, como lo indica el laudo de la mayoría (párrafo 164), ¿por qué Thunderbird pagó instantáneamente una suma no insignificante — US\$300.000 — a quienes la ayudaron a prepararlo¹⁵²?

117. La posición de Thunderbird es que se le debía una indemnización (cuyo monto estimaba en más de US\$100 millones) como si sus operaciones se hubieran establecido en forma regular, probablemente generaran una alta tasa de retorno, no se vieran afectadas por una futura competencia ni futuras medidas regulatorias, y que el monto de la indemnización debiera basarse en proyecciones a largo plazo de la medida inicial de la rentabilidad, deducidos los costos de iniciación. Esa proposición, sin embargo, no es jurídicamente viable. En primer lugar, equivaldría a igualar una “expectativa legítima” con un contrato de concesión firme a largo plazo. No obstante, una expectativa legítima, conforme al Artículo 1105 del TLCAN, representa una posición jurídica más débil que un contrato de concesión a largo plazo. Como muestran todos los precedentes, los gobiernos tienen la potestad de disipar una expectativa

¹⁵² Testigo Mitchell, 234, 235, 279, 280-285. En las condiciones de la carta de compromiso sobre la cuota de éxito se establecía que ésta sólo era pagadera en caso de que no existiera “oposición o limitación a nuestras operaciones”. La lógica de los negocios, y esta declaración testimonial, hasta ahora creíble, indicaba que Thunderbird no se comprometió a pagar y pagó los US\$300.000 a cambio de nada, sino porque la declaración interpretativa le resultaba importante para dar mayor certeza jurídica a sus operaciones, por lo menos a los ojos de sus inversionistas privados.

legítima en forma razonable a través de medidas de transición. Una carta de certeza puede crear una expectativa legítima jurídicamente protegida, aunque no sea clara como el agua; pero no representa en medida alguna el equivalente de un adecuado contrato de concesión a largo plazo. Aunque hubiera existido un contrato de concesión a largo plazo jurídicamente válido, habría sido necesario tener en cuenta que la alta rentabilidad inicial emanada de una exitosa operación de un recién venido en un mercado hasta entonces en gran medida cerrado probablemente se iría reduciendo a medida que ingresaran otros competidores, por lo cual, en el proceso normal de la lógica económica, la rentabilidad disminuiría. En casos de expectativas legítimas (confianza en detrimento propio), el Gobierno debe a lo sumo al inversionista el “interés negativo”, es decir, el gasto en que haya incurrido el inversionista basándose en la credibilidad de la posición dada a conocer por el Gobierno, pero no el “interés positivo”, vale decir, el derecho de colocarse en una situación idéntica a la que existiría si el Gobierno se hubiera comprometido mediante un contrato de concesión a largo plazo válido.

118. Sólo puede suponerse razonablemente que la Demandante se basó en el oficio entre alrededor de agosto de 2000 y febrero de 2001, en que empezaban a aparecer las primeras nubes en el firmamento de Thunderbird. Por ese entonces, la compañía había recibido una advertencia; pudo haber percibido fácilmente las fallas de su decisión jurídica y política a la luz de las ambigüedades del oficio y de la asunción del mando por un nuevo gobierno. Llegado febrero de 2001, ya no cabía suponer que hubiera seguido realizando inversiones confiando plenamente en la carta de certeza de la SEGOB. En octubre de 2001, resultaba evidente la existencia de un grave problema, y lo sensato habría sido detener las operaciones y sacar de México las máquinas. Los gastos pertinentes en que se incurrió en detrimento propio directo fueron, por lo tanto, muy escasos, y quizá no incluyeron los US\$300.000 pagados como

cuota de éxito, que no representaba una inversión después y en virtud de la “carta de certeza”, sino más bien un pago efectuado a los abogados-gestores a cambio de la obtención de la carta de certeza. Finalmente, en consonancia con el Artículo 39 de los Artículos sobre Responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional y con el laudo del tribunal del caso MTD c. Chile (párrafos 240-243), la inexistencia de un riguroso análisis de diligencia debida¹⁵³ en cuanto a la calificación ambigua de las máquinas en su solicitud¹⁵⁴ y el hecho no cuestionado de que se confió en el oficio pese a sus múltiples oscuridades y ambigüedades debieron llevar a reducir la indemnización debida por concepto de mitigación de daños y perjuicios y negligencia concurrente. Aunque a esta altura no me corresponde calcular en detalle la hipotética indemnización, ya que el Tribunal ha rechazado la reclamación, no habría recomendado que se condenara a una indemnización de más de US\$500.000.

119. En resumen: el laudo por el que me he pronunciado habría representado una solución justa y equitativa. No habría dado lugar a una indemnización de daños y perjuicios exorbitante que probablemente habría ido en detrimento de la aceptación del régimen de arbitraje de la inversión ni habría permitido que México —que procedió en forma contradictoria con Thunderbird— saliera del arbitraje sin una señal de buena gobernanza: ser más cuidadoso con las seguridades oficiales dadas a los inversionistas y más respetuoso de la expectativa creada a través de ellas, aun en el contexto de un cambio de Gobierno, personal superior y orientación de políticas¹⁵⁵. No se trata de una cuestión de suma cero: Si a las

¹⁵³ Ese fue asimismo el enfoque seguido en el caso MTD c. Chile, párrafos 242, 243; Mairal, 159 y 160.

¹⁵⁴ En que a veces se hace referencia a que “interviene la destreza” y en algunos casos al hecho de que “no interviene el azar”.

¹⁵⁵ La autorizada *Encyclopaedia of Public International Law* —en relación con la “buena fe”, pág. 601, en un artículo redactado por A. D’Amato— señala al respecto: “Los países deben ser más cuidadosos que nunca acerca de lo que manifiestan, porque pueden verse obligados a atenerse a sus manifestaciones. Esta función ampliada del concepto de buena fe en realidad parece compatible con el hecho de que está arraigada en una concepción de derecho natural

declaraciones y seguridades oficiales dadas por México se les concede efectos jurídicos a través de la aplicación del concepto de las expectativas legítimas conforme al Artículo 1105 del TLCAN, México puede dar mayor credibilidad y eficacia a sus instrumentos de políticas para promover inversiones extranjeras. Negar ese efecto equivale a reducir la eficacia de los instrumentos con que cuentan los gobiernos para realizar la microgestión de una política de promoción de inversiones en relación con inversionistas específicos. Para Thunderbird y otras compañías empresariales en situación similar, el laudo habría implicado también una señal de diligencia debida y buena gobernanza: que se debe ser más cuidadoso con respecto a las seguridades dadas por los gobiernos en términos ambiguos, a los gestores locales que prometan controlar la conducta del Gobierno, y efectuar con mayor prudencia las inversiones, en consonancia con el nivel de seguridades jurídicas recibidas, y no formular demandas exorbitantes de indemnización de daños y perjuicios carentes de fundamento jurídico. A mi juicio, ambas partes deberían haber resuelto el asunto mucho antes, a través de una “salida aterciopelada” negociada de Thunderbird de México, y no usando el estilo de una abrupta expulsión de México del inversionista.

del derecho internacional. Los países deberían poder basarse en los pronunciamientos de otros países, y además hacer que sus propias declaraciones se tomen en serio y con la expectativa de una aplicación coercitiva de la ley”. Véase también, en la página 525, el principio similar de “expectativa legítima”.

Costos

120. El Tribunal condena a la Demandante a pagar el 75% de los costos del arbitraje y pagar a México el 75% de los gastos jurídicos en que incurrió el gobierno de ese país. Aplica, por lo tanto, el principio de que **“los costos siguen al resultado”** en lo que respecta a los costos de abogados. Esa práctica es relativamente frecuente en los litigios de derecho civil, no tanto en el arbitraje comercial internacional, pero mayormente con considerables limitaciones y en un contexto en que los tribunales judiciales y arbitrales están facultados para reducir esos costos¹⁵⁶. En los litigios judiciales y arbitrales de Estados Unidos y Canadá, ello no representa en ninguna medida la práctica; algunos tribunales judiciales de los Estados Unidos han prohibido condenar al pago de honorarios de abogados en procedimientos arbitrales¹⁵⁷. El “traslado de la carga de los honorarios” sólo se permite, en general, en caso de inconducta: desacato del tribunal, actuación incompetente o inaceptable en el litigio, mala fe en el arbitraje o reclamaciones manifiestamente infundadas¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Adviértanse los considerandos del tribunal del caso *Himpurna* sobre la cuestión de los costos, que indica que también en los países de derecho civil —como Indonesia— en la práctica rara vez se condena a reembolsar cifras significativas en concepto de patrocinio letrado.

¹⁵⁷ Análisis más reciente y amplio: J. Gotanda, capítulo 3 (Honorarios de abogados y costas), en: “*Damages in Private International Law*”, borrador preliminar de la conferencia de la Academia de La Haya de 2006, página 19 y notas 85-89. Véase el proyecto de principios y reglas del procedimiento civil transnacional del UNIDROIT y el American Law Institute (2002), párrafo 32:

32.3: “a la parte vencedora debe reembolsarle la parte perdedora sus costos y gastos razonables”

32.5: “los tribunales pueden reducir o dejar sin efecto el reembolso contra una parte perdedora cuya posición posea razonables bases fácticas y jurídicas”. El comentario tiene el texto siguiente: “Conforme a la regla estadounidense, cada una de las partes soporta sus propios costos y gastos, incluidos los honorarios de abogado”. Al parecer, en el propio México, conforme al Código de Procedimiento Civil de ese país, el principio, al igual que en los países de derecho civil, es que los costos siguen al resultado (Artículo 7), pero se sostiene que ese principio se ve atemperado por el hecho de que los jueces (¿en su mayor parte?) aplican las facultades discrecionales que les confiere el Artículo 8 para asignar los costos del patrocinio letrado de cada parte. Comunicación recibida de un colega mexicano.

¹⁵⁸ *Widell c. Wolf*, 43 F3rd 1150 (7th Cir. 1994); Gotanda, pág. 20, notas 90-94.

121. Recientemente, uno de los jueces federales más respetados por su intelección de los análisis económicos falló que en las ventas internacionales, las pérdidas reclamadas conforme al Artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG) no comprendían los honorarios de abogado¹⁵⁹. Las Reglas de la CNUDMI –Artículo 40– constituyen una solución de compromiso entre la “regla europea” y la “regla de los Estados Unidos”¹⁶⁰, inclinándose levemente (no en forma preceptiva) por la regla de que “los costos siguen al resultado” para las costas del arbitraje, pero dejando librada a la discrecionalidad del tribunal la asignación de los costos de asistencia letrada (Artículo 40 (1) y (2)). No puedo acompañar la posición del Tribunal (párrafos 209, 210) de que las Reglas de la CNUDMI se inclinan por establecer que el inversionista perdedor pague al Gobierno vencedor los costos de asistencia letrada (“de abogados”) del Gobierno: la sección (1) del Artículo 40 de las Reglas de la CNUDMI da preferencia (sin carácter preceptivo) al principio de que “el perdedor paga” las costas del arbitraje, pero luego, en la sección 2, cuyo texto es marcadamente distinto del de la sección (1), deja plenamente librada al tribunal la manera de asignar los costos de asistencia letrada (“de abogados”)¹⁶¹. La distinción entre el Artículo 40 (1) y el Artículo 40 (2) no puede explicarse simplemente como cuestión de “mayor discrecionalidad” (término de difícil apreciación, pues ¿qué diferencia existe entre “discrecionalidad” y “mayor discrecionalidad”?). Debe significar algo razonable. La única explicación –conforme al laudo de Myers c. Canadá¹⁶²– es que la escasa preferencia por la “regla europea” para el reparto de las costas del arbitraje prevista en el Artículo 40 (1) cede en el Artículo 40 (2) ante una

¹⁵⁹ Judge Posner, Zapata Hermanos c. Hearthside Baking, 313 F3rd 385 (7th Cir. 2002)

¹⁶⁰ También tengo entendido que ni China ni Japón aplican el principio de que “los costos siguen al resultado”, véase el comentario de UNIDROIT/ALI.

¹⁶¹ Artículo 40 (1): “en principio las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo...”. El Artículo 40 (2), en contraste, dispone: “respecto del costo de asistencia letrada..., el tribunal arbitral... decidirá qué parte deberá pagar dicho costo”.

¹⁶² Laudo Definitivo del caso Myers c. Canadá, párrafos 11, 12, 34.

completa neutralidad entre las reglas europea y estadounidense con respecto a los “costos de abogados”.

122. La decisión del Tribunal de condenar al inversionista-demandante perdedor al pago de la mayor parte de los costos de asistencia letrada al Estado demandado vencedor implica abandonar en medida considerable la jurisprudencia sustentada por todos los tribunales anteriores del TLCAN y por la mayoría, o quizá la totalidad, de los restantes tribunales que entendieron en casos del CIADI basados en TBI. Esa condena no representa una medida de los daños y perjuicios; la distinción de la condena en costos de abogados a los inversionistas-demandantes y no a los gobiernos demandados, que en algunos casos se observa, puede sustentarse en el argumento de que sólo los demandantes – vencedores – pueden sostener razonablemente que los costos de abogados forman parte de su reclamación de daños y perjuicios; los gobiernos demandados sólo pueden invocar principios de derecho procesal. Las Reglas de la CNUDMI que se invocan en el arbitraje en materia de inversiones no lo requieren para establecer un conjunto estándar de normas procesales; la referencia a ellas no estaba destinada a importar la “regla europea” al arbitraje sobre inversiones en el marco del TLCAN, y su texto específico, el Artículo 40 (2), requiere la aplicación de la “regla europea”. Como el Artículo 40 (2) de las Reglas de la CNUDMI confiere discrecionalidad a los árbitros, sostengo que esa discrecionalidad debe ejercerse en armonía con la jurisprudencia firme, primero, de los tribunales del TLCAN, y segundo, de otros laudos de tribunales del CIADI que entendieron en casos basados en TBI¹⁶³. Por lo tanto, me veo obligado a discrepar con el Tribunal, en cuanto se aparta de una jurisprudencia firmemente establecida. Si un tribunal de inversiones que opera en el marco de un tratado decide apartarse de una jurisprudencia firmemente establecida, debe explicar detallada y

¹⁶³ En las controversias sobre inversiones resueltas en el marco de instituciones de arbitraje europeas se sigue más bien el “principio europeo” de traslado de costos.

profundamente por qué, en forma excepcional, esa desviación es justificada. Opino asimismo que esa desviación debe ser objeto de una adecuada audiencia (oral o escrita) en que participen ambas partes y que se base en un amplio y profundo razonamiento tendiente a demostrar la imperiosa necesidad de un enfoque excepcional de ese género.

123. En tres importantes estudios recientes se examinan los fallos referentes a los costos: M. Buehler, en un estudio centrado en el arbitraje comercial internacional –y no en arbitrajes sobre inversiones– concluye que “también en los arbitrajes mixtos (en el sentido de arbitrajes entre inversionistas y Estados), la regla de que el perdedor paga parece ser la excepción, y no la regla”. “En la mayoría de los casos, los tribunales se limitaron a ordenar que cada una de las partes soportara la mitad de las costas e hicieron recaer los costos sobre las partes que habían incurrido en ellos”. “El caso *Waste Management c. México* parece ser el único en que la parte privada fue condenada a soportar las costas por ser la parte perdedora (de todos modos, no se asignaron los costos)”¹⁶⁴ (traducción al español del traductor). En el estudio de N. Rubins¹⁶⁵ referente al arbitraje sobre inversiones se señala que:

“la condena en costas o costos contra demandantes vencidos en casos de arbitrajes sobre inversiones parece ser extraordinariamente infrecuentes” y que “los tribunales de arbitraje sobre inversiones han examinado la cuestión caso a caso, y en la mayor parte de las situaciones han dividido las costas del arbitraje en iguales proporciones entre las partes, y aun con mayor frecuencia han impuesto a cada parte la carga de

¹⁶⁴ M. Buehler, “Awarding Costs in International Commercial Arbitration: An Overview”, en: 22 *ASA Bulletin* 2/2004, pág. 261.

¹⁶⁵ “The Allocation of Costs and Attorney's Fees in Investor-State Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, volumen 18, número 1, primavera de 2003, pág. 109.

soportar sus propios costos” (traducción al español del traductor).

En el muy reciente y exhaustivo estudio del profesor Gotanda se concluye lo siguiente:

“Una tendencia que ha surgido es la hesitación de los tribunales en condenar en costos a una parte privada en el marco de las reglas del CIADI. En los casos en que existe jurisprudencia de ese tipo de condena contra una parte gubernamental perdedora, se percibe la falta de casos en que los tribunales condenen a una parte privada perdedora a soportar el costo de asistencia letrada de la parte vencedora. Aun en los casos en que se rechaza enteramente la demanda o las excepciones de la parte privada, los tribunales han optado por no condenar en costos y dividir estos últimos entre las dos partes”¹⁶⁶ (traducción al español del traductor).

124. Como este Tribunal se está apartando de la práctica general identificada unánimemente por todos los comentaristas recientes, la cuestión requiere un análisis más detenido a la luz de los precedentes judiciales (“¿hasta qué punto es extraordinariamente infrecuente el enfoque del Tribunal?”) y de los criterios especiales que excepcionalmente y en casos específicos podrían justificar el giro de 180 grados dado por este Tribunal. Antes de emprender ese análisis, corresponde formular una observación sobre la importancia de los precedentes en el arbitraje sobre inversiones internacionales. La diferencia entre el papel que cumplen los precedentes en el arbitraje comercial y en el arbitraje sobre inversiones internacionales puede explicar por qué el Tribunal adoptó su inusual decisión sobre

¹⁶⁶ Gotanda, 2005, pág. 41, notas 191 y 192, en que se hace referencia a los casos SPP c. Egipto; Maritime Intl Nominees c. Guinea; Benevenuti y Bonfant c. Congo; Olguin c. Paraguay.

costos, sin dar a las partes la posibilidad de formular comentarios sobre ese apartamiento y sin una explicación razonada detallada que justifique ese cambio de posición. En el arbitraje comercial no existen precedentes formales y son muy escasos los precedentes “persuasivos” prácticos. La razón es, simplemente, que la mayoría de los laudos siguen siendo confidenciales; sólo unos pocos se publican o se dan a conocer al público, y cuando se publican, lo son en forma depurada. El laudo es principalmente una explicación dada a las partes sobre el razonamiento del Tribunal, no existiendo al respecto requisitos ni expectativas de transparencia, incluso en cuanto al respeto de la jurisprudencia establecida o a la necesidad de explicar una considerable desviación de principios firmemente establecidos. Análogamente, en el arbitraje comercial se suelen aplicar normas específicas de derecho de los contratos; en el arbitraje sobre inversiones, en cambio, se aplican disposiciones de tratados que son de carácter general; en su contenido básico sobre protección de inversiones, los tratados de inversiones (que con el equivalente de los tratados multilaterales son ahora bastante más de 3.500) expresan principios comunes y un lenguaje muy similar, en muchos casos idéntico¹⁶⁷. Es probable que toda interpretación que se haga pública suscite un efecto general y sea invocada por abogados y tribunales en casos ulteriores.

125. Sin embargo, lo expresado varía en el arbitraje sobre inversiones: no se trata de dos partes iguales que hayan acordado específicamente someter una controversia a un mecanismo de resolución confidencial, sino que es exclusivamente el inversionista quien plantea contra el Estado receptor de la inversión una reclamación que por lo general implica cuestiones de política pública e conducta administrativa que es irregular y desviada (medida en el contexto de las obligaciones de un tratado). Sustancialmente, los arbitrajes sobre inversiones constituyen una forma

¹⁶⁷ Philippe Kahn, Informe de la sección en francés del seminario de investigaciones de la Academia de La Haya sobre derecho de inversiones internacionales, 2006, de próxima aparición.

especial de examen cuasijudicial de la conducta de un gobierno, utilizándose en forma subsidiaria los métodos del arbitraje comercial¹⁶⁸. Tras las críticas formuladas por el supuesto “secreto” (es decir, por el carácter confidencial del texto de los arbitrajes comerciales), los laudos, cada vez en mayor medida, se dan a conocer al público y se debaten, siendo ésta actualmente la práctica uniforme en el arbitraje conforme al Capítulo XI del TLCAN, lo que también ocurre, cada vez en mayor medida, en casos del CIADI, y todos los indicadores apuntan hacia una mayor transparencia. Como consecuencia de este carácter principalmente internacional y de derecho público del arbitraje sobre inversiones, con transparencia y debate público, los principios y prácticas del derecho internacional relativos a precedentes adquieren mayor pertinencia que los precedentes del arbitraje comercial, casi inexistentes y en su mayor parte de carácter ilustrativo. Esta diferencia aún no ha sido percibida¹⁶⁹. En el derecho internacional y en el derecho económico internacional –en el que corresponde inscribir el arbitraje sobre inversiones– quizá no exista una regla formal de “stare decisis”, como en los países de *common law*, pero los precedentes cumplen un papel importante. Los tribunales y cortes pueden discrepar y gozan de plena libertad para apartarse de laudos específicos, pero es difícil sostener que puedan y deban abstenerse de respetar la jurisprudencia firmemente establecida. La jurisprudencia de la OMC, de la CIJ y de determinados tratados sobre inversiones muestra la importancia que reviste para los tribunales no “oponerse” a la jurisprudencia establecida a través de una opinión divergente, a menos que esa divergencia pueda distinguirse claramente y justificarse en forma exhaustiva. El papel de los precedentes ha recibido reconocimiento de facto en el estilo del razonamiento de los tribunales, pero además puede inferirse formalmente del Artículo 1131 (1) del TLCAN, en que se

¹⁶⁸ Asimismo, Gaillard, *Jurisprudence du CIRDI*, 2004, pág. 7; véanse referencias adicionales *supra* (incluido el caso SGS c. Filipinas, párrafo 97).

¹⁶⁹ Brower-Brueschke, *Tribuna de Reclamaciones Irán-Estados Unidos*, 1998, 655; Gaillard, *op. cit., supra*; P. Norton, *op. cit., supra*.

promueve la observancia de las “reglas aplicables del derecho internacional”; que incluyen, según el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada en derecho” y “las decisiones judiciales” como “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

126. En consecuencia, como mínimo me parece que si un tribunal, en relación con una cuestión importante, desea aceptar una filosofía innovadora que se aparte de principios firmemente establecidos está obligado a dar a las partes la oportunidad de realizar un debate pleno – por ejemplo, convocar a una “discusión independiente sobre la asignación de honorarios y gastos, tras pronunciarse sobre el fondo del asunto”¹⁷⁰ – y exponer un razonamiento amplio, que demuestre que el tribunal conoce bien la jurisprudencia establecida y está dispuesto a justificar exhaustivamente las razones por las que se aparta de ella. Si bien las partes han reclamado todos los costos pertinentes, debería suponerse que esperaban y suponían razonablemente que el tribunal seguiría la práctica general del TLCAN y del CIADI en ese sentido. Si el tribunal desea desviarse de esa práctica, deberá dar a las partes la oportunidad de exponer sus argumentos, por lo menos por escrito, para centrar debidamente la cuestión.
127. Cabría sostener, en el contexto de la jurisprudencia del TLCAN, que no corresponde en modo alguno que ningún tribunal – por exhaustivo que sea su razonamiento e independientemente de que conceda a las partes plenas posibilidades de exponer sus argumentos sobre la cuestión que da lugar a la divergencia – se aparte en forma significativa de los precedentes, como lo hace este tribunal en el caso de autos; para casos de ese género, el TLCAN ha establecido la Comisión de Libre Comercio del

¹⁷⁰ N. Rubins, op. cit., 120; Pope-Talbot c. Canadá, Laudo referente a Daños y Perjuicios, 31 de mayo de 2002, párrafo 92; Waste Management c. México, Decisión sobre la Objeción Preliminar de México relativa al Procedimiento Previo, 26 de junio de 2002, párrafos 52-53, en que se reserva para “una etapa ulterior las cuestiones relativas a las costas de la presente etapa del procedimiento”.

TLCAN, de carácter intergubernamental (Artículo 2001); en casos de similar importancia, esta Comisión ha establecido una directriz autorizada¹⁷¹.

128. De un examen de los laudos anteriores del TLCAN de acceso público se desprende que no existe precedente para condenar a un demandante perdedor a pagar los gastos de asistencia letrada del gobierno. Suele considerarse una excepción el caso *Waste Management c. México*¹⁷², en que se condenó al demandante a pagar el costo del arbitraje, pero no a reembolsar al demandado los gastos procesales en que hubiera incurrido. En el caso *Azinian c. México*, el tribunal, si bien concluyó que había existido una conducta fraudulenta con respecto a la tercerización de un contrato municipal de concesión, fraccionó los costos del arbitraje, estableciendo que cada una de las partes debía soportar sus propios gastos de asistencia letrada. Sostuvo, entre otras cosas, que lo “novedoso de los temas planteados” y la conducta profesional del abogado eran las razones que lo llevaban a la distribución de costos dispuesta, en un caso que podría considerarse como reclamación “falsa” o “manifiestamente infundada” por parte de una compañía que no cumplía normas razonables de integridad y competencia¹⁷³.

129. Para buscar justificaciones para la distribución de costos dispuesta por el Tribunal tenemos que examinar, por lo tanto, los pocos casos en que se dispuso o mencionó –por lo menos en cierta medida– la condena del

¹⁷¹ Esa fue la interpretación formulada el 31 de julio de 2001; sobre sus consecuencias, Pope-Talbot, Laudo sobre Daños y Perjuicios, 31 de mayo de 2002, párrafos 8-67.

¹⁷² *Waste Management c. México I*, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB (AF/98/2), del 2 de junio de 2000, dictado por el tribunal en mayoría. El caso se refería al incumplimiento, por parte de *Waste Management*, de requisitos procesales aplicables a una reclamación conforme al Artículo 1121 (2)(b) del TLCAN.

¹⁷³ Párrafo 125: “La reclamación ha sido completamente desestimada. El demandado ha padecido considerables incomodidades. En circunstancias ordinarias, es habitual en el arbitraje internacional que se impongan al demandante vencido las costas del arbitraje, así como las costas razonables de representación del demandado”. A mi juicio, si bien el tribunal aún no ha identificado explícitamente las diferencias entre arbitraje comercial privado y arbitraje relacionado con inversiones públicas, lo ha hecho en forma intuitiva (y correcta).

demandante perdedor al pago de los gastos del procedimiento: hasta ahora no ha existido casi ningún caso del CIADI¹⁷⁴ en que el demandante perdedor haya tenido que pagar los costos del gobierno. En algunos casos, el gobierno demandado tuvo que pagar los costos del procedimiento en que incurrió el demandante, teniendo en cuenta el éxito relativo, la eficacia de los actos realizados y el principio de plena indemnización de los daños y perjuicios experimentados por el inversionista¹⁷⁵. En el caso Myers¹⁷⁶, el Gobierno de Canadá señaló explícitamente que conforme a la práctica del Capítulo XI del TLCAN no correspondía pronunciarse en el laudo sobre los costos de patrocinio letrado. El propio tribunal sostuvo:

“Algunos tribunales arbitrales se muestran reacios a condenar a la parte perdedora a pagar los costos de patrocinio letrado de la vencedora, a menos que ésta haya prevalecido sobre una posición manifiestamente falsa o infundada adoptada por el perdedor” (traducción al español del traductor), (párrafo 33).

130. Aun en casos de contratos de concesión a largo plazo que se asemejan a controversias sobre inversiones, la práctica consiste más bien en dejar que cada parte soporte sus propios costos, aunque el demandado perdedor deba soportar el 100% de las costas¹⁷⁷.

131. Mi equipo de investigación me ayudó a identificar alrededor de 20 decisiones del TLCAN y del CIADI en que se condenó al inversionista a

¹⁷⁴ Analizaré más adelante el laudo del caso Methanex c. Estados Unidos, emitido después que se preparó el texto principal de la presente opinión.

¹⁷⁵ C. Schreuer, *The ICSID Convention*, pág. 1226, párrafos 21, 22, en que se analizan los atributos especiales del caso MINE c. Guinea; el principio aplicado consistió también en que cada parte soportara, independientemente de que perdiera o ganara, sus propios gastos de asistencia letrada.

¹⁷⁶ Decisión sobre las costas del 30 de diciembre de 2002, párrafo 48, que puede consultarse en www.naftaclaims.com; véase también opinión disidente del árbitro B. Schwartz.

¹⁷⁷ Himpurna c. Indonesia, c. PT Perusahaan Listrik Negara, XXV YCA (2000), pág. 106, el tribunal tuvo en cuenta también que la recuperación de costos “significativos” era extraña al sistema judicial de Indonesia.

favor del Estado. En 17 de esos casos, los tribunales decidieron que cada una de las partes debía soportar los costos de su propia asistencia letrada y compartir los gastos del arbitraje (tribunal, institución de respaldo). En *Soufraki c. Emiratos Árabe Unidos* (que no es un caso del TLCAN), el tribunal condenó al demandante a soportar los dos tercios el costo del arbitraje y dispuso que cada una de las partes debía soportar los gastos de la litis en que había incurrido. Los únicos laudos sobre inversiones posiblemente pertinentes que hemos logrado identificar¹⁷⁸ fuera del contexto del TLCAN y fuera de las normas de arbitraje que preceptúan que “los costos siguen al resultado” (por ejemplo, la Cámara de Comercio de Estocolmo) son el laudo del caso *Generation Ukraine c. Ucrania* — dictado por unanimidad — y el caso *Link Trading c. Moldova*, basado en la CNUDMI (no en el TLCAN ni en el CIADI).

132. En el caso de *Generation Ukraine*¹⁷⁹, el tribunal sí condenó al perdedor a pagar a Ucrania todos los costos que había sufragado en ese caso del CIADI y agregó una condena en US\$100.000 para cubrir los honorarios de los abogados de Ucrania. (En el caso de *Link Trading*, la “contribución” fue de US\$22.200). No obstante, es necesario leer el laudo para tener una idea de las razones en que se fundó. No sólo ocurrió que la reclamación

¹⁷⁸ Como probablemente hay bastante más de una centena de casos y en ninguno de los casos examinados aparece el tipo de asignación de costos dispuesto en estos autos por el Tribunal, ha sido muy difícil hallar algún caso que se le asemejara, siquiera en forma remota. No obstante, junto con mi equipo de apoyo investigador me he esforzado mucho por examinar casos aun remotamente parecidos, cuyos laudos no se hayan dictado en el marco del TLCAN ni del sistema del CIADI. El único caso que hemos logrado identificar es el de *Link-Trading Joint Stock Company c. Moldova*, laudo de la CNUDMI (presumiblemente no publicado), dictado el 18 de abril de 2002. En este caso —basado en las Reglas de la CNUDMI y en un TBI—, el tribunal condenó al demandante, cuya reclamación había sido rechazada en todos sus términos, a pagar al Gobierno demandado la suma de US\$22.200 por concepto de costos, factor de riesgo de costos que equivale a menos del 2% de la asignación de gastos del procedimiento en que ha incurrido el gobierno demandado en el presente caso *Thunderbird c. México*. Noah Rubins, en la página 126, sólo ha identificado un caso, *Scimitar c. Bangladesh*, Laudo del CIADI del 5 de abril de 1994, en que se condenó al demandante perdedor a pagar los costos al demandado, pero al parecer esos costos no incluyen los de patrocinio letrado de Bangladesh, y la estrategia seguida por el demandante en el litigio fue contradictoria y en definitiva condujo a un desistimiento tácito de la litis.

¹⁷⁹ Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo del 16 de septiembre de 2003.

fue rechazada en todos sus términos y se concluyó que no se había hallado ninguna posible razón que la justificara, sino que el tribunal consideró asimismo sumamente reprobable la conducta seguida por el demandante ante el tribunal. En otros términos, consideró que la reclamación era manifiestamente falsa e implicaba un derroche injustificable de los recursos y de la atención del demandado y del tribunal en relación con la competencia, el fondo del asunto y la conducta seguida ante el tribunal.

“La exposición escrita del Demandante en el caso de autos ha sido asimismo errática, repetitiva y jurídicamente incoherente. Ha obligado al Demandado y al Tribunal a examinar innumerables cuestiones de hecho que en definitiva resultaron impertinentes a la luz de cualquier teoría jurídica concebible en materia de competencia, responsabilidad o recuperación de gastos. Su caracterización de la prueba ha sido inaceptablemente sesgada y ha obligado al Demandado y al Tribunal a verificar cada una de las alegaciones, dadas las sospechas que despertaban” (párrafo 24/2_); “La posición del Demandante ha sido, además, notablemente incoherente” (párrafo 24.3). Por otra parte, el enunciado de su reclamación de daños y perjuicios se ha basado en los más endebles fundamentos concebibles (párrafo 24.4). Su exposición ha carecido del rigor intelectual y la disciplina que cabía esperar de una parte que tratara de establecer una causa de acción ante un tribunal internacional. Esa falta de disciplina ha dificultado innecesariamente el examen de la reclamación (párrafo 24.6)”. “Los escritos del Demandante... presentan graves imperfecciones, pues están desprovistos de un análisis coherente” (párrafo 20.26) (traducción al español del traductor).

La “contribución” de US\$22.200 para cubrir los costos del demandado en el caso Link Trading (en el marco de las Reglas de la CNUDMI) podría considerarse, a primera vista, como un respaldo, aunque insignificante, de la decisión sobre costos dictada en el laudo de los presentes obrados. No obstante, en el laudo no se pasa revista a los precedentes y sólo se hace una referencia muy general al Artículo 40 de las Reglas de la CNUDMI. Sin embargo, en su decisión sobre los costos, el tribunal también cuestionó la conducta procesal del demandante. Señaló que los costos superaban considerablemente los estimados por el tribunal al disponer el depósito de garantía: “principalmente en virtud del escrito adicional no solicitado del Demandante” (párrafo 96). Esta referencia indica que la contribución de US\$22.200 reflejaba un incremento innecesario del costo del arbitraje debido a una conducta procesal no razonable del demandante. Este caso, por lo tanto, más bien respalda el principio de que sólo se puede condenar al demandante perdedor al pago de los costos en que haya incurrido el demandado vencedor si a juicio del tribunal existen pruebas de una conducta irresponsable que haya incrementado los costos. A contrario, el laudo del caso Link Trading sigue, por lo tanto, la norma de que el Artículo 40 (2) de las Reglas de la CNUDMI debe aplicarse a controversias sobre inversiones, para que el demandante perdedor no tenga que pagar los costos de asistencia letrada en que haya incurrido el demandado. Como en el laudo del caso Thunderbird no existen pruebas o indicios de una inflación de costos profesionales u otro tipo de inconducta reveladora de mala fe, el caso Link Trading es otro ejemplo de una “jurisprudencia constante”: cada una de las partes, en especial la demandada, debe soportar sus propios costos de asistencia letrada.

133. El único caso del TLCAN/CIADI en que esos costos fueron adjudicados al gobierno vencedor es el caso Methanex c. Estados Unidos, cuyo laudo se

dictó en agosto de 2005¹⁸⁰. En él, el tribunal reconoce, sobre la base de un estudio de 1991, es decir, antes de que los casos de inversiones se generalizaran y en una fecha en que no existía (como ahora) jurisprudencia moderna del TLCAN/CIADI:

“Ciertos tribunales se muestran reacios a condenar a la parte vencida a pagar los costos de asistencia letrada de la parte vencedora, a menos que ésta haya prevalecido sobre una posición manifiestamente falsa adoptada por la parte vencida” (traducción al español del traductor).

134. En el laudo del caso Methanex se señala que “otros tribunales consideran que la parte vencedora normalmente no debe tener que pagar de su bolsillo los costos de asistencia letrada en que haya incurrido razonablemente para hacer cumplir o defender sus derechos legales” (traducción al español del traductor), pero no menciona casos de ese género, en especial reclamaciones sobre inversiones en que haya prevalecido el gobierno. Tampoco analiza el contraste entre costos del arbitraje y costos de asistencia letrada conforme a lo establecido en la Sección 1 y en la Sección 2 del Artículo 40 de las Reglas de la CNUDMI, ni expone ningún razonamiento más detallado. Pero de la historia procesal del caso puede inferirse que el tribunal cuestionó la manera en que el demandante había desarrollado su reclamación, en especial en cuanto a la prueba¹⁸¹. Esto obliga a considerar el caso Methanex como un caso de condena al demandante a pagar al demandado vencedor los costos de abogado por las razones, adecuadamente fundadas (incluso mencionadas

¹⁸⁰ Decisión sobre Costos, párrafos 9-12 de la Parte V del laudo.

¹⁸¹ Ello se refiere, en especial, a las alegaciones, en definitiva injustificadas, sobre una “reunión secreta” con el Gobernador de California y un aparente hurto de documentos para su utilización en el arbitraje, la cuestión de los documentos “Vind”, Laudo Definitivo, pág. 154, ó páginas 26, 27, de la Parte II, Capítulo I). La consecuencia de lo establecido en el párrafo 54 de ese capítulo —pág. 153— es que el tribunal señaló que Methanex no llevó a cabo el arbitraje de buena fe.

en el laudo), de que se trate de reclamaciones manifiestamente infundadas o de reclamaciones en que los tribunales han desarrollado la práctica de sancionar una conducta no profesional de la parte contra la que se dicta la orden de pagar los costos. A saber:

“El tribunal decidió que esa documentación fue obtenida ilegalmente por Methanex... en violación de una obligación general de buena fe impuesta por las Reglas de la CNUDMI y, de hecho, aplicable a todos los que participen en arbitrajes internacionales”¹⁸² (traducción al español del traductor).

135. De ese estudio puede inferirse con certeza que actualmente es un principio estándar de derecho internacional de las inversiones, en especial en el contexto del TLCAN, pero también en otros casos del CIADI, que, en principio, cada una de las partes debe soportar sus propios costos de asistencia letrada, y que los costos del arbitraje se comparten. Muy rara vez se han producido excepciones a esa regla con respecto a los gastos referentes al arbitraje a favor del demandante vencedor, pero nunca — excepto en lo que atañe a “contribución” limitada a los gastos de asistencia letrada del Gobierno en el caso *Generation Ukraine y Link Trading c. Moldova*— cuando el perdedor es el demandante. El único concepto en

¹⁸² Página 155, párrafo 58 del Laudo Definitivo. De la comparación del escrito detallado sobre los costos presentado por los Estados Unidos (aproximadamente US\$3 millones) con un escrito sobre el mismo tema de Methanex (“Methanex comunica respetuosamente que el orden de magnitud solicitado de los Estados Unidos está comprendido entre US\$11 millones y US\$12 millones”) se deduce que las relaciones profesionales normales entre el grupo litigante Methanex y el tribunal se vieron afectadas por graves problemas, así como un grave desequilibrio en los escritos sobre costos (es decir, una muy detallada clasificación de costos por un total de alrededor de US\$3 millones presentada por los Estados Unidos, y una referencia general a US\$11 millones-US\$12 millones presentada por Methanex), lo que sería una razón adicional para que el tribunal ejerciera sus potestades conforme al Artículo 40 (2) de las Reglas de la CNUDMI disponiendo que Estados Unidos pudiera recuperar plenamente sus costos de asistencia letrada. La decisión del caso Methanex sobre los costos tiene muy serias apariencias de basarse parcial o totalmente en factores punitivos, tales como reclamación manifiestamente falsa o conducta procesal maliciosa que incrementa los costos.

virtud del cual no se ha observado esta regla hasta ahora firmemente establecida, o se ha sugerido un tratamiento diferente, corresponde a “posiciones manifiestamente falsas o infundadas” adoptadas por el perdedor, conducta no profesional o seria infracción del principio de buena fe en el arbitraje¹⁸³. Existen buenas razones para este enfoque, que hasta ahora los tribunales han valorado intuitivamente, pero aún no explícitamente, como consecuencia de las actitudes que prevalecen en el arbitraje comercial: el arbitraje en materia de inversiones no constituye un método recíprocamente acordado y estructurado de solución de controversias. Representa un derecho unilateral de los inversionistas — que no tiene su contrapartida en un derecho recíproco del Gobierno— de reclamar por supuesto incumplimiento, por parte de un gobierno, de un tratado internacional sobre inversiones¹⁸⁴. Se trata, sustancialmente, de una situación semejante, a lo sumo, al examen judicial nacional e internacional de los actos administrativos, y no al modelo “contractual” recíproco del arbitraje comercial. Los gobiernos no demandan a los inversionistas, porque los inversionistas no pueden infringir disciplinas de los tratados, tales como las de “expropiación”, discriminación o trato justo y equitativo. Se ocupan exclusivamente de los actos gubernamentales dirigidos a los inversionistas extranjeros. Los gobiernos han reconocido ese derecho asimétrico porque los ayuda a atraer capital y mejora su gobernanza interna, y confiere mayor prestigio, en la esfera internacional, a la gestión pública que realizan.

136. Este principio de asignación de costos en el examen judicial internacional de los actos de los gobiernos también se aplica en los litigios del GATT. Se

¹⁸³ Laudo Definitivo sobre Costos, SD Myers, párrafo 33; Gotanda, 2005, pág. 49 ff, en que se citan tácticas dilatorias, una conducta reprobable o falta de razonabilidad como factores que han llevado a los tribunales arbitrales comerciales internacionales a condenar al pago de costos por servicios profesionales. Esta es también mi interpretación del laudo sobre costos del caso Methanex c. Estados Unidos.

¹⁸⁴ En francés, el concepto se denomina por lo tanto “arbitrage transnational unilateral” — Walid Benhamida, Arbitrage Transnational Unilateral—, tesis doctoral, Universidad de París II, de próxima aparición (como monografía).

ha propuesto formalmente condenar al vencido a pagar los costos del litigio a los países en desarrollo vencedores, dados los costos prohibitivamente altos de los litigios de la OMC, lo que puede considerarse como un concepto similar a la idea de que no debe condenarse los inversionistas –en especial a las compañías más pequeñas– por impugnar el incumplimiento, por parte de los Estados receptores de inversiones, de obligaciones de protección de inversiones previstas en tratados; la idea común es que, tratándose de reclamantes dotados de recursos insuficientes, el acceso a la justicia es ilusorio si el costo (y el riesgo) que implica litigar es prohibitivo¹⁸⁵. También se ha condenado a pagar los costos en que haya incurrido el demandado vencedor en los casos de la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas; en los casos del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, en el reducido número de casos en que Irán fue el vencedor se le impusieron costas por sumas muy modestas (unos pocos miles de dólares)¹⁸⁶. Vale la pena señalar que para rechazar el pedido de condena en costos de servicios de abogado, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos se basó, *inter alia*, en el hecho de que en los Estados Unidos cada parte paga sus propios honorarios de abogado. Considero acertado ese enfoque, consistente en evitar la generalización de

¹⁸⁵ Documento de la OMC TN/DS/W/19, del 9 de octubre de 2002, “Negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias”, propuestas sobre el ESD presentadas por varios países en desarrollo, pág. 2: La propuesta consiste en que en los casos de la OMC se condene al Estado desarrollado demandado a pagar las costas al país en desarrollo vencedor dotado de suficientes recursos (y sólo a él). Adviértase que en el párrafo 211 del laudo se admite que tratándose de un “inversionista con escasos recursos financieros” “las consideraciones referentes al acceso a la justicia pueden influir en cierta medida”.

¹⁸⁶ Gotanda, 2005, pág. 47; *Sylvania c. Irán*, 8 Irán-Estados Unidos CTR 298, 324 (1985): “hasta ahora el tribunal no ha condenado al pago de costos en todos los casos, y aun en los casos en que lo ha hecho, las sumas en general han sido inferiores a las reclamadas. La segunda Cámara nunca ha condenado en costos; la primera lo ha hecho por sumas relativamente pequeñas, tan sólo en unos pocos casos, y la tercera en general ha condenado a pagar sumas francamente inferiores a las reclamadas por concepto de costos por la parte vencedora, utilizando una gama comprendida entre US\$5.000 y US\$25.000, y en un caso se condenó a pagar costos por un monto de US\$70.000. Con respecto a la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas (UNCC): comunicación de Jim Loftis, de Vinson & Elkins, ex asesor jurídico principal de la UNCC; (16 de junio de 2005).

determinado enfoque basado en cierta cultura jurídica en relación con el tema de los costos.

137. La práctica judicial más similar a la del arbitraje entre inversionistas y Estados, basado en tratados, es el recurso judicial de que disponen las personas físicas contra los Estados, en el marco de la Convención Europea de Derechos Humanos; también en este caso, los Estados deben sufragar sus propios gastos de asistencia letrada, aunque ganen.

138. En la práctica, imponer el riesgo de tener que pagar los costos de los abogados del Gobierno a los inversionistas perdedores va en detrimento de la finalidad misma de esos tratados; plantea el riesgo de litigio en situaciones fácticas normalmente ambiguas, confusas y contradictorias, hasta un nivel prohibitivo, en especial tratándose de compañías más pequeñas que corren un alto riesgo de litigio, y en que el Gobierno goza de considerable superioridad en cuanto a experiencia técnica, experiencia común y recursos disponibles para defenderse en arbitrajes del TLCAN. En el caso de autos actuó un equipo de defensa del Gobierno sumamente competente, coordinado y de funcionamiento impecable, formado por más de siete u ocho abogados mexicanos e internacionales, incluidos dos estudios jurídicos especializados, veteranos de muchas rondas de litigios del Capítulo XI del TLCAN, que enfrentaban a una pequeña sociedad empresarial con dos abogados externos individuales (debo agregar que no menos competentes). El apartamiento, por parte del Tribunal –por razones apropiadas–, de la jurisprudencia establecida del TLCAN y de los TBI/CIADI en materia de asignación de costos sólo puede considerarse como bloqueo del acceso a ese tipo de justicia para las compañías de menor escala. Ese no es, sin embargo, el objetivo del TLCAN, que para promover el comercio, nuevas oportunidades de empleo (véase el Preámbulo del TLCAN), aumentar las oportunidades de inversión y eliminar los obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza

de bienes y servicios (Artículo 102), no tiene el designio de limitar el acceso al arbitraje en materia de inversiones a grandes compañías multinacionales estadounidenses y canadienses. El enfoque seguido en cuanto a los costos en el laudo de que se trata indica que el arbitraje sobre inversiones sólo está a disposición de las compañías de muy gran escala, lo que excluiría a empresarios con iniciativa, determinación de asumir riesgos (en algunos casos quizá temerariamente) y que quizá no posean el mismo atractivo, propio “de un estilo societario internacional” que los “hombres de traje oscuro”. No existen indicios de que esa haya sido, sin embargo, la intención de los negociadores de tratados de ese género.

139. La única razón que puede invocarse legítimamente para cambiar la jurisprudencia estándar del TLCAN y los TBI en materia de costos es el principio de la inadmisibilidad de las “reclamaciones manifiestamente falsas” y los graves actos de inconducta profesional del demandante y sus abogados¹⁸⁷. No obstante, es difícil hallar pruebas de ese género en el caso Thunderbird-México. El propio Tribunal se ha expresado en términos abiertamente positivos sobre la conducta profesional del demandante en el arbitraje (párrafo 213). Si la reclamación hubiera sido “manifiestamente falsa”, el Tribunal pudo haber aceptado la solicitud de bifurcación formulada por México, y a través de una decisión preliminar pudo declararse incompetente y rechazar la reclamación como inadmisibile. La consecuencia de la jurisprudencia de la CIJ en cuanto al requisito de que las reclamaciones se fundaran *prima facie* en el derecho y en los hechos pertinentes indica que las reclamaciones manifiestamente falsas deben rechazarse *in limine*¹⁸⁸. También es la práctica del Tribunal de

¹⁸⁷ El criterio de “conducta no profesional” aparece en el caso *Generation Ukraine c. Ucrania*, pero también guarda relación con un incidente aislado en el caso *Pope-Talbot c. Canadá*, Laudo del 26 de noviembre de 2002; es evidente que una seria infracción del principio de la buena fe en los litigios contribuyó a la decisión sobre costos en el caso *Methanex*, y probablemente la determinó, *infra*.

¹⁸⁸ *Oil Platforms, Irán c. Estados Unidos, Excepciones Preliminares*, 12 de diciembre de 1996, párrafos 16-21

Reclamaciones Irán-Estados Unidos rechazar las reclamaciones manifiestamente infundadas¹⁸⁹. No obstante, este Tribunal rechazó la solicitud de México de una fase preliminar dedicada exclusivamente a cuestiones de competencia y admisibilidad, actitud que difícilmente indica que la reclamación fuera manifiestamente falsa. El hecho de que tuviera que basarse en un laborioso análisis *ex post* de una carta de certeza (oficio) errática y ambivalente de México, al que se llegó años después de un exhaustivo debate en que participaron docenas de abogados que manejaban “peines finos” y pruebas de ambas partes, no contribuye a demostrar la existencia de una “reclamación manifiestamente falsa”.

140. Por razones similares, no comparto la declaración del Tribunal de que para distinguir su laudo del caso Azinian (en que se solicitaba la protección del TLCAN para un contrato de concesión obtenido fraudulentamente sin indicios de conducta gubernamental) sostuvo que la jurisprudencia del TLCAN había dejado de ser “innovadora”. Puede ser útil citar al respecto el enfoque adoptado por el Comité de Anulación del caso Vivendi c. Argentina, en que se comenta la decisión sobre costos del tribunal original del caso Vivendi (párrafos 117, 118), en que se dispone que cada parte debe soportar sus propios gastos:

“Observó que la diferencia planteaba ‘un conjunto de cuestiones nuevas y complejas, que no habían sido materia de precedentes internacionales arbitrales... Más aún, a Argentina le asistía el derecho de tomar la posición que tomó, la que por sí misma planteó una cuestión difícil y innovadora de importancia pública relativa al CIADI y la operación de acuerdos de protección de inversiones sobre el modelo del TBI”.

¹⁸⁹ Parvis Karim Panahi c. Estados Unidos, 28 Irán-Estados Unidos CTR 225, 228 (1992); Cyprus Petroleum c. Irán, 11 Irán-Estados Unidos CTR 70, 71 (1986) – Me baso a este respecto en un comentario de C. Heiskanen, en relación con TDM (www.transnational-dispute-management.com) 2005 sobre “Reclamaciones temerarias”.

A la luz de la importancia de los argumentos avanzados por las partes en relación con este caso, el Comité considera apropiado que cada parte soporte sus propios gastos incurridos...”.

141. Los temas que están en juego aquí —la asignación del riesgo de ambigüedad de seguridades dadas por el Gobierno, el alcance de los datos dados a conocer al Gobierno antes de obtener una carta de certeza— han planteado hasta aquí, en la jurisprudencia de los TBI, cuestiones no resueltas sobre la manera de aplicar el principio de la “expectativa legítima” previsto en el Artículo 1105 del TLCAN. Aunque recientemente ha habido varios laudos sobre la cuestión, hasta ahora no ha surgido una doctrina fácilmente aplicable sobre la expectativa legítima prevista en dicho artículo. A mi juicio, está lejos de haberse establecido que sea fácil rechazar una reclamación sobre trato nacional en una situación en que un inversionista extranjero —habiendo aplicado un enfoque basado en la colaboración— es clausurado inmediata y efectivamente, y no prosperan en absoluto sus reclamaciones en los tribunales locales, en tanto que los organismos de aplicación de leyes del Gobierno nunca tienen éxito con un competidor local políticamente influyente. Además, las pruebas de que el asesor letrado del Gobierno mantuvo una discreta conferencia informal de más de 13 horas de duración con un juez de alta jerarquía en relación con el caso como mínimo plantean dudas sobre la observancia del debido proceso previsto en normas internacionales, si es que no nacionales. Quizás el Tribunal no advirtió que esos vicios procesales, tomados en conjunto, alcanzaban el umbral que permitía considerarlos como incumplimiento del Artículo 1105, pero esto no implica decir que la Demandante haya presentado una demanda temeraria al plantear la cuestión de la denegación de justicia administrativa. Dudo que un observador razonable y objetivo hubiera llegado al comienzo a la

conclusión de que la reclamación de Thunderbird fuera temeraria y manifiestamente infundada.

142. En virtud de lo expuesto, debo concluir que hasta ahora y según el expediente del caso no existen pruebas de que la reclamación haya sido manifiestamente falsa. Pudo haberse pensado en definir el concepto de “vencedor” comparando la reclamación del inversionista (más de US\$100 millones, aproximadamente) con el resultado –cero– del laudo (alrededor de US\$500.000, según mis cálculos). Pero ello representaría una práctica en los litigios de derecho civil que no es aplicable aquí. Se trataba de un inversionista de América del Norte, constituido en Canadá, pero en gran medida administrado desde oficinas ubicadas en los Estados Unidos y con un enfoque estadounidense. Esa empresa (y su asesor jurídico) aplicaron la práctica, al parecer estándar en los Estados Unidos, de formular reclamaciones monetarias que pueden calificarse de “excesivas”, pero los tribunales internacionales tienen que ser cuidadosos frente a los prejuicios culturales; los litigios del TLCAN no están destinados a sancionar al demandante y a su asesor jurídico por un comportamiento que es normal en su propia jurisdicción pero que en otras jurisdicciones puede considerarse inaceptable. Se requiere cierto margen de tolerancia cultural para la resolución de controversias transnacionales.

143. Otra razón en la que pudiera pensarse es que la reclamación está relacionada con los juegos de azar, sector que en muchos ambientes religiosos se considera como poco edificante e ignominiosa. No obstante, aunque en general sujetos a una fuerte regulación, los juegos de azar del tipo del que se trata en autos (de máquinas tragamonedas) es una actividad de esparcimiento ampliamente difundida en todo el mundo¹⁹⁰ y

¹⁹⁰ El perito ofrecido por México, profesor Rose, da cuenta de la generalizada liberalización y legalización de esas operaciones, pág. 776: “Esa explosión de los juegos de azar legales no se ha dado sólo en los Estados Unidos, sino en todas partes del mundo” (traducción al español del traductor).

de por sí no puede condenarse como indigna de protección en los tratados de inversiones. Otra razón que puedo concebir como fundamento del hecho de que la decisión de que se trata se haya apartado significativamente de la práctica ordinaria en materia de inversiones internacionales es la sospecha suscitada por el pago de la cuota de éxito, es decir, la posibilidad de que los dos abogados que concertaron la carta de certeza se hayan repartido la cuota con las autoridades mexicanas. De ser así, yo no tendría vacilación alguna en sancionar al Demandante por atreverse a utilizar un tratado de inversiones para proteger los frutos de un acto contrario a la ética. Como sostuve anteriormente, no exigiría plena prueba, sino tan sólo suficientes indicios corroborativos que condujeran a la inversión de la carga de la prueba, haciéndola recaer sobre la Demandante. Sin embargo, México no ha planteado abiertamente esa sospecha con argumentos ni pruebas fundados, ni ha realizando un esfuerzo creíble para llevar ante los tribunales a los funcionarios mexicanos que tuvieron que ver con la carta de certeza. En tales circunstancias, creo que debemos desechar las insinuaciones de soborno si no se han planteado y sustanciado adecuadamente ni se ha oído en forma justa a los inculpados. De lo contrario, a través de este laudo el mensaje que reciben los gobiernos demandados es que pueden valerse de insinuaciones de corrupción como técnica de defensa estándar; se trata de un medio persuasivo y eficaz, que les evita someterse a la confrontación propia de un debate pleno y adecuado. Rara vez es posible producir la prueba negativa de inexistencia de corrupción. En ninguna inversión extranjera puede evitarse una estrecha interrelación con el Gobierno, sobre todo mediante el uso de servicios de consultores locales, por lo cual prácticamente en todos los proyectos de inversiones extranjeras puede hacerse aparecer el hálito de la corrupción.

En conclusión: aunque he manifestado que me siento inclinado a compartir la opinión de mis colegas de que no puede concluirse la existencia de una infracción del principio de la “expectativa legítima” conforme al Artículo 1105 del TLCAN, no encuentro razones para abandonar la firme jurisprudencia del TLCAN y del CIADI, consistente en dejar que cada parte, vencedora o perdedora, soporte sus propios gastos de asistencia letrada y comparta los costos del arbitraje, a menos que existan pruebas claras de grosera conducta profesional de una parte en el arbitraje o de que la reclamación sea manifiestamente falsa.

Thomas Wälde

Saint Andrews, Diciembre 2005

Laudos arbitrales dictados contra el inversionista (arbitraje inversionista-Estado)

Caso	Decisión sobre los costos
<p>1. <i>Methanex Corporation c. Estados Unidos de América</i> (TLCAN)-<u>Laudo Definitivo, 3 de agosto de 2005.</u></p>	<p>El Tribunal aplicó las Reglas de la CNUDMI. Observó que los Artículos 38 y 40 de las Reglas de la CNUDMI le confieren amplia discrecionalidad para pronunciarse en materia de costos en su laudo.</p> <p>El Tribunal concluye que no existe una razón que obligue a aplicar el enfoque general preceptuado por la primera oración del Artículo 40(1) de las Reglas de la CNUDMI. Aunque a lo largo de los últimos cinco años Methanex ha prevalecido frente a determinados argumentos y otras cuestiones planteadas contra los Estados Unidos, es la parte perdedora en cuanto a la competencia y al fundamento de su reclamación. En el caso de que se trata, no corresponde el prorrateo conforme al Artículo 40(1) de las Reglas ni ningún otro apartamiento de este principio general. En consecuencia, el Tribunal decide que Methanex, como parte vencida, debe soportar los costos del arbitraje.</p> <p>Con respecto a los costos de asistencia letrada de las partes de la controversia, el Tribunal observó que las prácticas de los tribunales internacionales varían ampliamente. Ciertos tribunales se muestran reacios a condenar a la parte</p>

vencida a pagar los costos de asistencia letrada a la parte vencedora, a menos que ésta haya prevalecido sobre una posición manifiestamente falsa adoptada por la parte vencida. Otros tribunales consideran que la parte vencedora normalmente no debe tener que pagar de su bolsillo los costos de asistencia letrada en que haya incurrido razonablemente para hacer cumplir o defender sus derechos legales.

En el caso de autos, el Tribunal se inclina por el enfoque adoptado por las propias partes de la controversia, consistente en que como principio general la parte vencida debe pagar a la parte vencedora los costos de asistencia letrada razonables en que haya incurrido. Es probable que en la decisión sobre los costos haya influido la conclusión del Tribunal de que el demandante litigó en forma contraria al principio de buena fe.

En el caso de autos, la parte vencedora ha sido Estados Unidos en cuanto a la competencia y al fondo del asunto. El Tribunal ha tenido en cuenta que a la fecha del Laudo Parcial pudo haberse sostenido que varios importantes argumentos sobre cuestiones de admisibilidad formulados por los Estados Unidos habían sido derrotados, pero con el tiempo el Laudo Parcial no afecta al resultado final global de la controversia, determinado por el presente Laudo Definitivo.

Análogamente, las cuestiones con respecto a las cuales la posición de los Estados Unidos no prevaleció en este Laudo eran de menor importancia. El Tribunal no

	<p>considera apropiado ningún prorrateo de costos conforme al Artículo 40(2) de las Reglas de la CNUDMI.</p> <p>En consecuencia, decide imponer a Methanex la obligación de pagar a los Estados Unidos el importe de los costos de asistencia letrada en que los Estados Unidos hayan incurrido razonablemente en estos procedimientos de arbitraje. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>2. <i>Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Peru, S.A. c. Perú</i>, Caso CIADI No. ARB/03/4 (TBI Perú/Chile), Decisión sobre Jurisdicción del 7 de febrero de 2005.</p>	<p>El Tribunal se declara incompetente para conocer sobre el fondo de la presente controversia. El Tribunal decide que cada parte deberá pagar la mitad de las costas del arbitraje y cubrirá sus propios gastos legales.</p>
<p>3. <i>Consortium Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. Argelia</i>, Caso CIADI No. ARB/03/08 (TBI Argelia/Italia). <u>Decisión sobre Jurisdicción, 10 de enero de 2005 (francés).</u></p>	<p>Le Tribunal arbitral n'est pas compétent pour connaître du litige entre le Consortium L.E.S.I. - Dipenta et la République algérienne démocratique et populaire. Chaque Partie supporte la moitié des frais de l'arbitrage et supporte ses propres frais de représentation.</p>
<p>4. <i>Gami Investments, Inc. c. Mexico</i>, CNUDMI (TLCAN), Laudo Definitivo, 15 de</p>	<p>El Tribunal declara de manera unánime que tiene jurisdicción sobre las demandas pero las desestima en su totalidad. La demanda no es acogida. Aun así el Tribunal considera equitativo que ambas partes corran con sus</p>

<p>noviembre de 2004.</p>	<p>costas.</p> <p>Hay dos razones por las cuales no se le permite a México la recuperación de las costas. La primera es que México interpuso una objeción a la jurisdicción que se convirtió en un asunto importante en el procedimiento. ... Las costas asociadas con esa audiencia especial fueron significativas. La segunda es que la queja de GAMI debe ser considerada seriamente. Plantea asuntos inquietantes sobre actos y omisiones regulatorios. Los árbitros tienen amplia discreción bajo las normas de la CNUDMI con respecto a la distribución de costas. ... Cada parte deberá cargar con sus propios gastos. Las cantidades pagadas al Tribunal... se dividen en partes iguales.</p>
<p>5. <i>Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos</i>, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3 (TLCAN). Decisión sobre la Petición del Demandado de una Decisión Complementaria, 6 de septiembre de 2004.</p>	<p>El Tribunal dispuso que cada una de las partes soporte sus propios costos, y la mitad de los gastos del Tribunal y de la Secretaría (traducción al español del traductor).</p>

<p>6. <i>Joy Mining Machinery Limited c. Egipto</i>, Caso CIADI No. ARB/03/11 (TBI Reino Unido/Egipto). Decisión sobre Jurisdicción, 30 de julio de 2004.</p>	<p>El Tribunal decidió que el CIADI carece de jurisdicción y que el Tribunal carece de competencia para considerar las reclamaciones formuladas por la Compañía. Cada una de las partes deberá pagar la mitad de las costas del arbitraje y soportar sus propios costos de asistencia letrada. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>7. <i>Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos</i>, Caso CIADI No. ARB/02/7 (TBI Italia/Emiratos Árabes Unidos). Decisión sobre Jurisdicción, 7 de julio de 2004.</p>	<p>El Tribunal decidió que la controversia es ajena a su competencia conforme al Artículo 25(1) y (2)(a) del Convenio del CIADI y al Artículo 1(3) del TBI. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso y el hecho de que se hizo lugar a la excepción a la jurisdicción opuesta por el Demandado, el Tribunal concluye que corresponde que los costos del procedimiento, incluidos los honorarios y gastos del Tribunal y de la Secretaría del CIADI, recaigan en dos terceras partes sobre el Demandante y en un tercio sobre el Demandado, pero que cada parte soporte sus propios costos de asistencia letrada y gastos relacionados con el procedimiento. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>8. <i>Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (Número 2)</i>, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3 (TLCAN). Laudo Definitivo, 30 de abril</p>	<p>El Tribunal unánimemente decide: a) que se admite la reclamación de conformidad con el Capítulo XI del TLCAN; b) que la conducta del Demandado objeto de la reclamación no implica una violación de los Artículos 1105 ó 1110 del TLCAN; c) que por lo tanto se desecha en su integridad la reclamación de Waste Management; d) que cada Parte debe cubrir sus propias costas y la mitad de las</p>

de 2004.	costas y gastos de este procedimiento.
<p>9. W. Nagel c. República Checa, Caso SCC 49/2002, Decisión sobre Jurisdicción (TBI Reino Unido/República Checa), 9 de septiembre de 2002.</p>	<p>“El Tribunal Arbitral ha llegado a la conclusión de que corresponde rechazar en su totalidad las reclamaciones del Sr. Nagel. Esto normalmente debería tener como consecuencia que el Sr. Nagel soporte sus propios costos, y que además se le imponga el pago de los costos en que incurrió la República Checa, y que en definitiva se le haga responsable de los costos y gastos del Tribunal Arbitral y de los cargos administrativos del Instituto SCC.</p> <p>El Tribunal Arbitral considera, sin embargo, que corresponde considerar que algunos costos y gastos guardan relación con excepciones específicas planteadas por la República Checa que fueron rechazadas por el Tribunal Arbitral. Éste considera justificado tener en cuenta esas circunstancias al dictar una orden sobre costos y gastos. Por lo tanto, aunque debería hacerse responsable al Sr. Nagel de la totalidad de sus propios costos, corresponde imponerle la obligación de reembolsar a la República Checa tan sólo el 80% de los costos que sobre ella recayeron.</p> <p>El Sr. Nagel ha cuestionado la razonabilidad de las reclamaciones de costos formuladas por la República Checa. Ha sostenido que el número de horas (más de 3.267) que dedicaron al caso los abogados y otras personas que cobran por hora, es excesivo, ya que: a) no hubo audiencias o comparecencias preliminares de ningún género, b) no se</p>

presentaron documentos, c) sólo hubo tres días de audiencias de pruebas, en que la República Checa formuló repreguntas a tan sólo un testigo, y produjo prueba testimonial de sólo cuatro testigos, y d) sólo hubo tres escritos de cada parte, ninguno de los cuales fue de longitud inusual. El Sr. Nagel también sostuvo que la reclamación de US\$118.041 por concepto de honorarios de peritos era excesiva y carente de razonabilidad, y señaló que la declaración de uno de los peritos (...) sólo era pertinente, si es que en alguna medida, en relación con los daños y perjuicios, por lo cual sus costos no debían tenerse en cuenta en esta etapa del procedimiento.

El Tribunal Arbitral toma nota, en primer lugar, de que existe una muy considerable diferencia entre las sumas reclamadas por ambas partes como reembolso de costos. Dados los resultados del arbitraje, el Tribunal Arbitral concluye que en definitiva las partes deben hacerse cargo de esos costos y gastos en las siguientes proporciones: 90% el Sr. Nagel y 10% la República Checa.

En relación con los árbitros y con el Instituto de Arbitraje, las partes deben hacerse cargo, conjunta y separadamente, del pago de las sumas adeudadas a los árbitros y al Instituto de Arbitraje. En cuanto a las proporciones, el Sr. Nagel será responsable del 90% y la República Checa, del 10% de las sumas adeudadas en este arbitraje a los árbitros y al Instituto de Arbitraje. (Traducción al español del traductor).

<p>10. Consortium R.F.C.C. c. Reino de Marruecos, Caso CIADI No. ARB/00/6 (TBI Italia/Marruecos). Laudo Definitivo, 22 de diciembre de 2003.</p>	<p>Le Tribunal rejette les demandes du Consortium RFCC; met les frais d'arbitrage à parts égales à la charge du Consortium RFCC et du Royaume du Maroc; dit que chaque partie supportera ses propres frais et honoraires de conseils et de représentation engagés dans la présente procédure.</p>
<p>11. Generation Ukraine, Inc. c. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/00/9 (TBI Estados Unidos/Ucrania). Laudo Definitivo, 16 de septiembre de 2003.</p>	<p>Se rechaza en su totalidad la reclamación. El Tribunal consideró la cuestión de si existía alguna razón para atenuar la regla general de que el litigante vencido en un arbitraje internacional debe soportar los costos razonables en que haya incurrido su oponente.</p> <p>El abogado del Demandante ha señalado: “en este caso del CIADI existe más documentación que en ningún otro caso anterior del CIADI”. El Tribunal no está seguro de que esa afirmación pueda confirmarse; no cabe duda de que las pruebas documentales y los escritos presentados en este caso han sido voluminosos. Pero, por otra parte, la exposición escrita del Demandante en el caso de autos ha sido asimismo errática, repetitiva y jurídicamente incoherente. Ha obligado al Demandado y al Tribunal a examinar innumerables cuestiones de hecho que en definitiva han resultado impertinentes en relación con cualquier teoría jurídica de competencia, responsabilidad o recuperación de gastos que pueda concebirse. Su caracterización de la prueba ha sido inaceptablemente sesgada, y ha obligado al Demandado y al Tribunal a verificar cada una de las alegaciones, dadas las sospechas</p>

que despertaban.

La posición del Demandante ha sido también notablemente incoherente. Además, el enunciado de la reclamación de daños y perjuicios efectuada por el Demandante se ha basado en los más endeble fundamentos concebibles. La exposición del Demandante ha carecido del rigor intelectual y la disciplina que cabía esperar de una parte que tratara de establecer una causa de acción ante un tribunal internacional. Esa falta de disciplina ha dificultado innecesariamente el examen de la reclamación. Aun en el estadio de los alegatos orales finales, en marzo de 2003 el abogado del Demandante se basó en dos laudos del CIADI sin señalar que los mismos habían sido anulados en parte. Aunque afortunadamente el Tribunal tenía conocimiento de esa limitación de la pertinencia de los laudos referidos, ello obedeció a que los árbitros conocían personalmente el hecho. El Tribunal supone, a favor del abogado, que éste no tenía conocimiento de las anulaciones, lo que de por sí es suficientemente negativo y no hace favor al Demandante.

El Demandado ha reclamado costos por un monto de US\$739.309,80, correspondiente a “pagos de abogados [sic] y servicios de expertos y gastos correspondientes a viajes de negocios”. El Tribunal no considera aceptable esa relación de costos no corroborados y la considera ampliamente exagerada. Adjudica todos los costos que ha pagado el Demandado en relación con el CIADI, o sea US\$265.000, así como una contribución de US\$100.000 a los gastos de asistencia letrada en que incurrió el Demandado.

	(Traducción al español del traductor).
<p>12. <i>Loewen c. Estados Unidos</i>, Caso CIADI No. ARB (AF)/98/3 (TLCAN). Laudo Definitivo, 26 de junio de 2003.</p>	<p>En relación con la cuestión de los costos, el Tribunal opina que en la disputa se plantearon cuestiones arduas y innovadoras sumamente importantes para cada una de las partes, por lo cual dispone que cada una de ellas soporte sus propios costos, así como la mitad de los gastos del Tribunal y de la Secretaría. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>13. <i>Yaung Chi Oo Trading PTE Ltd. c. Gobierno de la Unión de Myanmar</i> Acuerdo de la ASEAN sobre Inversiones, Número de identificación de caso ARB/01/1. Laudo Definitivo, 31 de marzo de 2003.</p>	<p>El Tribunal, por unanimidad, se declara incompetente para entender en el caso de autos. En cuanto a la cuestión de los costos, toma nota de que ninguna de las dos partes formuló una reclamación de costos al final de las actuaciones orales. Por su parte, el Tribunal concluye que nada corresponde disponer con respecto a los costos de las partes ni a los honorarios y gastos del Tribunal. Cada una de las partes ha tenido éxito parcial en relación con las cuestiones argumentadas ante el Tribunal, aunque en definitiva la reclamación del Demandante no prospera por razones esencialmente no relacionadas con el fondo de su reclamación básica. El Tribunal concluyó que cada una de las partes debe soportar sus propios costos y hacerse cargo de la mitad de los honorarios, costos y gastos del Tribunal y de la Secretaría. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>14. <i>ADF Group Inc. c. Estados Unidos</i>, Caso</p>	<p>En su Memorial de Contestación, el Demandado pidió al Tribunal que impusiera al inversionista la obligación de</p>

<p>No. ARB (AF)/00/1 (TLCAN). Laudo Definitivo, 9 de enero de 2003.</p>	<p>pagar los costos del presente procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal, los gastos y cargos de la Secretaría y los gastos en que incurrieron los Estados Unidos en virtud de este procedimiento. Teniendo en cuenta las circunstancias del caso de autos, incluidas las características y la complejidad de las cuestiones planteadas por las partes de la controversia, el Tribunal entiende que los costos de este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los gastos y cargos de la Secretaría, deben repartirse por partes iguales entre las partes de la controversia. Cada una de las partes deberá soportar los gastos en que haya incurrido en relación con el presente procedimiento. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>15. <i>Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América</i>, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2 (TLCAN). Laudo Definitivo, 11 de octubre de 2002.</p>	<p>El Tribunal rechaza en todos sus términos las reclamaciones de Mondev. En cuanto a la cuestión de los costos y gastos, Estados Unidos solicitó que se impusiera a Mondev la obligación de pagar los costos del Tribunal y los gastos de asistencia letrada de Estados Unidos, basándose en que la reclamación de Mondev era manifiestamente infundada y nunca debió haberse planteado.</p> <p>El Tribunal manifestó que “los tribunales del TLCAN aún no han establecido una práctica uniforme en relación con la imposición de costos y gastos. En el caso de autos, el Tribunal, por varias razones, no cree apropiado disponer cosa alguna en materia de costos o gastos. En primer lugar,</p>

	<p>la reclamación de Estados Unidos ha prosperado en relación con el fondo del asunto, pero no prosperó, en ninguna medida, en relación con todos los numerosos argumentos que expuso, incluidos algunos a los que se dedicó tiempo y costos considerables.</p> <p>En segundo lugar, en esos primeros días del sistema de arbitrajes del TLCAN el alcance y el significado de las distintas disposiciones del Capítulo 11 generan incertidumbre y revisten legítimo interés público.</p> <p>En tercer lugar, el Tribunal considera aceptable en cierta medida la posición de Mondev, pese a que el grueso de sus reclamaciones guardaban relación con hechos anteriores a 1994. Del veredicto del jurado se desprende implícitamente que Boston (tanto la Municipalidad como la BRA) llevaron a cabo una campaña tendiente a evitar el cumplimiento de las obligaciones contractuales que habían asumido libremente. En definitiva la Municipalidad y la BRA lograron su propósito, pero sólo por razones de carácter bastante técnico. El Tribunal puede tener en cuenta, por razones de equidad, los referidos hechos al ejercer sus potestades discrecionales en materia de costos y gastos.</p> <p>El Tribunal concluyó que cada una de las partes debe soportar sus propios costos y la mitad de los gastos del Tribunal y de la Secretaría. (Traducción al español del traductor).</p>

<p>16. <i>Link-Trading Joint Stock Company c. Moldova,</i> CNUDMI. (TBI Estados Unidos/Moldova). Laudo Definitivo, 18 de abril de 2002.</p>	<p>El Tribunal declaró que, conforme al Artículo 38 de las Reglas de la CNUDMI, en principio las costas del arbitraje, incluidos los honorarios de representación y asistencia de letrados, deben recaer sobre la parte vencida, aunque el Tribunal está facultado para prorratear esos costos entre las partes si decide que el prorrateo es razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso.</p> <p>El Tribunal sostiene que el Demandante no ha probado su reclamación basada en la violación del TBI por parte del Demandado, por lo cual corresponde disponer el pago al Demandado de los costos razonables del arbitraje.</p> <p>El Demandado presentó una liquidación de sus costos (honorarios de abogados y costos de peritos) por un total de US\$144.422,80. El Tribunal consideró que sería razonable adjudicar al Demandado la suma de US\$22.200.</p> <p>En cuanto al costo de los servicios de los árbitros y de la Secretaría, el Tribunal dispuso que esos gastos deben recaer sobre el Demandante. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>17. <i>Mihaly International Corporation c. Sri Lanka,</i> Laudo, Caso CIADI No. ARB/00/2 (15 de marzo de 2002). Decisión sobre</p>	<p>Los costos del procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los árbitros y de la Secretaría, deben repartirse entre ambas partes en igual proporción, y b) cada una de las partes debe soportar sus propios costos y gastos por concepto de honorarios de asistencia letrada, y sus respectivos costos de preparación de las actuaciones escritas y orales.</p>

<p>Jurisdicción (TBI Estados Unidos/Sri Lanka)</p>	
<p>18. <i>Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil c. Estonia</i>, Laudo Definitivo, Caso CIADI No. ARB/99/2 (25 de junio de 2001). (TBI Estados Unidos/Estonia).</p>	<p>Dos factores, en especial, han dado forma a la determinación del Tribunal sobre asignación de costos del arbitraje. Ambos guardan relación con la conducta de las partes, puesta de manifiesto por las pruebas escritas y orales por ellas aducidas.</p> <p>380. Primero, el Tribunal no puede menos que reprobar el hecho de que el Sr. Genin no haya colaborado con las autoridades reguladoras de la actividad bancaria estonianas en el período en que tuvieron lugar los hechos más destacados de la controversia. El hecho de que haya ocultado, hasta el momento mismo en que el abogado del Demandado le formuló repreguntas durante la audiencia, que era propietario de las compañías en cuestión fue un factor sustancial y procesal significativo, que afectó a la realización del arbitraje. Los propios Demandantes admiten, en su memorial posterior a la audiencia, que cabía considerar que la conducta del Sr. Genin había afectado negativamente al caso, por lo que correspondía que el Tribunal tuviera en cuenta esa conducta al considerar la asignación de los costos. El Tribunal no puede menos que coincidir con ambas partes de esa declaración.</p> <p>381. Por otra parte, como ya se señaló, no puede menos que</p>

	<p>censurarse la manera heterodoxa en que el Banco de Estonia revocó la licencia de EIB, y en especial el hecho de que no haya dado a conocer por anticipado su intención de revocarla ni concedido a EIB o a sus accionistas cualquier otro medio de impugnar esa decisión antes de que se formalizara.</p> <p>382. Cualquiera de esos dos factores podría haber obligado a condenar en costos a la parte ofensora.</p> <p>383. En consecuencia, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, el Tribunal dispone que cada una de las partes soporte todos los gastos en que haya incurrido en relación con el arbitraje. Los costos del arbitraje, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y los cargos por utilización de los servicios del CIADI, se repartirán entre las partes en forma equiproporcional.</p> <p>En conclusión, el Tribunal decide rechazar todas las reclamaciones de los Demandantes; 6) rechazar la contrademanda del Demandado, y 7) disponer que cada una de las partes soporte los costos y gastos en que haya incurrido en relación con el procedimiento, y que los costos del arbitraje se repartan equiproporcionalmente entre los Demandantes y el Demandado. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>19. <i>Lauder c. República Checa</i>, CNUDMI. (TBI</p>	<p>Según lo dispuesto por el Artículo 40 de las Reglas de la CNUDMI, en principio las costas del arbitraje serán a cargo</p>

<p>Estados Unidos/República Checa). Laudo (Definitivo), 3 de septiembre de 2001.</p>	<p>de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Lo mismo se aplica, conforme al Artículo 40(2), en relación con los costos de representación y asistencia de letrados. El tribunal arbitral puede tener en cuenta las circunstancias del caso y decidir qué parte pagará dicho costo, o prorratearlo entre las partes si llega a la conclusión de que el prorrateo es razonable.</p> <p>318. Entre las circunstancias que el Tribunal ha tenido en cuenta figura la conclusión de que el Demandado, al comienzo mismo de la inversión realizada por el Demandante en la República Checa, faltó a sus obligaciones de no someter la inversión a medidas discriminatorias y arbitrarias, cuando desconoció el acto original de aprobación de una inversión de capital en el titular de la licencia que había dictado e insistió en la creación de una empresa conjunta. Además, el Consejo de los Medios de Difusión adoptó diversas medidas, especialmente –pero no exclusivamente– el envío a CET 21 de la carta del 15 de marzo de 1999. Aunque el Tribunal Arbitral llegó a la conclusión de que esos actos no constituían una violación de las obligaciones que imponía el Tratado al Demandado, el Demandante pudo entender, de buena fe, que debía iniciar estos procedimientos de arbitraje. Además, es necesario mencionar en este contexto el comportamiento del Demandado en relación con la exhibición de documentos, que el Demandante podía considerar acertadamente que arrojarían más luz sobre los</p>
--	--

	<p>actos del Demandado.</p> <p>319. Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso mencionadas, el Tribunal Arbitral impone a cada una de las partes la obligación de pagar la mitad de los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y los costos de las audiencias, y soportar sus propios costos de representación y asistencia letrada, así como las costas de sus testigos. (Traducción al español del traductor).</p>
<p>20. <i>Gruslin c. Malasia</i>, Laudo, Caso CIADI No. ARB/99/3, Decisión sobre Jurisdicción (TBI Bélgica/Luxemburgo/ Malasia)</p>	<p>El Tribunal rechaza el petitorio del Demandante de que se condene al Demandado a pagar los costos en que haya incurrido el Demandante en virtud de su reclamación, ahora rechazada por razones de incompetencia.</p> <p>El Tribunal invocó algunas consideraciones que militan contra la posibilidad de que se imponga al Demandado la obligación de pagar los costos del Demandante. Una de ellas es la desigual posición de las partes: el Tribunal destacó que el Demandante litigó personalmente y con especial tenacidad y, a diferencia del Estado, no contó con asesores letrados. La segunda consideración es el hecho de que el Demandado recién planteó el argumento referente al proyecto aprobado en la segunda serie de alegatos. El Tribunal concluye que cada una de las partes debe soportar los costos y gastos en que haya incurrido en relación con el procedimiento, y que los Demandantes y el Demandado deben pagar, por partes iguales, los costos del arbitraje. (Traducción al español del traductor).</p>

<p>21. <i>Waste Management, Inc. c. México</i>, Decisión sobre Jurisdicción, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (2 de junio de 2000). (TLCAN).</p>	<p>Este Tribunal de Arbitraje resuelve que carece de jurisdicción para enjuiciar el fondo de la controversia planteada, debido al incumplimiento de la parte demandante de uno de los requisitos considerados esenciales para proceder al sometimiento de una reclamación a arbitraje establecido en el artículo 11212(b) del TLCAN (cual es la renuncia a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial invocando el derecho de cualquier Parte del TLCAN u otros procedimientos de solución de controversias).</p> <p>Este Tribunal condena a la parte demandante al pago de las costas del presente procedimiento arbitral, abonando cada parte contendiente los gastos propios de su respectiva defensa.</p> <p>El presente laudo arbitral ha sido adoptado por mayoría del Tribunal de Arbitraje.</p>
<p>22. <i>Azinian, Davitian, y Baca c. Mexico</i>, Laudo, Caso CIADI No. ARB (AF)/97/2 (1 de noviembre de 1999). Laudo Definitivo (TLCAN).</p>	<p>La reclamación ha sido completamente desestimada. El demandado ha padecido considerables incomodidades. En circunstancias ordinarias, es habitual en el arbitraje internacional que se impongan al demandante vencido las costas del arbitraje, así como las costas razonables de representación del demandado. Esta práctica tiene la doble función de reparación y disuasión.</p>

126. Sin embargo, en este caso hay cuatro razones que desaconsejan una imposición de costas. En primer lugar, el presente mecanismo es un nuevo medio para la resolución de controversias internacionales de inversión. Aunque los demandantes no han conseguido hacer valer su postura con base en el TLCAN, el Tribunal Arbitral acepta que no estaban familiarizados con las restricciones jurídicas a tal acción procesal, lo que constituye una circunstancia limitante. En segundo lugar, han presentado su caso de forma eficiente y profesional. En tercer lugar, el Tribunal Arbitral considera que, al haberse planteado cuestiones de cumplimiento defectuoso (y no tan sólo de nulidad *ab initio*) sin respetar las disposiciones del Contrato de concesión acerca de notificación, se puede decir que en alguna medida el Ayuntamiento de Naucalpan provocó el litigio. En cuarto lugar, se puede observar que las personas más responsables por la conducta ilícita de los demandantes serían las que con menor probabilidad resultarían afectadas por una condena de costas; el Sr. Goldenstein se encuentra fuera de la jurisdicción de este Tribunal Arbitral, mientras que la Sra. Baca –quien en términos prácticos quizá sea la más solvente de los demandantes– no tuvo un papel activo en ninguna de las etapas.

127. Por tanto, el Tribunal Arbitral no hace imposición de costas, por lo que cada parte deberá soportar sus propios gastos, y las cantidades pagadas al CIADI se repartirán por igual.

<p>23. Tradex Hellas S.A. c. Albania, Caso CIADI No. ARB/94/2 (Competencia basada en la legislación sobre inversiones extranjeras y no en un TBI). Laudo (Definitivo), 29 de abril de 1999.</p>	<p>A los efectos de pronunciarse sobre los costos del procedimiento el Tribunal tiene en cuenta en primer lugar el hecho de que Tradex fue la parte vencedora en el procedimiento que finalizó mediante la Decisión sobre Jurisdicción del 24 de diciembre de 1996, y que ahora Albania fue la parte vencedora en cuanto al fondo del asunto. Además, si bien considerando la controversia en conjunto la reclamación de Tradex no prosperó, puede tenerse en cuenta el hecho de que esta reclamación no puede considerarse en modo alguno como temeraria, dadas las numerosas y arduas cuestiones de hecho y de derecho que implicaba este laudo y que se manejaron en el mismo.</p> <p>207. En consecuencia, el Tribunal concluye que a la luz de todas las circunstancias de la controversia de autos, cada una de las partes debe soportar sus propios costos y los gastos de su asistencia letrada, y que ambas partes deben soportar por partes iguales los costos del arbitraje, cubiertos a través de depósitos anticipados iguales de ambas. (Traducción al español del traductor).</p>
--	--