

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**ALCANCE DEL ESTANDAR MINIMO DE TRATO
JUSTO Y EQUITATIVO ESTABLECIDO POR LA
COSTUMBRE INTERNACIONAL**

María Verónica Arroyo Merizalde

**Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título
de Abogada**

QUITO

Mayo de 2007

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

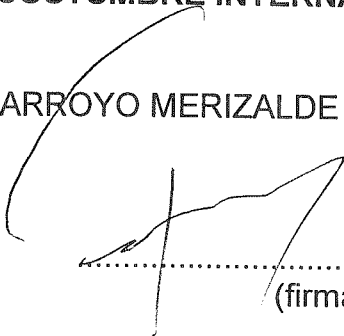
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

**"ALCANCE DEL ESTANDAR MÍNIMO DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO
ESTABLECIDO POR LA COSTUMBRE INTERNACIONAL"**

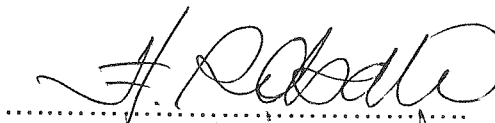
M. VERONICA ARROYO MERIZALDE

Dr. Fabián Corral
Director de Tesis y
Presidente del Tribunal



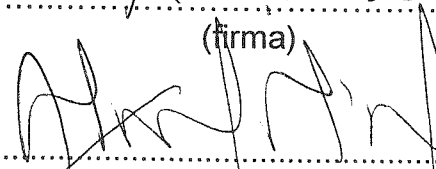
.....
(firma)

Dr. Xavier Robalino
Delegado del Decano



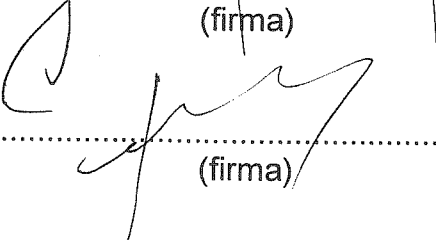
.....
(firma)

Dr. Alvaro Galindo
Lector e Informante del ensayo Jurídico



.....
(firma)

Dr. Fabián Corral
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....
(firma)

Quito, Mayo 9, 2007

© Derechos de autor
María Verónica Arroyo Merizalde
2007

Agradezco al Dr. Fabián Corral, Dr. Ernesto Albán Ricaurte, Dr. Alberto Wray, Dr. Javier Robalino, por su ayuda en el desarrollo de esta Tesina.

RESUMEN

La presente tesina aborda el tema controversial generado por la falta de especificación de lo que se debe entender por Trato Justo y Equitativo según el estándar mínimo previsto por la Costumbre Internacional. La disputa se suscita principalmente en si dicha obligación forma parte del Derecho Internacional o si constituye un estándar independiente contenido en los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones.

Complementariamente se enfocará en las razones que llevan a determinar que el estándar de Trato Justo y Equitativo forma parte del Derecho Internacional y no más allá de éste, desvirtuando en consecuencia la teoría de que dicho principio constituye un estándar independiente de los Tratados Internacionales y que por ende abarca una protección superior a la establecida por el Derecho Internacional.

De esta manera, considerando que los Tratados Bilaterales de Inversión buscan brindar mayores niveles de protección para así propiciar la liberalización de sectores tradicionalmente cerrados a la inversión extranjera, resulta necesario establecer el alcance de las obligaciones previstas en los mismos para que el escenario no sea ambiguo, generando un ambiente seguro tanto para los Estados como para los inversionistas extranjeros.

ABSTRACT

The present thesis relates to a controversial topic generated for the lack of determination of what must be understood for Fair and Equitable Treatment accorded to the minimum standard of Customary International Law. The dispute arises principally from the question if such obligation is within Customary International Law or if it relates to an independent standard that sets apart from the required under International Law.

Complementarily it will be focus on the reasons that explain that Fair and Equitable Treatment standard is within International Law and not beyond it, leaving behind the thesis that stipulates that such principle constitutes a separate and independent concept that sets a highest standard than the one established by International Law.

In this way, considering that Bilateral Investment Treaties try to grant higher levels of protection in order to stimulate the liberation of areas traditionally closed to foreign investment, it is necessary to establish the scope of the obligations set in these treaties and consequently generate a safe environment to States and foreign investors.

Tabla de Contenido

Tabla de Contenido	
INTRODUCCION	1
CAPITULO I: Marco Histórico del Trato Justo y Equitativo	6
CAPÍTULO II: Aproximación al Estándar de Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional	13
1. Trato Justo y Equitativo como parte del Estándar Mínimo requerido por la Costumbre Internacional	13
2. Trato Justo y Equitativo como un Estándar Independiente en los Tratados	25
CAPITULO III: Denegación de Justicia	34
CAPITULO IV: Elementos que Definen el Estándar de Trato Justo y Equitativo según la versión “Free Standing”	50
A. Obligación de vigilancia y Protección	51
B. Buena Fe	60
C. Transparencia	63
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFIA	75
ANEXOS	80
Anexo1: Cuadro Comparativo de la normativa de Trato Justo y Equitativo en el Modelo de TBI de Estados Unidos, Reino Unido, TLCAN, ECT y ALCA	80

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, los Estados han puesto énfasis en promover la inversión de capitales extranjeros, así, a nivel mundial se ha tratado de unificar un marco legal seguro y transparente, capaz de brindar seguridad a dichas inversiones. En este sentido, los Estados han buscado celebrar tratados tendientes a proteger las inversiones de sus nacionales en territorios extranjeros, facilitando así las relaciones entre inversionistas y Estados.

El Derecho Internacional ha sido un poco lento en cuanto a establecer estándares mínimos relacionados a la manera en la cual se debería tratar a la inversión extranjera. A medida en que las relaciones comerciales entre Estados se han incrementado, han aparecido tratados internacionales con el único fin de flexibilizar el régimen de inversiones, pero ante todo, dar seguridad a la inversión extranjera. Así, en la década de los años 60 se empezaron a redactar los Tratados Bilaterales de Inversión que poco a poco han ido consolidando un esquema normativo general en el que es posible identificar la institucionalización de derechos y obligaciones comunes a la mayoría de los Estados involucrados.¹ Adicionalmente, estos instrumentos internacionales constituyen el nuevo marco jurídico internacional de la inversión extranjera e implican

¹ Tomado del prólogo del texto de Tempone Rubén Eduardo, *Protección de Inversiones Extranjeras*, Ed Ciudad Argentina, Buenos Aires 2003, p.56.

una nueva definición de algunos principios y reglas de tratamiento internacional, como los estándares mínimos internacionales.²

En efecto, en las últimas décadas la gran mayoría de los Países con miras a promover sus políticas de desarrollo económico y para atraer capitales extranjeros celebraron acuerdos internacionales en materia de inversiones que de forma amplia fomentan y protegen las inversiones nacionales de uno de los países signatarios en el territorio de otro país signatario.

Los Tratados Bilaterales de Inversión que por lo general tienen cláusulas bastante parecidas entre si, tienen el propósito de crear condiciones favorables a los flujos de capital reconociendo el fomento y protección de las mismas para así promover la iniciativa económica privada. Estos Tratados garantizan principalmente el derecho de propiedad, la libre transferencia de los capitales o utilidades, un trato justo y equitativo y la no discriminación. Así mismo establecen un mecanismo para la solución de las controversias que se susciten entre el Estado y el inversor extranjero.³

Las disposiciones que encierran los Tratados Bilaterales de Inversión, como ya lo mencioné buscan brindar mayores niveles de protección y propiciar la liberalización de sectores tradicionalmente cerrados a la inversión extranjera. El problema surge al momento de interpretar dichas disposiciones, de ahí que, la pregunta es cuán amplias o restrictivas resultan las mismas.

Así por ejemplo, se han suscitado encendidas discusiones sobre el alcance del término inversión, elemento fundamental de los Tratados, pues la definición que los mismos le otorgan destaca una enorme amplitud que prácticamente dificulta establecer el estándar de protección a las mismas.

² Zuleta Jaramillo Eduardo, *Crítica ¿ El regreso a las cañoneras y Calvo?: hacia dónde va el arbitraje entre inversionistas y Estados?*, *Revista Internacional de Arbitraje*, ISSN 1794-4252. Bogotá Enero-Junio 2005, p.158

³ *Ibid*, p. 42

De la misma manera ocurre con el estándar de Trato Justo y Equitativo que prevén los Tratados Bilaterales de Inversión, pues al no estar especificado el estándar mínimo que prevé el Derecho Internacional resulta difícil para los Estados establecer el alcance exacto de las disposiciones contenidas en los Tratados, lo que genera confusión e inseguridad tanto a los Estados como a los inversionistas cuando a proteger las inversiones se refiere.

Es generalmente aceptado que el sentido más amplio de este propósito es proveer un estándar general de protección a las inversiones extranjeras. Casi todos los Tratados Bilaterales de Inversión en el mundo requieren que las inversiones e inversionistas estén protegidos por un Trato Justo y Equitativo a pesar de que no existe un acuerdo general sobre el significado preciso de esta frase. En algunos tratados este principio viene dado de manera introductoria, al principio de las cláusulas generales. Este acercamiento también se encuentra en algunos otros tratados como los de Francia, Bélgica-Luxemburgo y Suecia.⁴

La problemática surge alrededor de dos versiones o teorías del principio de Trato Justo y Equitativo, ambas con diferente alcance. En la primera versión, que se dice ligada al Derecho Internacional Consuetudinario, el alcance del principio está limitado al cumplimiento de las obligaciones de no denegar justicia y de atenderla conforme al principio y garantía del debido proceso, tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas. La segunda versión, llamada “free standing” por no estar referida a ningún otro estándar de conducta, está dirigida a sostener que el estándar de Trato Justo y Equitativo no está ligada al Derecho Internacional y por lo tanto incorporan elementos como la obligación de vigilancia y protección, buena fe y transparencia.

⁴ Rodolf Dolzer y Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Kluwer 1995, Doak Bishop y otros, *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Países Bajos 2005, p 1013.

Es justamente la falta de determinación de la frase Trato Justo y Equitativo, lo que lleva a varias inversionistas extranjeras, quienes aprovechándose de la vaguedad y generalidad de esta garantía, han presentado reclamos internacionales formulando sus alegaciones sobre fundamentos erróneos que sostienen la teoría del “free standing” y en consecuencia que el deber de otorgar un Trato Justo y Equitativo es más amplio que los deberes que exige el Derecho Internacional respecto de sus inversiones.

La presente tesina tiene por objeto demostrar que la obligación de otorgar un Trato Justo y Equitativo está estrechamente ligada al Derecho Internacional y a la vez que dicha obligación no se extiende más allá de la requerida por la Costumbre Internacional. Se demostrará en consecuencia las razones por las cuales tanto la obligación de vigilancia y protección, buena fe y transparencia no se incluyen por ningún motivo dentro del estándar de Trato Justo y Equitativo.

En el primer capítulo se hará una breve reseña histórica del Trato Justo y Equitativo, la razón por la cual la comunidad internacional le ha dado gran importancia a esta obligación y cómo los Tratados Internacionales poco a poco han ido incorporando este deber dentro de sus garantías hacia las inversiones extranjeras.

El segundo capítulo explora la discusión en el Derecho Internacional sobre la aproximación de Trato Justo y Equitativo. Se analizará la principal problemática sobre si las actuaciones de los Estados anfitriones deben ser medidas en cuanto al estándar mínimo requerido por la Costumbre Internacional o a las estipulaciones independientes de los Tratados o teoría del “free standing”.

El capítulo tercero analiza la denegación de justicia y el debido proceso como única garantía del estándar mínimo de Trato Justo y Equitativo. Se enfoca en el análisis de lo que se ha definido como Trato Justo y Equitativo en el contexto internacional y en consecuencia el alcance que debe tener, especificando los problemas que puede traer una mala interpretación de esta garantía.

Finalmente se ha destinado el último capítulo de este estudio a demostrar que la obligación de vigilancia y protección, buena fe y transparencia no constituyen un elemento del estándar mínimo internacional requerido por la Costumbre Internacional. Se hará especial mención a los casos más controvertidos al respecto, los mismos que han ocasionado encendidos debates en relación a la incorporación o no de estas obligaciones dentro del estándar mínimo.

La necesidad imperiosa de proteger a los inversionistas extranjeros ha llevado a la elaboración de múltiples tratados internacionales y sin duda nos encontramos ante la presencia de un nuevo escenario en el que las falencias de este sistema derivan de los vacíos existentes en el Derecho Internacional. Por lo mismo se deben crear formas más detalladas de las obligaciones que se pretenden imponer a los Estados con miras a proteger las inversiones que reciben. De esta manera el escenario dejará de ser ambiguo y vacío, generando un ambiente mucho más seguro que el actual en materia de inversiones.

CAPITULO I

MARCO HISTÓRICO DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO⁵

A pesar de que la manera más usual de inversión extranjera a principios del siglo XIX era indirecta, a través de préstamos entre Gobiernos, la inversión directa moderna empezó a tomar forma a mediados del siglo XIX, estimulada por dos elementos, que aunque son independientes resultan estar interconectadas entre sí, a saber, el rápido incremento de la invención tecnológica y la formación de asociaciones o corporaciones desarrolladoras de capital.⁶

Los grandes proyectos de infraestructura introducidos por compañías extranjeras y estimulados por el gran desarrollo tecnológico tuvieron un gran efecto en los países donde la construcción tomaba lugar, pues con el tiempo se necesitó agilidad y rapidez en las comunicaciones entre países, y así nuevas inversiones empezaron a aparecer. En razón de que los proyectos de infraestructura poco a poco se tornaron vitales para el desarrollo de la población, pues éstos creaban más fuentes de trabajo, los Gobiernos se vieron forzados a intervenir y controlar dichas inversiones. Así los Gobiernos en ocasiones expropiaron las inversiones extranjeras bajo el supuesto de la soberanía de los Estados. En este sentido las cortes nacionales mostraron antipatía contra los

⁵ OCDE, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, *Working Paper on International and Enterprise Affairs*, Septiembre, 2004. Disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf> (20-01-07)

⁶ Por ejemplo las compañías de ferrocarriles y telégrafos localizadas en Europa y Estados Unidos importaron mano de obra de América Latina y otros países para ejecutar los proyectos de construcción. R. Doak Bishop y otros, *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2005, pp 2- 3.

inversionistas extranjeros fallando a favor de los Estados en todos los reclamos presentados en su contra.

Los Gobiernos de las inversionistas por su parte trataban de proteger las inversiones de sus nacionales mediante la fuerza militar o a través de la protección diplomática. La protección diplomática estaba basada en el intercambio de notas entre los Gobiernos en las que evidentemente el Gobierno protector del inversionista expresaba su disconformidad con la expropiación de la inversión de su nacional y la demanda del pago de las respectivas indemnizaciones. Como consecuencia, nació en los países norteamericanos la famosa Doctrina Calvo, mediante la cual los inversionistas extranjeros tenían derecho a un trato no menos diferente que el otorgado a los nacionales del Estado receptor de la inversión. Bajo esta doctrina, se entendía también que los inversionistas extranjeros tenían derecho a acudir a las cortes nacionales de los Estados receptores de inversión, pero renunciaban al derecho de acudir a la protección diplomática. Los países grandes exportadores de capital como Estados Unidos y el Reino Unido rechazaron dicha doctrina, pero los países latinoamericanos la adoptaron como parte del Derecho Internacional.

Los esfuerzos de organizar la protección internacional hacia las inversiones extranjeras y métodos de resolución de disputas empezaron después de la II Guerra Mundial. Así la primera referencia del Trato Justo y Equitativo se remonta al Estatuto de la Habana para la Organización Internacional de Comercio de 1948,⁷ la cual se consideraba un salvavidas contra las acciones estatales que violaran las normas internacionalmente aceptadas. Su artículo 11 (2) contemplaba que a las inversiones extranjeras se les debía asegurar un Trato Justo y Equitativo. Este artículo proveía que la Organización Internacional de Comercio podía:

1. Realizar recomendaciones para promover los acuerdos bilaterales o multinacionales sobre las medidas a tomar...

⁷ 1948 Havana Charter for an International Trade Organization.

2. Asegurar un trato justo y equitativo a las empresas, habilidades, capital, artes y tecnología que un País miembro llevara a otro.

La organización tenía la facultad *inter alia* de promover los acuerdos que facilitarían una distribución equitativa de las habilidades, artes, tecnología, materiales y equipo relacionada con las necesidades de todos los Estados miembros. También, los Estados miembros tenían la obligación de reconocer el derecho de cada Estado de definir los términos de admisibilidad de los inversores extranjeros dentro de su territorio, dar efecto a los términos justos de propiedad de inversión y aplicar cualquier otro razonable requerimiento respecto de las inversiones existentes y futuras.⁸

La Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos de 1948 adoptó el Acuerdo Económico de Bogotá, un acuerdo que cubría, entre otras cosas, la provisión de garantías adecuadas para los inversionistas extranjeros. El artículo 22 de este acuerdo incluía lo siguiente:

“Los capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los Estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado.”⁹

Dentro del ámbito bilateral, los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación desarrollados por Estados Unidos después de la Primera Guerra Mundial, contenían un estándar de referencia al Derecho Internacional en relación a la protección de la

⁸ A pesar de que esta estipulación constituía un valioso precedente, no garantizaba un estándar de trato a los inversionistas, ya que únicamente autorizaba a la Organización Internacional de Comercio a recomendar que este estándar sea incluido en el trato a los inversionistas extranjeros. En razón de varios asuntos sin resolver, la mayoría de Estados miembros desarrollados no ratificaron este Estatuto, lo que llevó al fracaso del mismo.

⁹ De la misma manera que el Estatuto de la Habana, el Acuerdo de Bogotá no entró en vigencia debido a la falta de apoyo.

propiedad de los extranjeros. En el período posterior a la preparación del Estatuto de la Habana, los términos de Trato Justo y Equitativo empezaron a aparecer en varios de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación de Estados Unidos.¹⁰ La razón de la inclusión de este estándar fue la consideración de otorgar seguridad a los inversionistas extranjeros de las acciones de los Estados que violaran las normas internacionalmente aceptadas.

En 1959, el Proyecto de la Convención de Inversiones Extranjeras, en su artículo 1, estipulaba que “cada parte deberá en todo momento asegurar un Trato Justo y Equitativo a la propiedad de los nacionales de otro Estado”. Este esfuerzo llevó a Alemania a proponer a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico¹¹ el perfeccionamiento de una convención para la protección internacional de la propiedad privada.

A partir de la propuesta de Alemania, a principio de los años 60, la OCDE empezó una intensa ronda de discusiones que culminaron en la adopción del Proyecto de la Convención para la protección de la propiedad extranjera: “cada Parte deberá en todo momento asegurar un trato justo y equitativo a la propiedad de los nacionales de otro Estado...”. A pesar que esta Convención nunca se abrió para la firma de los Estados Miembros, representó el punto de vista de los Países miembros de la OCDE

¹⁰ Los tratados suscritos con Irlanda (1950), Grecia (1954), Israel (1954), Francia (1960), Pakistán (1961), Bélgica (1963) y Luxemburgo (1963), preveían la protección expresa que las personas extranjeras, su propiedad, empresas y otros intereses recibirían un “trato equitativo”, mientras que otros tratados como aquellos suscritos con Alemania, Etiopía y los Países Bajos contenían la estipulación “trato justo y equitativo”.

¹¹ La OCDE es una organización internacional intergubernamental que agrupa a los países más ricos e industrializados del mundo (Australia, Austria, Bélgica, Canadá, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Japón, Corea, Luxemburgo, México, Países Bajos, Nueva Zelanda, Normandía, Polonia, Portugal, República Eslovaquia, España, Suecia, Suiza, Turquía, Reino Unido, Estados Unidos) con sede en París, Francia. En la OCDE, los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros. La Organización se creó después de la Segunda Guerra Mundial, con el nombre de Organización para la Cooperación Económica Europea, con el propósito de coordinar el Plan Marshall. En 1961, se convirtió en lo que hoy conocemos como la OCDE, con vocación transatlántica y después mundial.

sobre asuntos de inversión e influenció en el cambio de las políticas de inversión es ese período.

Resulta evidente la incidencia que tuvo el Proyecto de Convención de la OCDE sobre los numerosos y crecientes Tratados Bilaterales de Inversión negociados y desarrollados a finales de los años 60. Uno de los aspectos más importantes al que se hizo referencia fue el relacionado con el Trato Justo y Equitativo. Sin embargo, mientras este estándar aparece en la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión, no siempre es mencionado en tratados suscritos por varias naciones Asiáticas¹². En los últimos años, incluso ciertos países que tradicionalmente favorecieron el control nacional sobre las inversiones extranjeras, han incorporado el estándar de Trato Justo y Equitativo en sus Tratados Bilaterales de Inversión. En este punto, dejó de tener valor la famosa Doctrina Calvo que en el siglo XX era utilizada por América Latina.

Desde los años 70, el Gobierno de los Estados Unidos ha hecho un gran esfuerzo en negociar una serie de Tratados Bilaterales de Inversión con varios Gobiernos. En el curso de este esfuerzo, el Gobierno Americano ha desarrollado un modelo de tratado que con el tiempo ha sido modificado. Como vimos anteriormente, en muchos de los Tratados Bilaterales de Inversión, los Gobiernos ponen énfasis en el compromiso de proveer a los inversionistas extranjeros trato nacional, trato de nación más favorecida, Trato Justo y Equitativo, protección y seguridades plenas y un trato no menos favorable que el otorgado a los propios nacionales. Adicionalmente, los Gobiernos por lo general ponen énfasis en no otorgar un trato arbitrario, irracional o discriminatorio que pudiera menoscabar y restringir la operación y mantenimiento de las inversiones extranjeras. Complementariamente, estos tratados protegen a las inversiones de posibles expropiaciones por parte de los Estados¹³.

¹² Pakistan Arabia Saudita y Singapur. UNCTAD, Tratados Bilaterales de Inversión de los años 90.

¹³ La propiedad de la inversión puede ser expropiada siempre y cuando existan razones de orden público. La expropiación no debe ser discriminatoria y debe existir un debido proceso para que esta opere. Además se deben brindar garantías que aseguren una rápida, adecuada y efectiva compensación. Barry E. Carter y otros, *International Law*, Tour Edition, Aspen Publishers, Estados Unidos, 2003, pp 10.

La República del Ecuador ha ratificado una serie de Tratados Bilaterales de Inversión sobre la base del Modelo de TBI de 1994 de los Estados Unidos de Norteamérica. Así, ha suscrito estos tratados con varios países¹⁴. Estos tratados, sin embargo, no contienen una especificación de lo que se debe entender por Trato Justo y Equitativo. La mayoría de los tratados se refieren al estándar de otorgar a las inversiones un Trato Justo y Equitativo a las inversiones de capital y la obligación de no perjudicar las inversiones a través de medidas arbitrarias o discriminatorias. Finalmente, obligan a las partes a no otorgar un trato menos favorable que el que se conceda a las inversiones de capital de los propios nacionales y sociedades o a las inversiones de capital de nacionales y sociedades de terceros estados. Adicionalmente, contienen reglas sobre expropiación y mecanismos de compensación.

Similares estipulaciones se encuentran en dos tratados multilaterales de gran importancia. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) más conocido como NAFTA por sus siglas en inglés (North America Free Trade Agreement)¹⁵ y el Energy Charter Treaty (ECT)¹⁶.

En este mismo sentido, el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)¹⁷ ha sido negociado entre varias naciones del Hemisferio Oeste como una extensión del TLCAN y así mismo se incluyen estipulaciones bastante parecidas a los tratados antes mencionados. El concepto que se le da al Trato Justo y Equitativo tanto en el modelo de TBI de Estados Unidos y Reino Unido así como en el TLCAN, ECT y ALCA se observan en el Anexo A de esta tesina.

¹⁴ Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Inglaterra y Gran Bretaña, Paraguay, Holanda, Perú, Rumania, Suiza, Suecia, Venezuela y República Dominicana.

¹⁵ El TLCAN es un tratado económico entre Canadá, Estados Unidos y México que establece una zona de libre comercio.

¹⁶ El ECT es un tratado inusual de inversión por que trata específicamente de la industria energética. Más de 30 naciones Europeas han ratificado dicho tratado.

¹⁷ El Área de Libre Comercio de las Américas es el nombre oficial con que se designa la expansión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte a todos los países de Centroamérica, Sudamérica y el Caribe, con excepción de Cuba.

CAPITULO II

APROXIMACIÓN AL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La discusión del Trato Justo y Equitativo principalmente se ha centrado en la problemática de que si las actuaciones de los Estados anfitriones deben ser medidas en cuanto al¹⁸:

1. Estándar mínimo Internacional requerido por la Costumbre Internacional;
2. Estipulaciones independientes del estándar de los tratados.

1. Trato justo y equitativo como parte del Estándar Mínimo requerido por la Costumbre Internacional.

Hasta hace poco, el Derecho Internacional estaba constituido básicamente de las reglas de la Costumbre. Estas reglas generalmente han evolucionado después de un largo proceso histórico que culminó en el reconocimiento por parte de la comunidad

¹⁸ OCDE, "Fair and...", Op. cit 5.

internacional. La preponderancia de las reglas consuetudinarias disminuyó como resultado de un gran número de tratados iniciados a mediados del último siglo. Sin embargo, de acuerdo a recientes opiniones de algunos autores, la Costumbre Internacional todavía desarrolla un importante rol como una fuente dinámica de reglas frescas del Derecho Internacional, pues las actuaciones de la comunidad internacional varían con el tiempo dentro de nuevas áreas no tomadas en cuenta por los Tratados, decisiones judiciales o doctrina de juristas.

Los términos “costumbre” y “uso” a menudo son usados de manera intercambiable. Hablando estrictamente, existe una clara distinción técnica entre las dos. El uso representa un hábito internacional de acción que todavía no ha recibido entera certificación legal. La costumbre empieza donde el uso termina, pues con el tiempo se unifica y se vuelve consistente.¹⁹

Una guía general, ha considerado que para que un uso apunte a una regla de la Costumbre Internacional debe primero satisfacer dos pruebas:²⁰

i) Material

Para que este requisito se cumpla deben necesariamente existir actos recurrentes o repetitivos que puedan dar lugar al nacimiento de una regla de la costumbre. Una Corte Alemana sostuvo en el caso Lübeck c. Mecklenburg que un solo hecho de una Agencia Estatal o autoridad no puede crear ningún derecho de la costumbre a favor de otro Estado que se haya beneficiado por dicho acto; para que una conducta pueda crear una regla de la costumbre, necesita ser regular y repetitiva. Dicha práctica debe ser recurrente y a pesar de que la antigüedad de los actos es importante, existen casos en el que un periodo corto de tiempo puede significar el desarrollo de una regla de la costumbre siempre y cuando en dicho tiempo la práctica del Estado haya sido extensiva y para todos los efectos uniforme.

¹⁹ Barry E, “ Internacional Law”, Op. Cit 13 pp 120-122.

²⁰ Ibid.

ii) Aspectos psicológicos

El cumplimiento de esta prueba, mejor conocida como el *opino juris* resulta muy importante al momento de crearse reglas de la Costumbre Internacional. Algunos juristas han determinado que este requisito no es más que “la mutua convicción de recurrencia... es decir el resultado de una regla obligatoria”. Esta recurrencia del uso o práctica tiende a desarrollar una expectativa destinada a que en situaciones futuras y similares, la misma conducta será utilizada y en consecuencia repetida. Cuando esta expectativa evoluciona en el tiempo en un reconocimiento general por parte de los Estados, se puede decir que la costumbre se ha consumado. Este proceso consiste en la aceptación de una obligación general por parte de los Estados, así, este *opino juris* es una prueba muy importante que, de ser aceptada, se cristaliza inmediatamente en costumbre.

En definitiva, para que la práctica de un Estado se convierta en Costumbre Internacional, se debe demostrar que los Estados siguen a dicha práctica bajo un sentido legal de obligación. Una práctica que generalmente es aceptada por los Estados, pero que los mismos se sienten libres de renunciar no constituye Costumbre Internacional.

Sin duda alguna, la Costumbre es una de las fuentes más importantes del Derecho Internacional, tan importante que es a la que más se acude cuando surgen conflictos internacionales. El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia define la Costumbre Internacional como “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. La Costumbre Internacional es la forma primaria de manifestarse la comunidad, ya que está formada por un conjunto de reglas observadas de hecho. Dichas reglas se revelan por la repetición de ciertos actos, acompañada del sentimiento de obligatoriedad. El objeto de esta fuente es el comportamiento de los Estados y otros sujetos de Derecho Internacional entre sí. La Corte de la Haya ha buscado el consenso general de los Estados y ha aceptado en ciertas circunstancias el valor

normativo de una práctica consolidada en breve tiempo y ha dicho que el Derecho Consuetudinario se puede expresar en convenios multilaterales de carácter general o en conferencias de codificación con una amplia participación.²¹

El Estándar Mínimo Internacional es un principio de la Costumbre Internacional que regula el trato a los extranjeros, proveyendo así una serie de principios que los Estados, independientemente de su derecho doméstico y prácticas, deben respetar. Mientras el principio de trato nacional establece que los extranjeros solo pueden esperar el mismo trato que los Estados dan a sus nacionales, el Estándar Mínimo Internacional indica derechos básicos estipulados por el Derecho Internacional a través del cual el trato a los extranjeros debe ser acorde a lo que establece la Costumbre Internacional. El incumplimiento de este principio acarrea responsabilidad internacional a los Estados anfitriones en razón de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento.

El alcance del principio de Trato Justo y Equitativo está limitado básicamente al cumplimiento de las obligaciones de no denegar justicia y de atenderla conforme a las exigencias del debido proceso

La problemática que ha surgido a nivel internacional, recae en si dicho estándar mínimo está limitado a la interpretación que se daba en el siglo XX en el contexto del caso Neer²² o si a través del tiempo, este estándar ha evolucionado en virtud de la influencia de los múltiples Tratados Bilaterales de Inversión.

²¹ Ibid., p. 87.

²² En 1926, los Estados Unidos, en representación de la familia de Paul Neer quien había sido asesinado en circunstancias oscuras, presentó un reclamo en contra de México. El reclamo sostenía que el Gobierno de México había mostrado falta de diligencia en el proceso penal en contra de los responsables que debían indemnizar a la familia. La comisión estableció que el incumplimiento por parte de las autoridades Mexicanas de aprehender o castigar a los culpables del asesinato del ciudadano americano, en sí, no violaba el estándar mínimo de trato a los extranjeros. La comisión explicó: “ la idoneidad de los actos del gobierno debe ponerse a prueba según los estándares internaciones... para que el trato a un extranjero sea considerado como un delito internacional, debe reflejar una falta de acción gubernamental tan evidente que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería”..

En las notas y comentarios al Artículo I del Borrador de Convención sobre la Protección de la Propiedad Extranjera, el Comité responsable de la elaboración del proyecto indicó que el concepto del Trato Justo y Equitativo deviene del “bien establecido principio general del Derecho Internacional, que establece que un Estado está obligado a respetar y proteger la propiedad de los nacionales de otros estados”. El Comité señaló:

“la frase “trato justo y equitativo”, establecida en los acuerdos bilaterales, indica el estándar fundado por el derecho internacional sobre el debido trato que cada Estado está obligado a proveer a la propiedad de los extranjeros. El estándar requiere que – sujeto a los intereses de seguridad nacional- la protección otorgada bajo la Convención debe ser en general la acordada a los propios nacionales, pero al estar establecida por el Derecho Internacional, el estándar debe ser más exacto cuando las reglas del derecho nacional o las prácticas administrativas caen por debajo de los requerimientos del Derecho Internacional. El estándar requiere, en efecto, conformar un “estándar mínimo” que forma parte del Derecho Internacional Consuetudinario.”²³

El Artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) establece:

Art. 1105. Nivel Mínimo de Trato

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el Derecho Internacional, incluido Trato Justo y Equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas

²³ Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention. OECD, p. 13-15, 1967. OCDE, “ Fair and...”, Op. cit 5.

inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.

3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b).

Cómo se puede observar, este Tratado claramente ajusta el Trato Justo y Equitativo a las normas de Derecho Internacional. En este contexto, varios tribunales arbitrales han emitido diferentes criterios respecto de la frase justo y equitativo dentro de lo que estipula el TLCAN. Con el objeto de aclarar la interpretación del numeral 1 del Artículo 1105 del TLCAN, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, emitió una interpretación vinculante. De acuerdo a esta interpretación:

El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato para los extranjeros conforme al Derecho Internacional Consuetudinario como el que debe otorgarse a las inversiones de inversionistas de una de las partes.

Los conceptos como "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad totales" no exigen de un trato adicional o más allá de lo establecido por el Derecho Internacional consuetudinario como nivel mínimo de trato para un extranjero.

La determinación de que ha habido una violación a alguna disposición del TLCAN o de otro tratado internacional, no constituye por sí misma una violación al artículo 1105(1).

En el caso *ADF Group Inc c. Estados Unidos de América*,²⁴ éste último alegó que el Derecho Internacional Consuetudinario insertado en el numeral 1 del Artículo 1105

²⁴ *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de Norteamérica*, Caso CIADI N° ARB/ (AF)/00/1. Laudo de 9 de Enero de 2003, Párrafo 179, p. 86.

“no está congelado en el tiempo” y que efectivamente el estándar mínimo del trato evoluciona en el tiempo. La interpretación de la Comisión, según los Estados Unidos, se refiere al Derecho Internacional Consuetudinario “en su existencia actual”

La relación existente entre el estándar del Trato justo y equitativo y el estándar mínimo, se identificó claramente cuando el TLCAN entró en vigencia y con la aclaración hecha por Canadá:

“El Artículo 1105 que provee para el trato acorde con el derecho internacional, tiene por objeto asegurar un nivel mínimo para el trato que habrá de dispensarse a las inversiones de inversionistas del TLCAN... este Artículo estipula un nivel mínimo absoluto, basado en principios de larga data del derecho consuetudinario internacional”.²⁵

Canadá estuvo totalmente de acuerdo con Estados Unidos en cuanto a que el estándar mínimo de trato, efectivamente evoluciona en el tiempo y así en relación al caso ADF, Canadá señaló que no había sido intención sostener que el estándar del Trato Justo y Equitativo en el Derecho Internacional consuetudinario está congelado al tiempo de la decisión en el caso Neer en 1926, pero que el ejercicio de relacionar una violación de dicho estándar mínimo todavía es muy difícil.

México, en relación al caso Pope & Talbot²⁶, indicó que el estándar del Trato Justo y Equitativo es relativo al tiempo, pues lo que no se podía considerar como una violación del Derecho Internacional al tiempo del caso Neer, podría fácilmente considerarse en el presente, como una grave ofensa a los principios internacionales actualmente vigentes.

²⁵ SICE - Foreign Trade Information System. Disponible en <http://www.sice.oas.org/> (02-02-07)

²⁶ Pope & Talbot Inc. c. El Gobierno de Canadá, UNCITRAL. (TLCAN).

Andrea Menaker²⁷ sostiene que los Tratados Bilaterales de Inversión negociados hasta ahora por los Estados Unidos han sido aprobados por su Senado sobre la base de la incorporación del trato general al mínimo estándar requerido por la Costumbre Internacional. Así en el modelo de TBI de Estados Unidos de 1994, en el Artículo II (3) (a) se estipulaba lo siguiente:

“Cada Parte deberá en todo momento otorgar a las inversiones un trato justo y equitativo, seguridad y protección plena, y por ningún motivo deberá otorgar un trato menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional”

El nuevo modelo del 2004 del TBI de Estados Unidos va más allá de intentar definir el estándar mínimo de trato. Así establece:

“ Cada parte deberá acordar otorgar un trato de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas...”

Para mejor entendimiento, el párrafo 1 prescribe el estándar mínimo de la costumbre internacional del trato a extranjeros como el estándar mínimo a ser ofrecido a la protección de las inversiones:

“Esta obligación de otorgar “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en los procesos penales, civiles o administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso contenido en los principales sistemas legales del mundo...”

Una cláusula interpretativa adicional contenida en los Tratados de Libre Comercio de los Estados Unidos, contiene la estipulación de que las partes comparten el significado

²⁷ Andrea Menaker, Standards of Treatment: National Treatment, Most Favored Nations Treatment & Minimum Standard of Treatment, *Workshop on Bilateral and Regional Investment Rules and Agreements*, APEC Committee on Trade and Investment Experts Group, p 107. OCDE, “Fair and...”, Op. cit 5

de “derecho internacional consuetudinario” como “la práctica general y consistente de los Estados a cumplir con sus obligaciones legales”... “el estándar del trato mínimo a los extranjeros en la Costumbre Internacional, comprende todos los principios de la costumbre internacional que protegen los derechos económicos y los intereses de los extranjeros”.

El nuevo modelo de acuerdo de Canadá sobre promoción y protección de inversión extranjera, contiene un lenguaje similar que enlaza el Trato Justo y Equitativo al estándar mínimo:

“El estándar mínimo de trato asegura a las inversiones de los inversionistas un trato justo y equitativo y plena protección y seguridad de acuerdo a los principios de la costumbre internacional. El estándar mínimo concede un “piso” que asegura que el trato a una inversión no puede caer bajo el trato considerado como apropiado según los estándares generales aceptados por el derecho internacional consuetudinario”²⁸

La mayoría de los fallos de la jurisprudencia internacional se han pronunciado en este sentido, así por ejemplo, en el caso *American Manufacturing & Trading (AMT) (USA) Inc. c. República de Zaire*²⁹, el Tribunal del CIADI halló una violación de los estándares del Trato Justo y Equitativo, plena protección y seguridad contenidos en el TBI de 1998 entre Estados Unidos y la República de Zaire, como resultado de la pérdida de la inversión de AMT causado por un saqueo general en Zaire. El Tribunal llegó a la conclusión de que Zaire había “manifiestamente incumplido su deber de respetar el estándar mínimo requerido por el derecho internacional”, así estableció:

“Este trato de protección y seguridad a una inversión, recogido en el TBI del cual AMT resulta beneficiario, debe serlo de conformidad con las leyes

²⁸ Para obtener el texto completo del modelo visitar [http://www.dfait-maeci.gc.ca/tma-nac/what_fipa-en.asp\(02-02-07\)](http://www.dfait-maeci.gc.ca/tma-nac/what_fipa-en.asp(02-02-07))

²⁹ *American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) c. República de Zaire. Caso CIADI N° ARB/93/1. Laudo de 21 de febrero de 1997.*

aplicables y no debe ser menor a lo requerido por el derecho internacional. El Tribunal considera que este requerimiento es fundamental para la determinación de la responsabilidad del Estado anfitrión. Se trata pues de una obligación objetiva que no debe ser inferior al estándar mínimo de vigilancia y cuidado requerido por el derecho internacional”³⁰

Algunos Tribunales Internacionales, han considerado que el estándar mínimo de trato a los extranjeros no es aquel estipulado en la legislación nacional del estado receptor de la inversión, sino que éste en todo momento debe estar ajustado al estándar mínimo previsto por el Derecho Internacional. Así el Tribunal en el caso CME (Países Bajos) c. la República Checa³¹ sostuvo lo siguiente:

“El estándar de trato justo y equitativo no debe ser determinado por una autoridad de acuerdo al estándar otorgado a sus propios nacionales. Se debe aplicar el estándar del derecho internacional.”³²

En el caso Mondev c. Estados Unidos³³, el Tribunal interpretó extensivamente el estándar de Trato Justo y Equitativo al referirlo específicamente a la relación existente entre “justo y equitativo” y “estándar mínimo de trato” en la Costumbre Internacional. El Tribunal utilizó como base en su análisis el carácter evolutivo del estándar mínimo:

“no puede haber duda que, al interpretar el artículo 1105 (1), con el propósito de determinar el estándar mínimo de la costumbre internacional en relación al tratamiento a extranjeros como el estándar mínimo de trato a ser otorgado a los inversionistas de otra Parte contratante del TLCAN, el término “derecho internacional consuetudinario” se refiere al derecho internacional

³⁰ Ibid, párrafo 6.06. Traducción propia.

³¹ CME (Países Bajos) c. República Checa Laudo Parcial de 13 de septiembre de 2001. Dictado en Estocolmo bajo las Reglas de Procedimiento UNCITRAL.

³² Ibid, Párrafo 611

³³ Mondev International LTD c. Estados Unidos de Norteamérica. Caso CIADI N° ARB (AF)/99/2. Laudo de 11 de octubre de 2002.

consuetudinario al tiempo en que el TLCAN entró en vigencia. No está limitado al derecho internacional del siglo XIX o incluso a la primera mitad del siglo XX, a pesar de que las decisiones de ese periodo son aún relevantes. Al sostener que el Artículo 1105 (1) se refiere al derecho internacional consuetudinario, las interpretaciones de las Comisiones de Libre Comercio han incorporado el derecho internacional actual cuyo contenido está moldeado por la conclusión de más de 200 Tratados Bilaterales de Inversión y varios tratados de amistad y comercio. Aquellos tratados extensamente prevén un “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” al inversor extranjero y su inversión.”³⁴

De acuerdo con el criterio del mismo Tribunal:

“ El artículo 1105 (1) del TLCAN no concede al Tribunal la discreción de decidir por si mismo, sobre una base subjetiva, lo que es “ justo” o “ equitativo” en las circunstancias de cada caso en particular... el tribunal está obligado a un mínimo estándar establecido por la práctica de los Estados y la jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales. No puede simplemente adoptar su propio estándar de lo que es “justo” y “equitativo” sin hacer referencia a lo establecido por las fuentes del derecho”³⁵

De la misma manera, el Tribunal en el caso ADF Group c. Estados Unidos³⁶ estableció el criterio evolutivo del estándar mínimo de trato a extranjeros. Así el Tribunal expresó su punto de vista:

“lo que el derecho internacional proyecta, no es una foto estática del estándar mínimo de trato a extranjeros al tiempo en el que se dictó el fallo del caso Neer.

³⁴ Ibid, Párrafo 125

³⁵ Ibid, Párrafo 119.

³⁶ ADF Group Inc c. Estados Unidos Caso CIADI No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA).

Ambos, tanto el derecho internacional consuetudinario como el estándar mínimo, están en un constante proceso de desarrollo.”³⁷

Así mismo, tomando como base el caso *Mondev*, este Tribunal estableció:

“Cualquier requerimiento general de otorgar un “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” debe ser disciplinado al estar sometido a la práctica de los Estados y a su jurisprudencia o a otras fuentes de la costumbre o en general al derecho internacional”.³⁸

Queda claro pues, la frase “Trato Justo y Equitativo”, corresponde a un principio del Derecho Internacional consuetudinario, cuyo propósito fundamental es proteger a la inversión extranjera mediante normas esenciales y universales. Tanto en los diferentes tratados internacionales mencionados, así como en las diferentes jurisprudencias estudiadas, se ha incluido el estándar mínimo relacionado a disposiciones de la Costumbre Internacional, criterios que, deben ser tomados en cuenta por los Estados al momento de negociar sus tratados y mucho más al momento de tratar con los inversionistas extranjeros.

Ciertamente que, el “estándar” al que los Tratados Internacionales y la jurisprudencia han hecho tanta referencia, de ninguna manera ha determinado el contenido exacto de las reglas de Trato Justo y Equitativo, requiriendo así de una verificación caso por caso, conforme a las circunstancias particulares de cada situación, aunque aparentemente siempre sobre la base de los principios de razonabilidad y equidad. Desde un punto de vista sustancial, las obligaciones que asumen los Estados configuran estándares más que tipificaciones jurídicas de conducta. Es decir, que su contenido no se encuentra tipificado en su totalidad, sino que se determinará conforme las circunstancias del caso

³⁷ Ibid Párrafo 179.

³⁸ Ibid Párrafo 184.

concreto. Se trata pues, solo de una orientación de conducta esperada, no de una descripción detallada de la conducta requerida³⁹.

Ahora bien, como se señalará más adelante, las características de las normas de tratamiento y protección o el llamado estándar, no siempre resultan idóneas para regular las inversiones extranjeras en todos los sectores de la actividad económica⁴⁰. La vaguedad y generalidad de las normas, y en general de este “estándar” hacen que, en definitiva, la determinación de su contenido quede librado a la decisión del Tribunal llamado a resolver la cuestión, lo que crea una cierta incertidumbre para el actuar del Estado e infinitas posibilidades de demandas por los inversionistas extranjeros, quienes aprovechándose del amplio margen que puede constituir el estándar de Trato Justo y Equitativo en los tratados de protección de inversiones, pretenden convertir dichos tratados en pólizas de seguros que cubran en todo momento e independientemente de las circunstancias, el fracaso de sus inversiones.

2. Trato Justo y Equitativo como un estándar independiente y autónomo de los Tratados.

Existen tratadistas que mantienen el criterio de que el Trato Justo y Equitativo es un estándar independiente, que únicamente se refleja en los diferentes tratados internacionales. Así por ejemplo, Dolzer y Stevens⁴¹ sostienen que el simple hecho de que las partes en los diferentes Tratados Bilaterales de Inversión consideren necesario estipular el estándar del Trato Justo y Equitativo como una obligación expresa en lugar de simplemente hacer referencia al Derecho Internacional y en consecuencia invocar el concepto del estándar mínimo, es probablemente una evidencia de que este estándar es independiente en los Tratados. Además, algunos tratados hacen referencia al Derecho Internacional junto con el Trato Justo y Equitativo, tratando de reafirmar que los

³⁹ Tempone Rubén Eduardo, *Protección de inversiones extranjeras*, Ed Ciudad Argentina, Buenos Aires 2003, p. 56.

⁴⁰ Ibid, p. 70

⁴¹ Rudolf Dolzer y Margrete Stevens, United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, 1903, X, p. 58. OCDE, “Fair and...”, Op. Cit 5.

estándares del Derecho Internacional son complementarios a las normas de los Tratados Bilaterales de Inversión.

Según esta teoría, mejor conocida como “free standing”, por no estar referida a ningún otro estándar de conducta, requeriría del Estado una posición pro activa, acorde con el objeto y fin de los convenios de inversión, concebidos para promoverlas y protegerlas. Según quienes apoyan esta teoría, la cláusula que estipula la obligación de otorgar un Trato Justo y Equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión refleja una protección más allá de la requerida por el Derecho Internacional. Recordemos dicha cláusula:

“Las inversiones, a las que se concederá un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridades plenas, y en ningún caso, se les concederán un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional.”

La base del análisis que sostiene el punto de vista de que el Trato Justo y Equitativo refleja una protección más allá de la exigida por el Derecho Internacional se fundamenta en que entre estos tres estándares –trato justo y equitativo, protección y seguridades plenas y trato menos favorable que el que exige el Derecho Internacional-, el principio de Trato Justo y Equitativo contiene el estándar más alto para los propósitos de dicha cláusula, pues el mismo es un estándar independiente de los otros dos, ya que en la escritura de la cláusula el mismo se mantiene separado del requerimiento de otorgar una protección no menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional. De haberse querido lo contrario, la cláusula especificaría que el Trato Justo y Equitativo exige también un trato no menos favorable que el que exige el Derecho Internacional.

Esta teoría estudia la manera en la cual está escrita la cláusula, pues al parecer, la misma está escrita de tal forma que se encuentra separada de los otros dos principios y en consecuencia debe ser entendida de manera independiente. Además esta teoría le da mucha importancia al orden en el que están establecidos los tres principios, y según quienes sostienen esta teoría el hecho de que el Principio de Trato Justo y Equitativo

esté en primer lugar, significa que el mismo tiene preferencia y por ende va por sobre el nivel de trato exigido por el Derecho Internacional.

En el mismo sentido, de acuerdo a un estudio realizado por el Secretario de UNCTAD⁴², si los Estados e inversionistas consideran que el estándar del Trato Justo y Equitativo es enteramente intercambiable con el estándar mínimo internacional, entonces podrían indicarlo de manera clara en sus instrumentos sobre inversiones, pero muchos de estos instrumentos no hacen una referencia explícita entre ambos estándares. En consecuencia, no se puede argüir el hecho de que varios Estados e inversionistas consideren al Trato Justo y Equitativo como un principio implícito tal como el estándar mínimo.

El mismo estudio, va más allá y establece que “el trato justo y equitativo no es un sinónimo del estándar mínimo internacional. Ambos estándares coinciden significativamente con cuestiones como el trato arbitrario, discriminación e irrazonabilidad, pero la presencia de una norma asegurando Trato Justo y Equitativo en un tratado de inversiones no incorpora automáticamente el estándar mínimo internacional a los inversionistas extranjeros. Cuando el estándar de justo y equitativo es invocado, la problemática fundamental se centra en si las acciones en cuestión son en todas las circunstancias justas y equitativas o injustas e inequitativas”.

Ahora bien, después de haber descrito las principales medidas en las que ha centrado el Derecho Internacional su discusión, es importante señalar que la protección establecida por el llamado estándar mínimo, no se extiende más allá de lo que exige la Costumbre Internacional.

La mayoría de los tratados internacionales, en especial los Tratados Bilaterales de Inversión contienen en general disposiciones que establecen que a las inversiones extranjeras, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el Derecho Internacional. Este deber de otorgar un Trato

⁴² OCDE, “Fair and...”, Op. cit 5.

Justo y Equitativo, como ya lo indiqué no se extiende más allá de lo exigido por la Costumbre Internacional.

Las inversionistas extranjeras, en la mayoría de las demandas presentadas ante los Tribunales Internacionales, formulan sus casos sobre fundamentos erróneos que sostienen que el deber de otorgar un Trato Justo y Equitativo bajo los Tratados Internacionales, es más amplio que los deberes que exige el Derecho Internacional respecto de las inversiones extranjeras. Estos reclamos, sin embargo, contradicen una práctica internacional que aparte de ser contundente, es constante y uniforme. A dicha práctica concurren las naciones con el mayor volumen de inversión extranjera tanto en el continente americano como en el mundo.

En el caso CMS c. Argentina⁴³, el Tribunal del CIADI, al aplicar una disposición del TBI entre Argentina y Estados Unidos, decidió que el deber de otorgar un Trato Justo y Equitativo a la inversión, no es distinto del estándar mínimo reconocido por la Costumbre Internacional. El Tribunal dijo:

“En efecto, el estándar del trato justo y equitativo del Tratado y su vinculación con la necesaria estabilidad y previsibilidad del entorno empresarial, que se fundamenta en compromisos legales y contractuales solemnes, no es diferente del estándar mínimo del derecho internacional y su evolución en el marco del derecho consuetudinario.”⁴⁴

El TBI concluido entre Estados Unidos y Estonia, contiene una formulación idéntica del deber de Trato Justo y Equitativo. En el caso Alex Genin y otros c. Estonia⁴⁵, el Tribunal del CIADI se pronunció sobre la extensión de dicho deber de la siguiente forma:

⁴³ CMS Gas Transmission Company c. República Argentina. Caso CIADI N° ARB/01/8. Laudo de 12 de mayo de 2005.

⁴⁴ Ibid, Párrafo 284.

⁴⁵ Alex Genin et al. c. República de Estonia. Caso CIADI N° ARB/992. Laudo de 25 de junio de 2001.

“El artículo II(3)(a) del TBI requiere a los gobiernos signatarios tratar a las inversiones extranjeras de una manera “ justa y equitativa”. Bajo el derecho internacional, este requerimiento generalmente ha sido entendido como la obligación de “proveer un estándar general destacado en la legislación doméstica” de los Estados. Mientras el contenido exacto de este estándar no es claro, el Tribunal lo entiende como un requerimiento del “estándar mínimo internacional” separado de la legislación doméstica, pero en sí verdaderamente un estándar mínimo. Los actos que violarían este estándar mínimo incluirían actos que muestren negligencia e insuficiencia de acción por debajo de los estándares internacionales.”⁴⁶

Estados Unidos de Norteamérica, uno de los Países que más exportación de capital produce, en sus tratados sobre protección de inversiones ha confirmado la postura de los laudos antes citados, prueba de esto son las reformas introducidas al modelo de TBI del 2004, en el que específicamente se menciona que el deber de Trato Justo y Equitativo no incorpora una exigencia adicional que la establecida por el estándar mínimo internacional, es decir la obligación de no denegar justicia en los procesos penales, civiles o administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso contenido en los principales sistemas legales del mundo.

El mismo lenguaje utilizado en este modelo, fue empleado en el tratado de protección de inversiones entre los Estados Unidos y la República del Uruguay de 25 de octubre de 2004⁴⁷. De igual manera sucedió en los Tratados de Libre Comercio concluidos por los Estados Unidos con Chile⁴⁸ y con los países de América Central más la República

⁴⁶ Ibid Párrafo 376

⁴⁷ Tratado entre la República del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la promoción y protección de inversión extranjera, concluido el 25 de octubre de 2005. Artículo 5(2)

⁴⁸ Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y Estados Unidos de América, concluido el 6 de junio de 2003. Artículo 10.4(2), disponible en <http://www.sice.org/>.

Dominicana⁴⁹. Este alcance también se le dio a los Tratados de Libre Comercio de América del Norte entre Canadá y México⁵⁰ y a los tratados de libre comercio que Estados Unidos ha celebrado con Marruecos⁵¹, Singapur⁵² y Australia⁵³.

Resulta, pues, inapropiado exigir de los Estados una conducta mayor a las exigencias mínimas del Derecho Internacional consuetudinario, cuando la práctica regional y global, sostiene lo contrario. Suponer que las relaciones entre Estados extienden el deber de Trato Justo y Equitativo a un nivel mayor que las normas de la Costumbre Internacional, equivaldría a sostener un criterio expansivo en el que se le otorgaría al inversionista extranjero un trato preferencial, no otorgado a los propios nacionales de cada Estado, cuando el principio general del Trato Justo y Equitativo es justamente equiparar las condiciones tanto de los nacionales como la de los extranjeros. Precisamente por esta razón, es que el común denominador de las disposiciones en los Tratados Bilaterales de Inversión, cuando a protección de las mismas se refiere, contienen la guía de que a los inversionistas extranjeros se les debe tratar de una manera no menos favorable que al inversionista nacional. Al expresar “no menos favorable”, los Estados no han pretendido darle el significado de “más favorable” al trato que deben recibir los inversionistas, y según la Convención de Viena, los Tratados deben ser interpretados de conformidad con el sentido corriente de sus términos⁵⁴. De haber querido los Estados otorgarle a los inversionistas extranjeros un Trato Justo y Equitativo distinto y más amplio que el deber existente bajo las normas de la Costumbre Internacional, lo habrían expresado de manera clara y específica en sus tratados.

⁴⁹ Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, concluido el 5 de agosto de 2004, Artículo 10.5.2. Disponible en Ibid.

⁵⁰ NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 provisions, 31 de julio de 2001, sección B.2, disponible en <http://www.dfait-maecti.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>

⁵¹ United-States-Morocco Free Trade Agreement, concluido el 15 de junio de 2004, Artículo 10.5.2, disponible en <http://www.ustr.gov/indez.html>.

⁵² United States- Singapore Free Trade Agreement, concluido el 6 de mayo de 2003, Artículo 15.5(2), disponible en Ibid.

⁵³ United States-Australia Free Trade Agreement, concluido el 18 de mayo de 2004, Artículo 11.5(2), disponible en Ibid.

⁵⁴ Convención de Viena. Art. 31 (1)

Esta teoría ha sido ampliamente utilizada por la República del Ecuador en las distintas demandas arbitrales que siguen en su contra varias inversionistas extranjeras, pues dichas demandas a parte de pretender indemnizaciones absurdas han sido presentadas sobre prerrogativas totalmente fuera de contexto, dando una interpretación sesgada de lo que establece el Derecho Internacional y sus tratados. Varias de las demandas presentadas por lo general tergiversan los hechos a través de argumentos superficiales y tendenciosos que pretenden imponerle a los Tratados Bilaterales de Inversión un estándar distinto y más exigente que el admitido por el Derecho Internacional consuetudinario bajo la regla del Trato Justo y Equitativo.

Al momento, existe ya un precedente en el que se identifica el principio de Trato Justo y Equitativo constante en el TBI entre Ecuador y Estados Unidos. Se trata pues de la demanda arbitral presentada por la compañía Occidental en virtud de la revocación del acto administrativo por parte del Servicio de Rentas Internas, mediante el cual se había ordenado que se devolviera a la empresa el valor del impuesto al valor agregado⁵⁵. En el laudo, el Tribunal hace referencia a las exigencias mínimas de la Costumbre Internacional. El Tribunal se expresó en el sentido de que el estándar fijado en el Artículo II 3(a) del TBI, puede ser equiparado al Derecho Internacional consuetudinario sin constituir un estándar distinto⁵⁶. La cuestión se plantea expresamente de la siguiente manera:

“El asunto que se presenta es si el estándar de trato justo y equitativo estipulado en el tratado es un estándar más exigente que el prescrito por el derecho internacional consuetudinario”.⁵⁷

Y el tribunal la resuelve así:

⁵⁵ Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador caso LCIA No. UN3467

⁵⁶ El laudo actualmente se encuentra en un proceso de anulación ante los Tribunales Ingleses, pero aún así, uno de los puntos no cuestionados del mismo es su pronunciamiento sobre la extensión del trato justo y equitativo bajo el TBI

⁵⁷ Ibid, Párrafo 189

“El Tribunal es de la opinión de que en el presente caso, el estándar del tratado no es diferente del requerido por el derecho internacional referente a la estabilidad y predecibilidad del marco legal y comercial de la inversión. Sobre este alcance, el estándar del tratado puede ser igualado a aquel que el Derecho Internacional ha evidenciado a través de varios Tribunales. Resulta también evidente que el trato que ha otorgado la demandada a esta inversión cae por debajo de dicho estándar”.

Así, este precedente en la jurisprudencia internacional del cual la República del Ecuador ha sido protagonista, constituye un principio importante de las exigencias mínimas del Derecho Internacional y un criterio que sostiene la posición de que el estándar de Trato Justo y Equitativo no constituye un estándar distinto que el otorgado por la Costumbre Internacional.

Hasta aquí, ha quedado claro que el principio de Trato Justo y Equitativo plantea dificultades de interpretación que se suscitan en algunas interrogantes sobre su exacto alcance y extensión. En este sentido, es entonces el Tribunal ante quien se demanda, el que en definitiva determinará el contenido de las normas de tratamiento. Lo que si debe quedar claro es que el estándar mínimo a respetarse en cuanto a este principio corresponde únicamente a lo exigido por la Costumbre Internacional y no más allá de esta, es decir incluye la obligación de no denegar justicia y de atenderle conforme a las exigencias del debido proceso. Puede suceder sin embargo que dado el carácter genérico de las normas de tratamiento de los tratados de protección de inversiones, la valoración de los hechos y circunstancias en cada caso varíen según la perspectiva de quien juzga, pues la labor de interpretación adquiere una mayor gravitación de la que es habitual en el ámbito del derecho interno. Puede suceder entonces, que los tribunales, aprovechándose de la vaguedad y generalidad de las normas apliquen la teoría del “free standing” y decidan las controversias de manera tan amplia que a la larga este “estándar

mínimo” pierda por completo su sentido de “mínimo” otorgándoles a los inversionistas extranjeros derechos ilimitados sobre la protección a sus inversiones.

En cuanto a la teoría que establece que el estándar mínimo internacional del Trato Justo y Equitativo previsto por la Costumbre Internacional está en un constante procedimiento de evolución, es importante señalar que es si bien puede resultar cierto, no es menos cierto que para que esto suceda debe demostrarse que efectivamente la evolución se ha dado bajo los parámetros de lo que significa costumbre, es decir debe probarse que la práctica a la que se hace referencia cumpla los requisitos de ser regular y repetitiva y que aparte tenga mutua convicción de recurrencia. Hasta la fecha, no existe precedente alguno que establezca otros parámetros diferentes al deber de no denegar justicia de acuerdo con el principio de debido proceso.

CAPITULO III

DENEGACIÓN DE JUSTICIA.

La mayoría de demandas internacionales se presentan sobre alegaciones de denegación de justicia debido a los deficientes procesos en la protección de los derechos de las inversionistas. El principio de denegación de justicia ha sido considerado como parte del Derecho Internacional Consuetudinario y es usado en tres sentidos.⁵⁸ En el más amplio sentido abarca toda la responsabilidad del Estado y ha sido aplicado a todos los tipos de malas conductas dirigidas a las inversiones extranjeras por parte del Estado. Incluye por lo tanto actos u omisiones por parte de las autoridades de cualquiera de los tres poderes del Estado. En el sentido más restrictivo, está limitado a la denegación por parte del Estado a brindar acceso a las cortes o al incumplimiento de las mismas de emitir un pronunciamiento. Por último existe también un sentido intermedio, que está relacionado con la mala administración de justicia civil y criminal, incluyendo la negativa de acceso a las cortes, procedimientos inadecuados y decisiones injustas.

La mayoría de los casos suscitados a nivel internacional se refieren al tercer sentido, es decir, evalúan los hechos dentro del estándar intermedio y muchos otros también

⁵⁸ OCDE, “Fair and...”, Op. Cit 5.

utilizan como base de su análisis el concepto de arbitrariedad.⁵⁹ La mayoría de las decisiones se refieren al caso *Elsi c. Italia* que será, mencionado a continuación.

En el caso *Electrónica Sicula (Elsi) (USA) contra Italia*⁶⁰, la Cámara de la Corte Internacional de Justicia, a pesar de que no interpretó el Trato Justo y Equitativo, realizó una interpretación histórica de ciertas medidas arbitrarias y discriminatorias en el contexto del debido proceso. Rechazó el argumento de que el pronunciamiento de una corte local sobre un acto ilegal necesariamente implica la arbitrariedad del mismo, y así anotó que a pesar de que los pronunciamientos de una corte local sean relevantes, el estándar de arbitrariedad bajo el Derecho Internacional puede ser diferente y describió la arbitrariedad en el Derecho Internacional de la siguiente manera:

“... debe tomarse en cuenta que el hecho de que el acto de una autoridad pública sea considerado ilegal por las cortes nacionales, no necesariamente significa que el acto es ilegal en el derecho internacional... Identificar la arbitrariedad con la mera ilegalidad sería como privarle de su propio sentido. Tampoco significa que el acto sea injustificado o irracional o arbitrario a la luz de lo que establece el estándar del derecho internacional.”

Así, la gran mayoría de la jurisprudencia internacional ha centrado su análisis sobre la base de la arbitrariedad y, en consecuencia, repetidas veces ha hecho mención al caso *Elsi* para analizar los casos en los que los hechos han girado alrededor de una denegación de justicia relacionados con el retraso u obstrucción a la justicia ordinaria, deficiencia en la administración de justicia local o una decisión judicial manifiestamente injusta.

A nivel internacional, existe un caso muy controvertido. Se trata de la demanda arbitral presentada por *The Loewen Group Inc. y Raymond Loewen c. Estados Unidos de*

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ *Electrónica Sicula (Elsi) (USA) contra Italia*. Corte Internacional de Justicia

América⁶¹ que se originó como consecuencia de un litigio ante la Corte de Mississippi por Jeremiah O'Keefe contra The Loewen Group. O'Keefe y Loewen eran rivales en el negocio de casas y seguros funerarios en Mississippi. Sus diferencias surgieron sobre la base de tres contratos celebrados entre ellos. El afro americano Graves, quien fue el juez que resolvió la causa, junto con un jurado de 12 miembros falló en contra de Loewen condenándole a pagar a O'Keefe 500 millones de dólares incluyendo 400 millones por daños punitivos. Loewen intentó apelar el fallo, pero descubrió que la Ley de Mississippi exigía la presentación de una póliza por el 125% del valor del fallo, para que la apelación pudiera suspender los efectos de la sentencia.⁶²

Sin embargo, la misma ley autorizaba al juez a reducir el monto de la póliza o incluso excusar su presentación siempre y cuando existiera una “buena causa”. Pese a todos los intentos de Loewen de demostrar “ la buena causa”, pues resultaba evidente que su situación financiera no le permitía obtener la póliza, el juez y la Corte Suprema de Mississippi se negaron a reducir el valor de la misma. Fue así que exigieron a Loewen el pago de 625 millones de dólares en un plazo de 7 días para que procediera la apelación y suspendiera los efectos de la sentencia. Sin duda el valor de este pago significaba un grave riesgo de que los activos de Loewen fueran embargados.⁶³

Loewen, analizó los recursos que tenía disponible, incluso una petición especial ante la Corte Suprema de Estados Unidos, pero las posibilidades de éxito resultaban remotas. Presionado por el tiempo, Loewen se vio forzado a celebrar una transacción con O'Keefe en la que acordaron el pago de 175 millones de dólares.⁶⁴

De esta manera, Loewen presentó una demanda arbitral bajo el TLCAN, específicamente invocando el artículo 1105 sobre parámetros de tratamiento mínimo, en especial el Trato Justo y Equitativo. El laudo del Tribunal provocó mucho asombro,

⁶¹ Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3. (TLCAN)

⁶² Zuleta Jaramillo Eduardo, “Crítica...” Op. Cit. 2 p. 169-170

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Ibid.

pues encontró que el juez de Mississippi efectivamente había permitido que el jurado fuera influenciado por referencias constantes a favoritismos locales. Así mismo encontró que todo el proceso y las decisiones finales habían sido inapropiados al no cumplir con los parámetros mínimos del Derecho Internacional y de Trato Justo y Equitativo. Sin embargo del aparente análisis y dirección de lo que parecía iba a ser el laudo del Tribunal, el mismo en aras de establecer si había existido una violación de denegación de justicia y por ende de Trato Justo y Equitativo bajo los parámetros del artículo 1105 del TLCAN, tenía que descifrar si Loewen había agotado todas las instancias ante las cortes de Estados Unidos a las que razonablemente podía acudir antes de escoger la vía del Arbitraje y encontró que no lo había hecho:⁶⁵

“Aquí encontramos la dificultad central en el caso Loewen. Loewen no presentó pruebas que demostraran las razones para haber celebrado la transacción con preferencia a adelantar otras opciones, particularmente la opción de la Corte Suprema que consideró y preparó activamente. Es un asunto en el que la carga de la prueba la tenía Loewen. Sin embargo, no es solamente un asunto de carga probatoria. Si, considerando todas las circunstancias, la transacción era el único curso de acción que razonablemente podía esperarse que siguiera Loewen, eso sería suficiente para justificar una inferencia o conclusión de que no tenía un recurso disponible adecuado.”

“Aunque la celebración de la transacción bien pudo haber sido una medida razonable a tomar por Loewen, se nos han dejado a la especulación las razones que llevaron a la decisión de tomar ese curso de acción en lugar de proseguir con otras opciones. No es un caso en el que se pueda decir que era el único camino que razonablemente podía esperarse que tomara esta compañía.”

“ En concordancia con lo anterior, nuestra conclusión es que Loewen falló en adelantar los recursos locales, notablemente la opción de la Corte Suprema, y,

⁶⁵ Ibid, párrafos 215, 216, 217. Traducción Zuleta Jaramillo Eduardo, “Crítica...” Op. Cit. 2, pp 167-168

en consecuencia, no ha demostrado una violación del derecho internacional y una violación del TLCAN por la que sea responsable del demandado”.

Dentro de este contexto, es importante referirse a la definición clásica de denegación de justicia establecida por el Institute de Droit International en su sesión de Lausanne de 1927⁶⁶:

Art 5. “Un estado es responsable por denegación de justicia cuando:

1. Los tribunales necesarios para asegurar la protección de extranjeros, no existen o no funcionan;
2. Los tribunales no son accesibles a los extranjeros;
3. Los tribunales no ofrecen las garantías indispensables para asegurar una buena justicia.

En este sentido, se puede hacer referencia también a lo sostenido por Jan Paulsson:

“El derecho internacional otorga responsabilidad a un Estado por denegación de justicia solo cuando éste demuestra que no existe un mecanismo nacional razonable para corregir la acción que se persigue. En el caso de denegación de justicia, la finalidad es un elemento sustantivo del delito internacional. Los Estados tienen la obligación de proveer un sistema justo y efectivo, más no de comprometerse a que nunca existirá una mala conducta en una instancia judicial”⁶⁷

En este respecto, Paulsson considera que dado que la denegación de justicia implica el incumplimiento del sistema legal nacional del los estándares mínimos, su

⁶⁶ Justitia et Pace Institut de Droit International, Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers, session de Lausanne, 1 de Septiembre de 1927, http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf (26-04-07)

⁶⁷ Paulsson Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2005, p. 130.

incumplimiento no ocurre sino hasta que todos los intentos razonables se hayan utilizado por quien pretende demandar ante un foro distinto. El reclamo simplemente no puede existir hasta que todas las instancias del sistema legal de justicia del Estado receptor de la inversión hayan incumplido la obligación de no denegar justicia al inversionista.⁶⁸

En consecuencia para que exista denegación de justicia, se requiere del agotamiento por parte de quien demanda de todos los medios razonables existentes en el sistema nacional. Este es un requerimiento sustancial, no de procedimiento, pues solo con el agotamiento de estos remedios puede existir un incumplimiento de proveer medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos de un inversionista extranjero. Consecuentemente, solo así podría existir denegación de justicia y por ende una violación al estándar mínimo de Trato Justo y Equitativo.

En cuanto al debido proceso, es evidente que no solo los inversionistas extranjeros tienen derecho al mismo, sino todo ser humano. En el caso *Chattin* decidido por la Comisión México- USA en 1927, el presidente⁶⁹ sostuvo:

“Las irregularidades de los procedimientos de una corte se prueban cuando las mismas hacen referencia a la ausencia de debidas investigaciones, insuficiencia de verificación, incumplimiento del derecho al acusado de saber todos los cargos por los que está siendo procesado, retraso indebido de los procedimientos, hacer de las audiencias públicas una mera formalidad y ausencia de seriedad por parte de la Corte.”

Uno de los comisionados mexicano en el mismo caso sostuvo:

“ Impedir al acusado del derecho a la defensa, ya sea no informándole de los hechos por los que está siendo imputado o por negándole el derecho de ser

⁶⁸ Ibid, p. 100

⁶⁹ Ibid, p. 180

escuchado o del uso de remedios; sentenciarlo sin evidencia alguna o imponerle una pena inadecuada e inusual, tratándolo con absoluta discriminación; son todos actos que en si violan el debido proceso.”⁷⁰

Es indiscutible pues, que es obligación de un Estado proveer un sistema procesal que realice justicia y que haga efectivas las garantías del debido proceso, otorgando principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia.

La presente Tesina no tiene por objeto desconocer los principios básicos de una administración de justicia honesta e imparcial, sin presiones políticas ni de ningún otro orden, y en general aquellos elementos esenciales de los procedimientos judiciales que debe tener una administración de justicia objetiva en todos los sistemas judiciales del Mundo. Por el contrario los respalda y reconoce que dichos principios son de cumplimiento obligatorio para todos los Estados, independientemente de la naturaleza de los reclamos. Lo que sí pretende es dar pautas que ayuden a limitar el estándar que por ser tan amplio induce a pretender que las decisiones judiciales ordinarias que no dan razón a las pretensiones de las demandantes se conviertan en reclamos internacionales, efectuados al amparo de los tratados de protección de inversiones, utilizando a los Tribunales Internacionales como instancias de apelación que puedan revisar las decisiones de otros Tribunales.

En este sentido existen algunos Tratados de Protección de inversiones que contienen cláusulas que reconocen la operación de la “bifurcación del camino” o “fork in the Road”. Este compromiso de los Tratados establece que para acudir al arbitraje la sociedad o el nacional interesado no debe haber sometido la diferencia a los tribunales judiciales o administrativos del Estado anfitrión de la inversión⁷¹. Según estos tratados, al escoger una de las alternativas previstas (vía judicial o vía arbitral), queda definido el foro con independencia de los resultados de la acción.

⁷⁰ Ibid

⁷¹ IBM World Trade Corporation c. Ecuador, CIADI ARB/02/10. Decisión sobre jurisdicción. Párrafo 84.

Sin embargo de lo que expresamente establecen los tratados de protección de inversiones sobre la bifurcación del camino, curiosamente, se han presentado reclamos internacionales a pesar de la decisión de las propias demandantes de someter su reclamo ante las cortes nacionales. En estos casos, el Tribunal que conoce el reclamo tiene que reconocer que en este sentido ha operado la preclusión de la opción arbitral, tomando en cuenta la cláusula de bifurcación del camino existente en los tratados, pues una vez presentado el reclamo para su solución ante los tribunales judiciales nacionales, la parte actora perdió la posibilidad de acudir a un arbitraje internacional, ya que una vez elegida la opción de los tribunales locales esa elección se convierte en definitiva e irrevocable. Este mismo criterio fue recogido por el Tribunal IBM c. Ecuador y del mismo modo ha sido utilizado por las República del Ecuador en las recientes demandas arbitrales presentadas en su contra.

Un inversionista puede presentar el reclamo a arbitraje solo en el caso de que no haya sido previamente sometida la controversia a los tribunales locales del Estado receptor de la inversión. Esta interpretación coincide con el carácter oficial del Departamento de Estados de los Estados Unidos y que consta del documento denominado “The U.S. Department of State’s Official Letter of Submittal” que fue enviado al Senado de Estados Unidos con ocasión del proceso de ratificación de los Tratados Bilaterales de Inversión. En su parte pertinente, este documento establece que el inversionista al elegir una de las opciones establecidas par la solución de controversias, esa elección es exclusiva e irrevocable”.⁷² Queda claro entonces, que si bien es cierto el inversionista goza de total autonomía y voluntad para escoger entre las opciones, una vez que la elección es hecha, opera el principio de bifurcación del camino y en consecuencia se escoge el foro mediante el cual la disputa debe ser resuelta.

Ahora bien, existen a nivel internacional discusiones acerca de los derechos derivados de un contrato y derechos derivados de un tratado. Mantener una distinción entre estas

⁷² U.S. Submittal Letter. Message from the President of the United States. The White House, Letter to The Senate of the United States, 10 de septiembre de 1993.

dos fuentes resulta crucial para un inversor en una controversia al momento de escoger el foro ante el cual se demandará.

Existen cinco criterios que sirven para distinguir una reclamación derivada de un tratado de una reclamación derivada de un contrato. Muy brevemente se analizará el contenido de cada uno de estos criterios⁷³:

a. La fuente del derecho.

Este criterio es el más importante para distinguir una reclamación derivada de un tratado y una reclamación contractual, pues en esta distinción se basa el reclamo. La base de una reclamación derivada de un tratado es un derecho establecido y definido en el mismo tratado que protege la inversión, mientras que la base de una reclamación contractual es un derecho creado y definido por contrato.

b. El contenido del derecho.

Este contenido de los derechos de un tratado y de los derechos de un contrato resulta completamente diferente. Los derechos que por lo general se establecen en un tratado de protección de inversiones son de naturaleza genérica y están definidos por el derecho internacional⁷⁴. Los derechos contractuales son en general específicos para cada inversión y están definidos por la Ley nacional del Estado receptor de la inversión. Podría pasar sin embargo que el derecho tanto del tratado como del contrato sea idéntico, por ejemplo en caso de expropiación, la inversionista puede demandar la violación en base al Tratado y en base al contrato, pues en ambos se prevé a una indemnización en caso de expropiación.

⁷³ Bernardo M. Cremades y David J.A. Cairós, *La Seguridad Jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los tratados*. Real Instituto el Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf> (20-02-07)

⁷⁴ Derecho a Trato Nacional, Trato de Nación más Favorecida, Trato no Discriminatorio, Trato Justo y Equitativo e indemnización en caso de Expropiación.

Existen algunos Tratados Bilaterales de Inversión que prevén las famosas “Cláusulas Paraguas”, mediante la cual cualquier infracción del contrato puede constituir un quebrantamiento del tratado y formar así la base de una reclamación derivada de un tratado. El efecto consiste en reproducir cada obligación contractual entre un inversor y un Estado como una obligación derivada de un tratado y puede pasar entonces que el contenido de los derechos de un tratado establecidos en una cláusula paraguas sea idéntico a los derechos contractuales.

c. Las partes en la reclamación.

Las partes en una reclamación derivada de un tratado son siempre un inversor extranjero y el Estado receptor de dicha inversión. Las partes en una reclamación contractual son las partes del contrato. Sin embargo, en una reclamación derivada de un tratado el Estado es siempre parte, pero en una reclamación derivada de un contrato puede ser una entidad u organismo estatal.

El problema surge cuando la identidad en el sujeto activo (inversionista) cambia en el reclamo, por ejemplo ante las cortes nacionales reclama la sucursal en virtud del supuesto incumplimiento del contrato por parte del Estado, y ante los Tribunales Arbitrales reclama la empresa matriz en virtud del supuesto incumplimiento del tratado.

d. La Ley aplicable.

Este criterio juega un papel muy importante, pues cuando se trata de un tratado, la ley aplicable generalmente incluye las estipulaciones del propio tratado, la ley nacional del Estado receptor y los principios generales del Derecho Internacional. Los contratos suscritos entre inversionista- Estado normalmente están sujetos a la Ley nacional del Estado.

El Derecho Internacional es muy importante en este punto, pues los Tribunales Internacionales a la hora de dirimir una controversia estudian los derechos típicos contenidos en un tratado, los mismos que han sido objeto de una doctrina y jurisprudencia considerables por parte del Derecho Internacional Público. Por otro lado, es probable que una reclamación contractual sea dirimida con arreglo a la Ley del Estado receptor relativa a los contratos administrativos.

e. La responsabilidad del Estado receptor.

Resulta totalmente cierto que el éxito de una reclamación derivada de un tratado implica una responsabilidad del Estado de acuerdo con el Derecho Internacional. El éxito de una reclamación contractual se traduce en responsabilidad del Estado conforme a lo estipulado en su ley Nacional. Sin embargo, podría pasar que la responsabilidad del Estado por incumplimiento de un contrato de acuerdo con la Ley nacional derive en una responsabilidad internacional, por ejemplo en caso de expropiación antes mencionado.

Ahora bien, una vez descritos los criterios que ayudan a distinguir los derechos emanados de un tratado de aquellos emanados de un contrato cabe señalar que, en consecuencia, un TBI y un contrato constituyen dos fuentes independientes de derechos y un inversor sin duda podría utilizar ambas y mencionando nuevamente la bifurcación del camino, resulta prudente para un inversor limitar su acción legal ante un único foro. Un inversor que se enfrenta a dicha elección, por lo general decide iniciar una reclamación derivada del tratado, dejando pasar por alto las reclamaciones contractuales, sin embargo una vez hecha la elección podría el inversor descubrir que sus derechos de acuerdo al tratado y al contrato se entrelazan y en este sentido podría producir confusión, complicando el debate e incluso induciendo al Tribunal a cometer errores, esto crea dos riesgos muy importantes:

1. Duplicación de procedimientos

Este riesgo podría ocasionar que la inversionista demande ante las cortes nacionales por violación a los derechos consagrados en el contrato y a la vez inicie una acción ante los Tribunales Internacionales por incumplimiento del tratado. Esto conlleva a una consecuencia aún más grave, que es el riesgo de una doble indemnización para los inversionistas, pues a pesar de no existir identidad en la fuente del derecho, existiría sin duda identidad en el reclamo. Las inversionistas en este sentido podrían maquillar el reclamo argumentando que son reclamos diferentes, uno sobre la base del incumplimiento del contrato y otro sobre la base del incumplimiento del tratado, pero a la larga el sentido de los reclamos sería exactamente el mismo. Además podrían existir también sentencias y laudos contradictorios, donde el problema devendría en una limitación al momento de exigir el cumplimiento de las decisiones.

2. Confusión entre reclamaciones derivadas de un tratado y de un contrato.

Este riesgo trae consigo un problema al momento de establecer la jurisdicción del foro en el que se pretende demandar. Por ejemplo, podría pasar que el TBI estipule la posibilidad de iniciar el reclamo ante un Tribunal Internacional, mientras que el contrato suscrito entre la entidad del Estado y el inversionista estipule como foro las cortes nacionales como los Tribunales Contencioso- Administrativos. En este sentido, resulta crucial que el inversionista delimite muy cuidadosamente los reclamos a demandar ante el foro que eligiera y de la misma manera, resulta una obligación para el Tribunal que conoce el caso, estar atento a las posibles confusiones que se pueden dar en este contexto.

Al respecto, la República del Ecuador ha sido demandada ante Tribunales Internacionales bajo este criterio. La compañía Occidental Exploration and Production Company⁷⁵ inició dos tipos de acción frente a las decisiones del SRI. Por una parte

⁷⁵ Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador caso LCIA No. UN3467.

demandó las resoluciones ante las Cortes Fiscales del Ecuador aduciendo que las resoluciones que negaban las devoluciones y ordenaban el reembolso de las sumas pagadas eran contrarias a las leyes del País. Por el otro, Oxy presentó una solicitud de arbitraje contra la República del Ecuador bajo las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), por violación del TBI celebrado entre Ecuador y Estados Unidos de América.

El Tribunal al resolver sobre la jurisdicción, analizó, entre otros aspectos, si la disposición del tratado sobre la bifurcación del camino, impedía a Oxy acudir al arbitraje, pues esta compañía ya había demandado ante las cortes nacionales la legalidad de las resoluciones antes mencionadas. La respuesta causó asombro a la República del Ecuador, pues el Tribunal consideró que Oxy sometió a las cortes ecuatorianas una demanda relativa a la interpretación de la ley tributaria del Ecuador, pero no había reclamado derechos bajo el TBI.⁷⁶

El Tribunal Arbitral, utilizando como referencia los casos *Azurix c. Argentina* y *SGS c. Pakistán*, señaló que la sola caracterización por parte de la demandante de que la demanda se refiere a una violación del TBI era suficiente para establece *prima facie* la jurisdicción del Tribunal en una diferencia originada en el tratado.

Sobre este pronunciamiento, es importante determinar que si por tratarse de un asunto referido a la devolución de IVA, el mismo podría ser sometido al mecanismo de solución de conflictos previsto en el TBI. El Tribunal consideró que el contrato celebrado entre Ecuador y Occidental era un acuerdo de inversión, en los términos del Tratado y por ende, tenía jurisdicción para decidir sobre la controversia.⁷⁷

Uno de los argumentos centrales en los que Ecuador fundamentó el recurso de anulación del laudo ante las cortes de Londres fue precisamente la falta de jurisdicción del Tribunal en razón del TBI entre Estados Unidos y Ecuador. De la sola lectura del

⁷⁶ Zuleta “Crítica...”Op. cit. 2, p. 161

⁷⁷ Ibid

texto del artículo X del TBI⁷⁸ se puede claramente evidenciar que las partes en el TBI incluyeron únicamente los aspectos específicos en materia de impuestos que podían ser sometidos al mecanismo de arbitraje. Sin embargo, el Tribunal haciendo caso omiso a lo que las partes pactaron, asumió su jurisdicción, calificando el contrato entre Oxy y Ecuador como un contrato de inversión según el Artículo X del TBI y aduciendo que el reclamo presentado por la demandante estaba basado en el TBI.

El Tribunal en su laudo no arroja total claridad, pues en el mismo surge nuevamente la inquietud de cuándo la controversia es contractual, y por tanto no sometida a arbitraje bajo el TBI y cuándo es una controversia de inversión sujeta a arbitraje bajo el tratado.⁷⁹

Evidentemente, el caso trata de una controversia estrictamente contractual, sin embargo, el Tribunal, consideró:

“ El Tribunal, es de la opinión de que lo que en últimas importa es que cada solución debe responder a las circunstancias específicas de la controversia sometida y a la naturaleza de dicha controversia. En la medida en que la naturaleza de la controversia sometida a arbitraje sea principalmente, aunque no exclusivamente, basada en un tratado, la jurisdicción del Tribunal estará correctamente invocada”⁸⁰

⁷⁸ Artículo X: “Con respecto a sus políticas fiscales, cada parte se esforzará para acordar justicia y equidad en el tratamiento a la inversión de nacionales y compañías de la otra parte.

No obstante, las disposiciones de este tratado, y en particular los artículos VI y VII, se aplicarán a materias de impuestos solamente con respecto de lo siguiente:

- a) Expropiación, de acuerdo con el artículo III;
- b) Transferencias, de acuerdo con el artículo IV; o
- c) La observancia y ejecución de los términos de un acuerdo de inversión o una autorización a los que se refiere el artículo VI (1)(a) o (b), en la medida en que no estén sujetos a las disposiciones sobre resolución de conflictos de una convención para evitar la doble tributación entre las dos partes, o hayan sido invocadas bajo tales disposiciones sobre la resolución de conflictos y no hayan sido resueltas en un período de tiempo razonable”

⁷⁹ Zuleta “Crítica...”Op. cit. 2, p. 170

⁸⁰ Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador caso LCIA No. UN3467, Párrafo 57. Traducción Zuleta “ Crítica...” Op. Cit 2, p. 171.

Como vimos anteriormente, la doctrina ha sostenido que el origen de la controversia es fundamental para determinar si la misma es contractual u originada en la violación del Tratado, pero aparentemente el laudo del Tribunal no hace referencia a dicho precepto. Por el momento, serán las cortes Inglesas las llamadas a despejar las interrogantes que arrojó el laudo en esta controversia.

Ahora bien, es importante señalar que, sin bien es cierto, una vez que la elección del foro queda hecha, automáticamente opera la bifurcación del camino, esto no impide los reclamos por denegación de justicia ante un Tribunal Internacional⁸¹. La explicación es sencilla, para poder demandar denegación de justicia ante un foro distinto, necesariamente el inversionista debe haber escogido la vía nacional y en consecuencia haber agotado todos los medios necesarios existentes, solo así se podría argumentar que ha existido denegación de justicia.

Resultaría absurdo que el Derecho Internacional exigiera el agotamiento de las vías razonables existentes en la legislación nacional, como medio de prueba para sostener que ha habido denegación de justicia, y que al mismo tiempo pretendiera limitar la acción por haber operado la bifurcación del camino.

Sin duda alguna, existen todavía vacíos a la hora de determinar los derechos derivados de un tratado y aquellos derivados de un contrato, por ende es necesario el desarrollo de técnicas que eviten que los inversionistas extranjeros pretendan utilizar simultáneamente tanto a las Cortes Nacionales como a los Tribunales Internacionales como medios para obtener doble indemnización a sus reclamos, por mal utilizar los mecanismos previstos para la solución de controversias otorgados tanto por el Derecho Internacional como por el Derecho Doméstico de los Estados receptores de inversión. Resulta también un desafío fundamental para el Derecho Internacional insistir a los Inversionistas a no pretender utilizar los Tribunales Internacionales como

⁸¹ Paulsson, “Denial of Justice...” Op. Cit 67, p. 130

instancias de apelación, valiéndose de argumentos sin ningún sustento para que los mismos revisen las decisiones de otras cortes.

En conclusión, la denegación de justicia de acuerdo al principio del debido proceso, es el único elemento que forma parte del estándar de Trato Justo y Equitativo y el mismo no se extiende más allá de lo exigido por la Costumbre Internacional. A la vez, es fundamental que se hayan agotado las instancias razonables en la función judicial del país receptor de la inversión, para que pueda sostenerse un reclamo internacional por denegación de justicia. El principio de bifurcación del camino, no limita los reclamos por denegación de justicia ante un foro distinto.

CAPITULO IV

ELEMENTOS QUE DEFINEN EL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO SEGÚN LA VERSIÓN DEL “FREE STANDING”

Como hasta aquí se ha mencionado, una de las obligaciones más importantes a nivel internacional, es la de otorgar un Trato Justo y Equitativo a las inversiones extranjeras de acuerdo a las exigencias del estándar mínimo reconocido por la Costumbre Internacional. La aplicación de este estándar depende fuertemente de las circunstancias individuales de cada caso sin que se haya llegado a ningún consenso sobre el significado de la obligación del Trato Justo y Equitativo⁸².

La doctrina se ha referido en general a dos tipos de estándares. A saber el estándar absoluto y el relativo. Dentro del estándar absoluto encontramos las obligaciones de trato justo y equitativo, protección y seguridades plenas, trato no menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional, trato no arbitrario, no discriminación y el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Tratados de Inversión. Por otro lado, dentro del estándar relativo, encontramos al trato nacional y al trato de nación más favorecida.⁸³

⁸² R. Doak Bishop y otros, *Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2005, p. 1010.

⁸³ *Ibid*, p. 1011.

Sin duda alguna el Trato Justo y Equitativo en un estándar absoluto, pues éste siempre aparece como una obligación exigida por el Derecho Internacional, que necesariamente debe estar incorporado en los Tratados de Protección de Inversiones. A diferencia del estándar absoluto, el estándar relativo prevé la posibilidad de que las partes, por voluntad propia decidan incorporarlo o no en sus Tratados.

La teoría del “free standing” ha establecido ciertos elementos que se encierran dentro del estándar de Trato Justo y Equitativo a saber: a) Obligación de vigilancia y protección; transparencia y c) buena fe. A continuación se analizará cada uno de estos elementos y se demostrará que ninguno de estos forma parte del estándar mínimo de Trato Justo y Equitativo previsto por la Costumbre Internacional.

A. Obligación de vigilancia y protección.

En varias decisiones, los Tribunales han hecho referencia a la obligación de vigilancia y protección poniendo hincapié en la debida diligencia que deben tener los Estados al proteger las inversiones extranjeras. Resulta totalmente cierto que un Estado debe vigilar y proteger las inversiones al amparo de los Tratados Internacionales que suscribe, pero en sí constituyen expectativas básicas totalmente separadas de la obligación de otorgar Trato Justo y Equitativo. Estas expectativas básicas, sin embargo no son pólizas de seguro respecto de negocios fallidos, es decir no van más allá del deber por parte del Estado de brindar un ambiente jurídico y económico estable para la inversión.

En el caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*⁸⁴, uno de los temas más discutidos tenía relación con la garantía de “trato justo y equitativo”

⁸⁴ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka*. Caso CIADI No. ARB/87/3

estipulada en el TBI entre Sri Lanka y el Reino Unido⁸⁵. El árbitro Asante, hizo los siguientes comentarios sobre el significado del Trato Justo y Equitativo::

“El Artículo 2(2) establece el estándar general de protección a las inversiones extranjeras. El requerimiento de trato justo y equitativo, protección y seguridades plenas y trato no discriminatorio, todas construyen la obligación general del estado anfitrión de ejecutar debida diligencia en la protección de la inversión extranjera dentro de sus territorios, obligación que deriva de la costumbre internacional. La naturaleza general del estándar de protección en el Artículo 2(2) se refleja en la ausencia de una situación específica o estándares de compensación específicos. Sin embargo... se distingue de los artículos 4 y 5 que estipulan estándares específicos relacionados con situaciones especiales, como las pérdidas incurridas como consecuencia de disturbios civiles y expropiación respectivamente.”

El Tribunal en el caso *Wena Hotels LTD (UK) c. República Árabe de Egipto*⁸⁶, después de haber analizado los hechos relacionados con la ocupación forzosa de los hoteles administrados por la demandante⁸⁷ y el respectivo TBI entre Egipto y el Reino Unido sostuvo:

La obligación del Estado anfitrión, es una obligación de vigilancia, en el sentido de que el mismo debe tomar todas las medidas necesarias para asegurar protección y seguridades plenas a las inversiones y no se le debe permitir invocar su propia legislación para retractarse de dicha obligación.

⁸⁵ El texto completo es: Art. 2(2) “ Las inversiones, nacionales o compañías de cualquier estado contratante deberán en todo momento recibir un trato justo y equitativo con protección y seguridad plenas, en el territorio de la otra parte contratante”

⁸⁶ *Wena Hotels LTD (UK) c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/98/4. Laudo de 8 de diciembre de 2000.

⁸⁷ La demandante había suscrito un contrato de concesión con la compañía estatal Egipcia de Hoteles para el manejo y mejora de dos hoteles. Después de seguir una disputa respecto del acuerdo de concesión, agentes de la Compañía Estatal Hotelera ocuparon violenta e ilegalmente ambos hoteles.

Después de haberse encontrado suficiente evidencia que Egipto estuvo totalmente al tanto de las intenciones de la Compañía Estatal Hotelera de ocupar los hoteles y por no haber prevenido esta acción para proteger los intereses de Wena, por no haberle devuelto los hoteles y haberse negado a compensar a la inversionista por los perjuicios ocasionados, el Tribunal estableció que Egipto había violado su obligación bajo el TBI de otorgar a la inversión de Wena protección y seguridades plenas.

De igual forma sucedió en el caso *American Manufacturing & Trading (AMT)*⁸⁸, INC c. República de Zaire. El Tribunal utilizó el mismo razonamiento del caso antes citado al encontrar que Zaire había manifiestamente incumplido su deber bajo el Derecho Internacional, al no haber tomado medidas necesarias de vigilancia en la inversión de AMT.

Tanto la jurisprudencia como la poca doctrina que existe al respecto han establecido que es una de las obligaciones internacionales ejercer sobre los individuos que se encuentran bajo la autoridad de otro Estado, una vigilancia emanada del poder que cubre al Estado. El Estado no tiene el deber internacional de prevenir, en absoluto, ciertos hechos, pero está obligado con el fin de prevenirlos a otorgar un cierto nivel de vigilancia. Según la jurisprudencia, la falta de diligencia es un incumplimiento del deber de observar la obligación impuesta al Estado por el Derecho Internacional.

Constituye sin duda una obligación para los estados proporcionar un ambiente jurídico y comercial estable. En este sentido es importante lo sostenido por el Tribunal en el caso *Tecmed*:

“El Tribunal Arbitral considera que 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

⁸⁸ *American Manufacturing & Trading (AMT), INC c. República de Zaire*, caso CIADI N° ARB/93/1. Laudo de 21 de febrero de 1997.

extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente y desprovista de ambigüedades en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentos que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que le son relevante”.⁸⁹

Un criterio muy similar, es el que sostuvo el Tribunal en el caso *Waste Management, Inc c. Estados Unidos Mexicanos*, al interpretar el Artículo 1105 (1) del Tratado TLCAN:

“Al aplicar 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 de forma razonable”

En un reciente caso resuelto por un Tribunal CIADI, *LG&E c. República Argentina*, la demandante sostuvo que Argentina había incumplido las garantías que había ofrecido a los inversionistas extranjeros cuando los indujo a invertir y así atrajo a las Demandantes con las garantías derivadas del trato y el marco legal de privatización, en el que leyes y reglamentos garantizaban el tratamiento que daría Argentina a las inversiones de LG&E. Las demandantes sostuvieron que para tomar la decisión de invertir en Argentina, confiaron en las leyes argentinas que garantizaban protección contra las fluctuaciones cambiarias y la inflación, a la vez que establecían ajustes que garantizaban una utilidad razonable y aseguraban que el Gobierno no congelaría las tarifas, sino que mantendría un sistema tarifario fluido, regulado por un ente experto en la materia. En consecuencia las Demandantes demandaron el incumplimiento por

⁸⁹ Tecmed c. Estados Unidos Mexicanos, *Ibid*, párrafo. 154.

parte de Argentina del deber vigilancia y protección, por haber Argentina fallado en cumplir las expectativas básicas de la inversión.⁹⁰

El Tribunal en su análisis sostuvo:

“ Se puede decir que las justas expectativas del inversionista tienen las siguientes características: están fundamentadas en las condiciones ofrecidas por el Estado receptor para el momento de la inversión; no pueden establecerse unilateralmente por una de las partes; tienen una existencia real, por lo que son exigibles; su incumplimiento por parte del Estado receptor hace nacer en él la obligación de indemnizar los daños causado por tal incumplimiento, salvo aquéllos producidos durante estados de necesidad; ... Así, este Tribunal, habiendo considerando, como antes se afirmó, todas las fuentes del Derecho Internacional, entiende que el estándar consiste en la conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado receptor que conlleva la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad de su sistema jurídico, elemento necesario para cumplir las justas expectativas del inversionista extranjero.”⁹¹

Resulta evidente pues que todo inversor invierte su capital en función de ciertos supuestos fundamentales y normativos que indiscutiblemente constituyen la base de la inversión. Estos supuestos sin duda incluyen por ejemplo el reconocimiento de que el Gobierno receptor de la inversión no modificará las reglas del juego sobre la cuales se basó inicialmente la inversión. De esto se desprende entonces que un Estado incumple su obligación de vigilancia y protección cuando actuando de forma imprevisible altera el marco legal y económico fundamental en función de la cual actuó el inversor, de modo que frustra el fin de la inversión.

⁹⁰ LG&E c. República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/02/1. Laudo de 3 de octubre de 2006.

⁹¹ Ibid, Párrafos 130-131

Hemos visto como la discusión ha girado alrededor de la protección de las expectativas básicas, pero sin duda, no más allá de aquellas, es decir la protección se centra en la razonabilidad de las expectativas de los inversionistas extranjeros al momento de la inversión y de ninguna manera ha pretendido darle un alcance de garantía con respecto a negocios fallidos.

Existen posiciones extremadamente amplias en cuanto al deber de protección de las legítimas expectativas de la inversión, tan amplias que consideran que la protección incluye todos los riesgos relacionados con dicha inversión, como por ejemplo los llamados riesgos comerciales. Al parecer este criterio tiene por objeto que las inversionistas puedan reclamar a los Estados los perjuicios sufridos sobre la base del daño a sus expectativas al momento de invertir, representado por sus proyecciones de negocios o “business plan”.

Esta posición debe rechazarse por los Tribunales Arbitrales y en general por el Derecho Internacional, pues de lo contrario sería como entregar a las inversionistas extranjeras una garantía absoluta de intangibilidad de su inversión, equivalente a una garantía contra riesgos comerciales tales como faltas de pago oportuno o multas por incumplimientos futuros, además quebrantaría el principio del Derecho Internacional bajo el cual no se indemnizan los daños remotos o especulativos.

En este sentido, reiterados Tribunales que han dado aplicación a los tratados sobre protección de inversiones se han pronunciado consistentemente en el sentido de que tales tratados no establecen garantías con respecto a negocios fracasados. Así en el caso *Emilio Agustín Mafezzini c. Reino de España*, el Tribunal sostuvo:

“Al respecto, el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios. Aunque probablemente sea cierto que las políticas y prácticas de SODIGA y sus entidades afiliadas eran deficientes en el período pertinente en España, no puede considerarse que ellas debían atenuar los riesgos comerciales inherentes a

cualquier inversión que asumían los inversores. En ese sentido, ciertamente no se puede responsabilizar a España por las pérdidas que pueda haber sufrido el señor Maffezini como podría haberle ocurrido a cualquier otra entidad privada en circunstancias similares.”

De la misma manera Tribunal en el caso LG&E c. Argentina sostuvo:

“... sin embargo, las justas expectativas del inversionista no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo del negocio y los patrones habituales de la industria”

Por otro lado, en las demandas internacionales en materia de inversiones, se han producido reclamos correspondientes a la demora en el pago de las planillas por servicios, o el pago incompleto de tales planillas como resultado de la aplicación, alegadamente indebida, de multas.⁹²

El Tribunal del CIADI en el caso Waste Management c. México condensó de manera clara la situación de la falta de pago contractual bajo el Derecho Internacional:

“A efecto de lo que aquí nos atañe, basta con decir que aun la falta persistente del pago de deudas por parte de un municipio no puede equipararse a una violación del Artículo 1105, siempre que no se un desconocimiento manifiesto e injustificado de la transacción y siempre que el acreedor tenga alguna vía o recurso para resolver el problema”.⁹³

⁹² Wray Alberto, Los Contenciosos entre Empresas de EEUU y el Estado Ecuatoriano o ciudadanos ecuatorianos. *Relaciones Ecuador-Estados Unidos: Situación Actual*, Planex 2020 Quito 31 de enero de 2006, p. 221.

⁹³ Waste Management, Inc c. Estados Unidos Mexicanos.. Caso CIADI N° ARB (AF)/98/2 (TLCAN). Laudo de 30 de abril de 2004, párrafo 115.

Este criterio sin duda implica que en este caso los Estados no violan el deber de protección y seguridades plenas bajo los Tratados de protección de inversiones por el mero atraso de pago bajo el contrato.

Como se indicó anteriormente, varios inversionistas extranjeros pretenden en sus demandas obtener una garantía absoluta contra riesgos comerciales tal como la aplicación, alegadamente indebida de multas. Sobre este aspecto, existe la posición tendiente a relacionar la aplicación de una multa derivada de un contrato entre los Estados y los inversionistas con el atentado a las legítimas expectativas de la inversión, pues sostienen que dichas multas contienen una interferencia indebida en el desenvolvimiento de la relación contractual, causada por el ejercicio de un acto de autoridad o de cualquier otra manifestación del poder del Estado y que por ende viola el deber de otorgar un Trato Justo y Equitativo.

En relación a este criterio, es importante señalar que el Estado, o cualquiera de sus dependencias, al imponer multas en caso de incumplimiento de ciertas obligaciones por parte de la inversionista, lo hace meramente sobre la base de una prerrogativa contractual y no por una facultad inherente a la condición de ente público. Este tipo de disputa, no es más que contractual, pues podría presentarse en idénticos términos aunque ninguno de los contratantes fuera un ente público. Así lo ha sostenido la República del Ecuador en su defensa ante varias demandas internacionales presentadas en su contra, en la cual ha sostenido que en efecto las multas impuestas a las inversionistas extranjeras emanan de una situación enteramente distinta a aquella en la cual el Estado impone su autoridad, el poder derivado de su soberanía e *imperium*, para interferir en el contrato a fin de someter a la empresa proveedora de los bienes a las determinaciones arbitrarias de su autoridad. Se trata efectivamente, de acontecimientos considerados en el contrato como supuestos cuya producción da derecho a la aplicación de una multa. Producido el hecho, se aplica la multa. No existe pues, arbitrariedad ni abuso alguno en la determinación de un fundamento fáctico.

En este sentido las multas no se tratan de inventos, ni de hechos ficticios destinados a causar daño, tal como sostienen varios inversionistas extranjeros. Si las actuaciones del Estado o sus dependencias tienen como fundamento las disposiciones contractuales y la comprobación de los hechos previstos en ellas, no puede sostenerse que exista interferencia del Estado en cuya virtud queda alterado el marco jurídico y en consecuencia las legítimas expectativas relacionadas con la inversión, causada por el ejercicio de una autoridad o de cualquier otra manifestación del poder del Estado.

Aún cuando las multas fueran ilegales, la mera ilegalidad bajo el Derecho doméstico, no constituye una violación del Derecho Internacional. Es importante mencionar un precedente decisivo en este aspecto. El tribunal del CIADI en el caso ADF c. Estados Unidos⁹⁴, se refirió a la alegación que las autoridades federales y estatales habían actuado *ultra vires* con la pretensión de establecer una negación de Trato Justo y Equitativo. Sobre esto, el Tribunal sostuvo.

“El Tribunal debe enfatizar también que, incluso si las medidas tomadas por Estados Unidos demostraron o admitieron de alguna manera ser *ultra vires* bajo el derecho interno de los Estados Unidos, eso por si mi mismo no necesariamente convierte a las medidas en groseras, injustas o inequitativas bajo el estándar del Derecho Internacional Consuetudinario a la luz del Artículo 1105 (1)... algo tan simple como la ilegalidad o falta de autoridad bajo el derecho doméstico de un Estado no necesariamente convierte un acto en una medida inconsistente con el Derecho Internacional Consuetudinario bajo las reglas del Artículo 1105(1).”⁹⁵

Queda claro pues, que la tesis de que el Estado debe vigilar y proteger las legítimas expectativas no va más allá del *due diligence* que deben tener las inversionistas extranjeras al momento de realizar sus inversiones. El deber de vigilancia y protección

⁹⁴ ADF Group, Inc. c. Estados Unidos de América. Caso CIADI N° ARB(AF)/00/1. Laudo de 1 de enero de 2001.

⁹⁵ Ibid, Párr 190.

no significa que el Estado está obligado a garantizar absolutamente la inversión, como se ha intentado sostener en algunos casos. Esta disposición no constituye una obligación financiera en el sentido de un aval, ni la promesa de asumir tal obligación financiera en relación a los riesgos normales y externos de todo proyecto de inversión. Este estándar de trato consiste en que el Estado se compromete a actuar con la debida diligencia, de conformidad y en la extensión de las facultades propias y ordinarias de un gobierno, en su relación con los inversionistas extranjeros. Es decir entonces, que la obligación de protección a las legítimas expectativas, significa que los Estados en el ejercicio gubernamental ordinario, conforme a derecho, deberán evitar actos que en forma negligente pongan en peligro o impidan la preservación de la capacidad de los proyectos de inversión para su instalación y desarrollo. En resumen, la obligación no implica compromiso alguno de los gobiernos de actuar como fiador o garante financiero último de las inversiones. En otras palabras, si el proyecto fracasa por malos manejos del inversionista, mala estrategia de negocios, por riesgos de inversión y circunstancias económicas o sociales ajenas a cualquier acto gubernamental, el Estado no tendría ninguna responsabilidad u obligación derivada del estándar.⁹⁶

En conclusión, es evidente que la protección de las expectativas básicas es una obligación del Estado receptor de la inversión, pero nada tiene que ver con el estándar mínimo de Trato Justo y Equitativo. Además pese a que la protección de las expectativas básicas constituye una obligación internacional, la misma no va más allá del deber de otorgar un marco jurídico y económico estable, por eso la referencia a “básicas”, evitando a toda costa que esta obligación se convierta en una indemnización de negociaciones fallidas.

b. Buena Fe.

⁹⁶ Cfr, Sergio López-Ayllón, Alejandro Posadas Urtusuástegui, *Revista Jurídica, Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Biblioteca Jurídica, Inversión y Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Reflexión Sobre Algunas Disciplinas Adoptadas por México. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/6/art/art7.htm>

Según Anthony d'Amato, “ el principio de buena fe requiere de las partes, realizar transacciones de manera honesta y justa, presentar la verdad de sus objetivos y motivaciones evitando a toda costa tomar injusta ventaja de lo estipulado en sus acuerdos”⁹⁷

El deber de buena fe es aplicable de la misma manera en los contratos como en los tratados. “El cumplimiento de buena fe de una obligación emergente de un tratado significa desarrollar la sustancia del entendimiento mutuo de forma honesta y leal”⁹⁸. La buena fe también es una de las bases del derecho de los contratos, así la buena fe en las relaciones contractuales implica el cumplimiento de las partes de un cierto estándar de negociaciones justas, sinceridad, honestidad, lealtad; en pocas palabras, de moralidad durante el transcurso de sus negociaciones.⁹⁹

Los Estados violan el principio de buena fe cuando no son coherentes con las expectativas legítimas y razonables. Resulta sensato y comprensible que los inversores esperen que el gobierno adecue su conducta a los estándares aceptados, tales como sus propios tratados, Constitución, leyes, reglamentaciones y el Derecho Internacional Consuetudinario. Resulta una violación que el gobierno desconozca los principios de honestidad y buena fe y que pretenda desconocer las declaraciones e incentivos ofrecidos a efectos de atraer inversión extranjera, que así mismo altere arbitrariamente o por motivos políticos las condiciones contractuales y reglamentarias en función de las cuales el inversor se basó, que ejerza abusivamente sus derechos o facultades discrecionales, y que interfiera en los derechos de propiedad de forma abusiva y arbitraria de modo que frustre el objetivo de la inversión.

El Art 26 de la Convención de Viena establece como el “pacta sunt Servanda” la obligación de que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de

⁹⁷ Anthony d'Amato, Good Faith, *Encyclopedia of Public International Law*, 1984, pp. 107-109. OCDE, “Fair and...”, Op.cit 5.

⁹⁸ Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press 1994, p. 114

⁹⁹ Ibid p. 115

buena fe. La buena fe, a pesar de que es uno de los principios básicos que gobiernan la creación y ejecución de las obligaciones legales y que en consecuencia forma parte del Derecho Internacional, su incumplimiento no necesariamente implica un trato injusto e inequitativo hacia las inversiones extranjeras, pues la misma no forma parte del estándar mínimo consuetudinario previsto para el Trato Justo y Equitativo.

En este sentido, recientes decisiones han establecido que efectivamente un Estado puede ser injusto e inequitativo y no necesariamente actuar de mala fe. Así en el caso *Mondev contra Estados Unidos*¹⁰⁰ el Tribunal expresamente estableció este criterio. Así:

“Desde el punto de vista moderno, lo que es injusto o inequitativo no necesariamente se adecua a actos intolerables o notorios. En particular, un Estado puede tratar a la inversión extranjera de manera injusta e inequitativa sin necesariamente actuar de mala fe”.¹⁰¹

El Tribunal en el caso *Loewen Group Inc y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*¹⁰² sostuvo el mismo criterio:

“Ni la práctica de un Estado, ni las decisiones de Tribunales Internacionales, ni la opinión de los comentaristas, consideran que la mala fe o la intención maliciosa es un elemento esencial del trato injusto e inequitativo o de denegación de justicia.”

Incluso decisiones aún más recientes han compartido este criterio, así en el caso *LG&E c. República Argentina*¹⁰³ el Tribunal sostuvo:

¹⁰⁰ *Mondev International LTD c. Estados Unidos de Norteamérica*. Caso CIADI N° ARB (AF)/99/2. Laudo de 11 de octubre de 2002.

¹⁰¹ *Ibid* Párrafo, 116.

¹⁰² *Loewen Group, Inc y Raymond Loewen c. Estados Unidos de América*. Caso CIADI N1 ARB(AF)/98/3.

¹⁰³ *LG&E c. República de Argentina*. Caso CIADI No. ARB/02/1. Laudo de 3 de octubre de 2006, párrafo 105.

“El Tribunal no está convencido de que la mala fe u otro elemento comparable fuese necesario para valorar una violación del trato justo y equitativo.”

En conclusión, la buena fe gobierna todas las relaciones internacionales, siendo en sí un principio fundamental, pero en definitiva no ligado al estándar de Trato Justo y Equitativo previsto por la Costumbre Internacional, prueba de esto son los pronunciamientos de los distintos Tribunales Internacionales analizados para este efecto y más aún el reciente laudo del caso LG&E, donde el Tribunal ciertamente que encontró un incumplimiento de las normas del Derecho Internacional, pero de ninguna manera un incumplimiento del principio de buena fe¹⁰⁴, lo que demuestra la individualidad de este estándar.

c. Transparencia

Existe también una teoría que no limita el estándar de Trato Justo y Equitativo al estándar mínimo contenido en la Costumbre Internacional, sino que toma en cuenta todas las fuentes del Derecho Internacional, incluyendo los principios generales de los tratados modernos y otras obligaciones convencionales. Este punto de vista, fue

¹⁰⁴ Al respecto cabe mencionar, que a pesar de que el Tribunal en este caso encontró una violación de las normas de Derecho Internacional, eximió de responsabilidad a Argentina por encontrarse esta en una situación de emergencia no tuvo más remedio que tomar aquellas medidas que resultaban necesarias para mantener el orden público y proteger los intereses esenciales de seguridad:

“En el análisis anterior, el Tribunal ha determinado que las condiciones en Argentina desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 26 de abril de 2003 fueron tales, que dicho Estado queda eximido de responsabilidad por las violaciones del Tratado resultantes de las medidas que adoptó. El concepto de eximir a un Estado de responsabilidad por la violación de sus obligaciones internacionales durante el llamado “estado de necesidad” o “estado de emergencia” también existe en el Derecho internacional. Luego, y aunque el Tribunal considera que las protecciones del Artículo XI del Tratado han sido accionadas en este caso y son suficientes para eximir a Argentina de responsabilidad, reconoce que el estado de necesidad, tal y como se define hoy en el Derecho internacional (reflejado en el Artículo 25 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Ilícitos Internacionales, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional) confirma la conclusión del Tribunal. LG&E c. República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/02/1. Laudo de 3 de octubre de 2006, párrafo 245

expresado en el estudio que realizó la OCDE en 1984.¹⁰⁵ Este estudio revisó las experiencias de los Estados miembros de la OCDE con los diferentes tipos de acuerdos intergubernamentales suscritos para la promoción y protección de inversiones extranjeras directas en los Países desarrollados.¹⁰⁶

Sobre este aspecto, los Estados miembros mantenían el criterio de que el Trato Justo y Equitativo introduce un estándar legal que se refiere a los principios del Derecho Internacional, pese a que no es un estándar explícito y que se trata una cláusula general que puede ser usada en todos los aspectos del trato a las inversiones, en ausencia de garantías más específicas.

De acuerdo al estudio realizado, en un considerado número de tratados, el principio de Trato Justo y Equitativo está contenido en cláusulas que específicamente se refieren a las reglas y principios del Derecho Internacional. Algunos ejemplos citados son los tratados suscritos por Francia que prevén un Trato Justo y Equitativo de conformidad con el Derecho Internacional o los principios generales del Derecho Internacional. Otro ejemplo, son los tratados de Estados Unidos que estipulan la base de que el trato, protección y seguridades plenas de una inversión, por ningún motivo debe ser inferior al requerido por el Derecho Internacional. Finalmente, el informe cita el ejemplo de los tratados suscritos por el Reino Unido que prevén la continuidad de la protección a las inversiones por un número estipulado de años después de la terminación del tratado, sin perjuicio de la aplicación de los principios del Derecho Internacional.

Al respecto, existe un caso muy controvertido en la jurisprudencia internacional, se trata del caso *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*¹⁰⁷. *Metalclad* a

¹⁰⁵ Acuerdos Intergubernamentales Relacionados a las Inversiones de los Países Desarrollados. OCDE 1984. "Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries" OCDE 1984

¹⁰⁶ Por ejemplo los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, Acuerdos de Garantía de Inversiones, Tratados de Protección de inversiones, Acuerdos Generales de Cooperación Económica con cláusulas relacionadas a las inversiones. Contribuciones que fueron hechas por los Países Miembros en respuesta a una encuesta que serviría como base para el análisis.

¹⁰⁷ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI N° ARB/AF/97/1. Laudo de 30 de Agosto de 2000.

través de su subsidiaria COTERIN inició un proyecto con el propósito de desarrollar y operar un confinamiento de residuos peligrosos en el valle de la Pradera, en Guadalcázar. Basándose en las afirmaciones que el Gobierno Federal había realizado, Metalclad inició la construcción del confinamiento de manera abierta y continuada y con el conocimiento total de los gobiernos federal, estatal y municipal. Tiempo después, el Municipio de Guadalcázar emitió una “orden de clausura” que se fundamentó en la falta de obtención por parte de Metalclad de un permiso municipal de construcción.

En razón de lo sucedido, Metalclad inició una acción bajo las reglas del TLCAN, reclamando *inter alia*, la falta de transparencia en el ejercicio de la autoridad municipal, alegando así violación del Artículo 1105 de dicho tratado. El tribunal del CIADI, al definir el alcance y naturaleza de las obligaciones de México bajo el Artículo 1105, citó otras disposiciones del TLCAN incluyendo el preámbulo del Capítulo 18 sobre los requerimientos de transparencia. México por su parte, alegó que el análisis del Tribunal en cuanto a las obligaciones de transparencia, constituía un exceso de jurisdicción, pues la transparencia constituye un concepto convencional desarrollado por el Derecho Comercial Internacional (Artículo X del GATT) más no por el Derecho Internacional que regula la protección de las inversiones, del cual emana el estándar mínimo de trato expresado en el Artículo 1105 del TLCAN.

Según el Tribunal, esta obligación de asegurar transparencia es un componente del deber de asegurar que los inversionistas reciban un mínimo estándar de tratamiento tal como lo garantiza el Artículo 1105 del TLCAN. El tribunal concluyó que “México incumplió su obligación de asegurar un marco transparente y predecible a la inversión de Metalclad”¹⁰⁸ y que en consecuencia había violado el Artículo 1105.

México por su parte, buscó revisión judicial del laudo de Metalclad ante la Corte Suprema British Columbia¹⁰⁹, la misma que halló que el Tribunal dentro de este caso,

¹⁰⁸ Ibid, Párrafo 101.

¹⁰⁹ Supreme Court of British Columbia.

se había excedido en el ámbito de su jurisdicción al haber interpretado el Artículo 1105 (1) de manera tan amplia que no solo incluyó la obligación de transparencia contenida en el Capítulo 18 del TLCAN dentro del estándar mínimo, sino que lo hizo sin hacer referencia alguna que demuestre que la transparencia es un principio que se ha convertido parte de la Costumbre Internacional.

A pesar de que algunos Tribunales Arbitrales, recientemente han pretendido incorporar como elemento del estándar mínimo del Trato Justo y Equitativo previsto por la Costumbre Internacional a la transparencia, este principio no forma parte del estándar mínimo, sino simplemente constituye una exigencia prevista por el Derecho Internacional.

Resulta evidente que la transparencia es eminentemente necesaria para el desenvolvimiento de las relaciones comerciales entre Estados. Un informe del Fondo Monetario Internacionales define a la transparencia como “ser abierto al público respecto de la estructura y funciones del Gobierno, políticas y proyecciones fiscales y cuentas públicas.”¹¹⁰

Los Tratados Bilaterales de Inversión, por lo general incluyen cláusulas en las que se garantiza la información con el objeto de mejorar el entendimiento de la política pública, reduciendo así la incertidumbre y fortaleciendo los procesos públicos. Así por ejemplo, el TBI entre Ecuador y Estados Unidos establece:

Art II. 8. “Cada Parte hará público las leyes, los reglamentos, las prácticas y los procedimientos administrativos y los fallos judiciales relativos a las inversiones o que las atañan”

Resulta interesante que este tipo de cláusulas no se incluyen en la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión ratificados por Ecuador. A saber, existen únicamente

¹¹⁰ Alejandro Faya Rodríguez, *Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo. Transparencia*, Tomado de <http://www.comunidadandina.org/> (20-02-07)

en los tratados suscritos con Bolivia, Canadá, Estados Unidos, Francia, Perú, Suecia y República Dominicana. Resulta aún más interesante que a excepción de Canadá y República Dominicana, esta cláusula consta dentro del Artículo correspondiente a la promoción de inversiones, mientras que en los tratados suscritos con Canadá y República Dominicana consta en un capítulo al que específicamente se le da el nombre de transparencia.

Esto nos lleva a pensar, que la obligación de transparencia es un principio independiente en los tratados de protección de inversiones, pues al estar específicamente descrito en los mismos, es prueba suficiente de que son las partes quienes lo pactan en lugar de simplemente hacer referencia al Derecho Internacional.

Por el contrario, hemos visto que la mayoría de los tratados de protección de inversiones hacen referencia a la obligación de otorgar un Trato Justo y Equitativo a las inversiones extranjeras conforme a los principios de Derecho Internacional. Esto nos lleva a pensar que a pesar de que la obligación de transparencia no está estipulada de manera expresa, definitivamente forma parte del Derecho Internacional y en consecuencia se convierte en obligación para los Estados. De esto, fácilmente nace una pregunta que no resulta sencilla: ¿ La transparencia, forma parte del estándar mínimo consuetudinario de Trato Justo y Equitativo?

La respuesta ha provocado encendidos debates a propósito del laudo dictado por el Tribunal en el caso *Metalclad contra Estados Unidos Mexicanos*¹¹¹, en el que como se explicó anteriormente, el Tribunal halló que la ausencia de reglas claras relacionadas con los permisos de construcción requeridos bajo la legislación Mexicana, había violado la obligación de asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de *Metalclad*, circunstancias que en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en relación a la inversionista que había

¹¹¹ *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI N° ARB/AF/97/1. Laudo de 30 de Agosto de 2000.*

actuado con la expectativa de que recibiría un Trato Justo y Equitativo de conformidad con el TLCAN¹¹².

El Tribunal definió el concepto de “transparencia” como:

“la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente las inversiones debe ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas. No debería haber lugar a duda o incertidumbre en tales asuntos y si las autoridades de gobierno consideran que pudiera haber lugar a 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.¹¹³”

Como se mencionó anteriormente, en el proceso de anulación presentado por México ante la Corte Suprema British Columbia, halló que el Tribunal dentro de este caso, no solo se había excedido en el ámbito de su jurisdicción al haber incluido la obligación de transparencia contenida en el Capítulo 18 del TLCAN dentro del estándar mínimo, sino que lo hizo sin hacer referencia alguna que demuestre que la transparencia es un principio que se ha convertido parte de la Costumbre Internacional.

El requisito de transparencia también ha sido analizado por otros casos, así por ejemplo en los casos Maffezini¹¹⁴ y Tecmed¹¹⁵, los Tribunales del CIADI determinaron que la falta de transparencia en las actuaciones del gobierno respecto de las inversiones extranjeras importaría la violación del Trato Justo y Equitativo.

¹¹² Ibid, Párrafo 99

¹¹³ Ibid, Párrafo 76.

¹¹⁴ Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. Caso CIADI N° ARB/97/7. Párrafo 83.

¹¹⁵ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2 p. 154. Laudo de 29 de mayo de 2003.

No cabe duda que la obligación de transparencia es indispensable para todas las relaciones comerciales, pero se trata de una obligación que corresponde estrictamente al Derecho Internacional, más no al estándar mínimo exigido por la Costumbre Internacional. Si la exigencia de transparencia está contenida dentro de los tratados internacionales sobre protección de inversiones, entonces corresponde únicamente a la voluntad de las partes de incluirla en sus tratados y si no lo está corresponde solo a las exigencias del Derecho Internacional, pero de ninguna manera forma parte del estándar mínimo consuetudinario previsto para el Trato Justo y Equitativo.

En conclusión, resulta totalmente cierto que el estándar mínimo no es una foto cristalizada en el tiempo, pues tiende a evolucionar y así podrían poco a poco llegar a formar parte del estándar mínimo otros elementos a parte de la obligación de no denegar justicia bajo el principio del debido proceso, siempre y cuando se trate de una prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho, pero si la exigencia de transparencia deviene únicamente de la obligación estipulada en los tratados internacionales, ya no constituiría un estándar mínimo requerido por la Costumbre Internacional, sino una mera obligación de las partes a la luz de los tratados suscritos.

CONCLUSIONES.

Es indiscutible que el avance de la economía global ha llevado a la liberalización del comercio mundial fomentando así la libertad de comercio, la libertad de inversión y la libertad del establecimiento de empresas en países extranjeros. En este sentido el Derecho Internacional ha pretendido regular dichas relaciones otorgando un cierto nivel de protección a las inversiones que se desarrollan en países extranjeros. De esta manera se han suscrito una red de más de dos mil Tratados Bilaterales de Inversión tendientes a establecer un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión entre las naciones.

Los Tratados Bilaterales de Inversión, tienen por lo general cláusulas bastantes parecidas, pues se han desarrollado sobre la base de los modelos de tratados realizados por los países grandes exportadores de capital. Así las cláusulas contenidas en los mismos buscan brindar mayores niveles de protección y propiciar la liberalización de sectores tradicionalmente cerrados a la inversión extranjera. El problema sin duda surge al momento de interpretar dichas disposiciones, de ahí que la pregunta se encierra en cuan amplias o restrictivas resultan las mismas.

Una de las garantías contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión es el Trato Justo y Equitativo que deben brindar los Estados receptores de inversión a las inversiones extranjeras realizadas dentro de sus territorios. El Trato Justo y Equitativo, pese a que está contenido expresamente en los Tratados, no especifica qué se debe entender por el mismo, ocasionando una tarea difícil en cuanto al establecimiento del alcance exacto de las disposiciones de protección, generando confusión e inseguridad tanto a los Estados como a los inversionistas.

Al respecto se han distinguido dos versiones o teorías del principio de Trato Justo y Equitativo, ambas con diferente alcance. En la primera versión, que se dice ligada al Derecho Internacional Consuetudinario, el alcance del principio está limitado al cumplimiento de las obligaciones de no denegar justicia y de atenderla conforme al principio y garantía del debido proceso, tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas. Por otro lado, la otra versión, llamada “free standing” por no estar referida a ningún otro estándar de conducta, requeriría del Estado una actuación pro activa, acorde con el objeto de los tratados de inversión. Así, dentro de este llamado “free standing”, se incorporan elementos como la obligación de vigilancia y protección, buena fe y transparencia.

La presente tesina ha llegado a la conclusión de que el deber de otorgar un Trato Justo y Equitativo se encuentra estrechamente ligado a los principios del Derecho Internacional, y en si a las exigencias del estándar mínimo previsto por la Costumbre Internacional a saber la obligación de no denegar justicia en los procesos penales, civiles o administrativos de acuerdo con el principio de debido proceso. La exigencia del deber de Trato Justo y Equitativo no va más allá del requerido por el estándar mínimo previsto por el Derecho Internacional Consuetudinario.

Los elementos de obligación de vigilancia y protección, buena fe y transparencia, no forman parte del estándar de Trato Justo y Equitativo, pues si bien los mismos representan una obligación para los Estados, estos no son más que estándares distintos al de otorgar Trato Justo y Equitativo.

Una solución que podría evitar la confusión sobre el alcance del estándar mínimo consuetudinario sobre Trato Justo y Equitativo, es que se exprese claramente en el Tratado. Así por ejemplo el Proyecto de Ley S-4.504/04 que pretende establecer cláusulas mínimas que deben contener los Tratados Bilaterales de Inversión en Argentina, en su artículo 3 establece¹¹⁶:

Artículo 3. Nivel Mínimo de Trato. “Cada Parte Otorgará a los inversionistas y/o sus inversiones cubiertas de trato acorde con el Derecho Internacional Consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

Los conceptos de “trato Justo y Equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquel exigido por ese nivel mínimo de trato de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y no crean derechos sustantivos adicionales.”

Si bien es cierto, la evolución del estándar mínimo es una realidad, pues el mismo no refleja una foto cristalizada en el tiempo, no significa que este deba evolucionar solo a favor de las inversiones, sino también a favor de los Estados, pues pese a que la esencia de los tratados de inversión es exactamente proteger las mismas, no se puede pretender que dicha protección no tenga límites, dejando a los Estados en un limbo en el que no sepan con qué demandas internacionales se les citará en el futuro. Además dicha evolución, debe ser probada a través de la continuidad de los actos y el sentido de obligación sobre los mismos por parte de los Estados.

A la necesidad imperiosa de proteger a las inversionistas, lo cual constituyó el discurso permanente de los países exportadores de capital en las negociaciones con los países

¹¹⁶ Dirección de Información Parlamentaria, Proyectos Parlamentarios H. Cámara de Diputados y H. Senado de la Nación. Disponible en http://www.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Dip_Bases.html#top.

del tercer mundo, se añade ahora la de minimizar los riesgos cuando la demanda se dirige contra el país exportador de capital. Prueba de esto son las modificaciones que se introdujeron al modelo TBI de Estados Unidos, donde no únicamente se limitó el estándar de Trato Justo y Equitativo a lo exigido por la Costumbre Internacional, sino que expresamente se señaló a la denegación de justicia y debido proceso como únicos elementos de este estándar.

La misma consideración le ha dado Argentina en el Proyecto de Ley de las cláusulas básicas que deben contener los Tratados Bilaterales de Inversión.

El Ecuador sin duda, debería seguir el ejemplo de Argentina, y mi propuesta, tendiente a esclarecer las cláusulas contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión, consiste en un proyecto de Ley que contemple las estipulaciones básicas que deben contener los Tratados de Promoción de Inversiones que suscriba en el futuro, para de esta manera delimitar el significado y alcance de los términos pactados. Los Tratados Bilaterales de Inversión contienen una cláusula que permiten a cualquiera de las Partes prescribir trámites especiales con respecto al establecimiento de inversiones, siempre y cuando estos trámites no menoscaben la esencia de cualquiera de los derechos que se enuncian en el Tratado. En consecuencia podría el Ecuador tener una Ley que prescriba los elementos básicos que deben contener los Tratados de Inversión que suscriba y en este sentido, en el capítulo de definiciones establecer que el Trato Justo y Equitativo no va más allá de los que exige el estándar mínimo de la Costumbre Internacional, especificando los elementos que encierra este estándar y dándole el alcance propuesto en esta Tesina.

A su vez, deberían existir reglas especiales para la Cancillería del Ecuador tendientes a especificar los elementos que necesariamente deberán ser tomados en cuenta por los funcionarios Ecuatorianos al momento de negociar los Tratados en cuanto al Trato Justo y Equitativo, estando éstos al tanto del alcance de cada uno de sus elementos.

Como vemos, si la evolución del estándar mínimo sobre Trato Justo y Equitativo refleja una realidad, la misma debe darse en iguales condiciones para los Estados y las inversionistas, así poco a poco debe delimitarse el alcance de protección que deben recibir las inversiones extranjeras, pero también delimitar la responsabilidad de los Estados, así, algún día, ojala no muy lejano, los Tratados Bilaterales de Inversión dejen de sufrir ambigüedades y vacíos, lo cual sin duda generaría un ambiente mucho más seguro que el actual, en materia de inversiones.

BIBLIOGRAFIA

BARRY E. CARTER Y OTROS, *International Law*, Tour Edition, Aspen Publishers, Estados Unidos, 2003.

BISHOP DOAK y OTROS, *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2005.

CHENG BING, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1994.

CRAWFORD JAMES, *Local Remedies in International Law*, Second Edition, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, 2004

DIEZ DE VELASCO MANUEL, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Decimotercera Edición, Tecnos, Madrid, 2001.

LÓPEZ- BASSOLS HERMILIO, *Derecho Internacional Público Contemporáneo*, Ed. Porrúa, México D.F, 2001.

MONROY CABRA MARCO, *Derecho Internacional Público*, Quinta Edición, Ed. Temis, Bogotá, 2002.

MALANCZUK PETER, *Modern Introduction to International Law*, Seventh Revised Edition, Routledge, Londres 1997

PAULSSON JAN, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge University Press, Reino Unido, 2005.

REISMAN MICHAEL Y OTROS, *International Commercial Arbitration*, The Foundation Press Inc, New York, 1997.

TEMPONE RUBEN EDUARDO, *Protección de Inversiones Extranjeras*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.

WEILER TODD, *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from The ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May, Great Britain, 2005.

WRAY ALBERTO, “Los Contenciosos entre Empresas de EEUU y el Estado Ecuatoriano o ciudadanos ecuatorianos”, en *Relaciones Ecuador-Estados Unidos: Situación Actual*, Planex 2020, Quito, 2006.

ZULETA JARAMILLO EDUARDO, “Crítica ¿El regreso a las cañoneras y Calvo?: hacia dónde va el arbitraje entre inversionistas y Estados?”, en *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, Enero-Junio, 2005.

ARTICULOS DE INTERNET

CREMADES, BERNARDO M y DAVID CAIRINS, “La seguridad de las inversiones extranjeras: La protección contractual y de los tratados”, Real Instituto Elcano. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf> (04-03-07)

Dirección de Información Parlamentaria, Proyectos Parlamentarios H. Cámara de Diputados y H. Senado de la Nación. Disponible en : http://www.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Dip_Bases.html#top. (12-04-07)

FAYA RODRÍGUEZ, ALEJANDO, *Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo*, Transparencia, disponible en: <http://www.comunidadandina.org/> (03-04-07)

Justitia et Pace Institut de Droit International, *Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, session de Lausanne, 1 de Septiembre de 1927. Disponible en: http://www.idiil.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf (26-04-07)

LÓPEZ-AYLLÓN, SERGIO y ALEJANDO POSADAS URTUSUÁSTEGUI, “Inversión y Derecho Internacional de la Inversión Extranjera. Reflexión Sobre Algunas Disciplinas

Adoptadas por México”, en *Revista Jurídica, Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Biblioteca Jurídica, disponible en:
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/derint/cont/6/art/art7.htm> (10-03-07)

NAFTA FREE TRADE COMMISSION, “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 provisions”, 31 de julio de 2001, sección B.2. Disponible en: <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp> (04-01-07)

OCDE, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, en *Working Paper on International and Enterprise Affairs*, Septiembre, 2004. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf> (03-01-07)

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Acuerdo de Libre Comercio de las Américas.

Convención de Viena de los Tratados

Energy Charter Treaty.

Modelo Tratado Bilateral de Inversiones Estados Unidos 1994

Modelo Tratado Bilateral de Inversiones Estados Unidos 2004

Modelo Tratado Bilateral de Inversiones Reino Unido

Tratado entre la República del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la promoción y protección de inversión extranjera, concluido el 25 de octubre de 2005.

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y Estados Unidos de América, concluido el 6 de junio de 2003.

Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América, concluido el 5 de agosto de 2004.

Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Marruecos, concluido el 15 de junio de 2004.

Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Singapur, concluido el 6 de mayo de 2003.

Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Australia, concluido el 18 de mayo de 2004.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte

U.S. Submittal Letter. Message from the President of the United States. The White House,. Letter to The Senate of the United States, 10 de septiembre de 1993

JURISPRUDENCIA

ADF Group Inc. c. Estados Unidos de Norteamérica, Caso CIADI N° ARB/(AF)/00/1. Laudo de 9 de Enero de 2003.

Alex Genin et al. c. República de Estonia. Caso CIADI N° ARB/992. Laudo de 25 de junio de 2001.

American Manufacturing & Trading, Inc. (AMT) (US) c. República de Zaire. Caso CIADI N° ARB/93/1. Laudo de 21 de febrero de 1997.

Asian Agricultural Pruducts Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka. Caso Ciadi No. ARB/87/3

CME (Países Bajos) c. República Checa Laudo Parcial de 13 de septiembre de 2001. Dictado en Estocolmo bajo las Reglas de Procedimiento UNCITRAL.
CMS Gas Transmission Company c. República Argentina. Caso CIADI N° ARB/01/8. Laudo de 12 de mayo de 2005.

Electrónica Sicala (Elsi) (USA) contra Italia. Corte Internacional de Justicia

Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España. Caso CIADI N° ARB/97/7.

IBM World Trade Corporation c. Ecuador, CIADI ARB/02/10. Decisión sobre jurisdicción.

LG&E c. República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/02/1. Laudo de 3 de octubre de 2006.

Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3. (TLCAN)

Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI N° ARB/AF/97/1. Laudo de 30 de Agosto de 2000

Mondev International LTD c. Estados Unidos de Norteamérica. Caso CIADI N° ARB (AF)/99/2. Laudo de 11 de octubre de 2002.

MTD Equid Sdn. Bhd y MTD Chile S.A c. República de Chile, caso CIADI N° ARB/01/7 Laudo de 25 de mayo de 2004.

Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador caso LCIA No. UN3467

Pope & Talbot Inc. c. El Gobierno de Canadá, UNCITRAL. (TLCAN).

Técnicas Medioambientales Tecmed S.A c. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2.

Waste Management, Inc c. Estados Unidos Mexicanos.. Caso CIADI N° ARB (AF)/98/2 (TLCAN). Laudo de 30 de abril de 2004.

ANEXO 1. Cuadro comparativo de la normativa de Trato Justo y Equitativo en el modelo de TBI de Estados Unidos, Reino Unido, TLCAN, ECT y ALCA.

Modelo TBI USA	Modelo TBI Reino Unido	TLCAN	ECT	ALCA
<p>Art. 5. Estándar Mínimo de Trato.</p> <p>1. Cada parte deberá acordar otorgar un trato de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas</p> <p>2. Para mejor entendimiento, el párrafo 1 prescribe el estándar mínimo de la costumbre internacional del trato a extranjeros como el estándar mínimo a ser ofrecido a la protección de las inversiones. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridades plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derecho subjetivos adicionales.</p>	<p>Art 2. Promoción y Protección de inversiones</p> <p>2. Las inversiones de nacionales o compañías de cada parte contratante deberán en todo momento otorgar in trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas. Ninguna de las partes contratantes deberá imponer medidas irrazonables o discriminatorias que puedan afectar el mantenimiento, disfrute o disposición de las inversiones de los nacionales de otro estado contratante.</p>	<p>Art. 1105. Estándar mínimo de trato.</p> <p>1. Cada parte deberá otorgar a las inversiones de inversionistas de la otra parte un trato de acuerdo con el Derecho Internacional, incluyendo trato justo y equitativo y protección y seguridades plenas.</p>	<p>Art. 10. Promoción y Protección de las inversiones.</p> <p>1. Cada parte contratante deberá, según las estipulaciones de este tratado, impulsar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes a los inversionistas de la otra parte contratante. Dichas condiciones deberán incluir el compromiso de otorgar, en todo momento a las inversiones de la otra parte contratante trato justo y equitativo.</p>	<p>Art. 9. Trato Justo y Equitativo. Estándar Mínimo de Trato.</p> <p>Cada parte deberá acordar y asegurar en todo momento a los inversionistas de la otra parte contratante un trato acorde al Derecho Internacional, incluyendo trato justo y equitativo así como protección y seguridades plenas de acuerdo a las normas y principios del Derecho Internacional, y no podrá a través de medidas injustificadas y discriminatorias afectar la administración, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las inversiones de los nacionales de la otra parte contratante.</p>

<p>La obligación del párrafo 1 establece:</p> <p>a)“ trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en los procesos penales, civiles o administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso contenido en los principales sistemas legales del mundo...”</p>				
---	--	--	--	--

Fuente:

BISHOP DOAK y OTROS, *Foreign Investment Disputes, Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Países Bajos, 2005, pp. 138-158.

