

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**EL ALCANCE DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA INTERFERENCIA
GUBERNAMENTAL EN EL TRATO DE LA INVERSIÓN
EXTRANJERA COMO UN CRITERIO PARA DETERMINAR UN
QUEBRANTAMIENTO DEL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y
EQUITATIVO.**

JUAN PABLO BORJA DURINI

Tesina presentada como requisito para la obtención del Título de Abogado

Quito

Mayo de 2009

© Derechos de Autor
Juan Pablo Borja Durini
2009

A mis padres y mis hermanos, por todo su amor, apoyo y paciencia en la vida.

RESUMEN

El presente trabajo evoluciona dentro del Derecho Internacional de Inversiones, refiriéndose al alcance de los principios de no interferencia y no discriminación gubernamental en el trato de la inversión extranjera. El análisis inicia con una breve referencia a la historia de los inversionistas extranjeros, donde luego el derecho internacional encuentra una medida real de protección en lo que ahora son los tratados bilaterales de inversión. Más adelante se hace un enfoque al estándar de trato justo y equitativo, ubicando el significado y propósito del mismo, ultimando que el mismo no podrá ser asimilado con el estándar de trato mínimo internacional. Posteriormente se observa la interacción de los dos principios con el estándar de trato justo y equitativo, concluyendo que la presencia de estos quebranta la obligación estatal de proporcionar al inversionista extranjero con un trato justo y equitativo. Se hará un análisis de los casos más representativos dentro de esta rama del derecho en cuanto al tema que estamos tratando, los mismos que sostienen el argumento principal de esta tesina. En las partes finales encontraremos la similitud que existe entre este análisis y la situación actual que vive el Ecuador haciendo una breve relación entre ellos.

ABSTRACT

The present investigation develops itself inside International Investment Law, referring itself to the principles of governmental interference and discrimination in the treatment of foreign investment. The analysis begins with a brief reference to the beginnings of foreign investors, where after, international law finds a real measure of protection which has evolved into bilateral investment treaties nowadays. Further on, the standard of fair and equitable treatment is analyzed, finding its meaning and purpose, concluding that it cannot be equated with the international minimum standard. Later on, the interaction of both principles with the fair and equitable treatment standard is observed, arguing that the presence of governmental interference and discrimination breaches the obligation of states to provide foreign investors with a fair and equitable treatment towards its investment. In the last chapter an analysis of the most representative cases inside this branch of international law which sustain the principal argument of this thesis is taken care of, and, in the final parts we will find the likeness that exists between this analysis and the actual situation which Ecuador is going through, by making a concise relation between both.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO I Los tratados bilaterales de inversión y el estándar de trato justo y equitativo en el Derecho Internacional de Inversiones	
1.1 Breve Historia de la inversión extranjera	14
1.2 Concepto de Inversión	15
1.2.1 Localidad de la inversión extranjera	16
1.3 Los Tratados Bilaterales de Inversión(TBI)	17
1.3.1 Objeto y Cobertura de los TBI	18
1.4 El Estándar de Trato Justo y Equitativo	21
1.4.1 El sentido literal o plain meaning approach	21
1.4.2 Equiparar el trato justo y equitativo con el estándar mínimo internacional	22
1.5 El estándar de trato justo y equitativo va más allá del estándar mínimo internacional	25
1.6 El caso de Occidental en el Ecuador	26
1.7 El trato justo y equitativo llena las brechas dejadas por los estándares más específicos	27
1.8 El trato justo y equitativo debe ser aplicado tal como su nombre lo dice y encontrarse desligado de la ley nacional	28
1.9 El estándar de trato justo y equitativo y el derecho internacional consuetudinario	30
1.10 El estándar de trato justo y equitativo y el principio de buena fe	31
1.11 Conclusión	33
CAPÍTULO II La Interferencia y la Discriminación Gubernamental en el Derecho Internacional de Inversiones	

2.1 Definición y Evolución	35
2.2. La discriminación dentro del NAFTA	36
2.3 Uso de un análisis comparativo para determinar la existencia de una medida discriminatoria y el enfoque de la OMC en el tema	36
2.4 La apreciación negativa, no-discriminación	37
2.5 Que constituye el tratamiento discriminatorio	38
2.6 Forma de las medidas discriminatorias	39
2.7 La discriminación fuera del contexto del derecho internacional consuetudinario	41
2.8 El punto de vista del profesor A.F.M. Maniruzzaman	42
2.9 Propósito, importancia y necesidad de los principios de no interferencia y no discriminación en el Derecho Internacional de Inversiones	43
2.9.1 Casos representativos relacionados con interferencia y discriminación gubernamental	44
2.9.1.1 Elettronica Sicula, SA (caso ELSI) Estados Unidos v. Italia, Corte Internacional de Justicia, Julio 20 de 1989.	44
2.9.1.2 Eastman Kodak Co. v. Irán, Laudo No. 329-227-3 del 11 de noviembre de 1987, Irán-U.S. Claims Tribunal.	47
2.10 Relación de los actos arbitrarios con la interferencia y discriminación gubernamental	50
2.10.1 Conducta arbitraria que deriva en discriminación	51
2.11 Conclusión	53

CAPÍTULO III

El alcance de la interferencia y la discriminación gubernamental como un criterio para determinar un quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo en el Derecho Internacional de Inversión, en relación con la situación actual del Ecuador

3.1 No compatibilidad de la interferencia y la discriminación gubernamental con el trato justo y equitativo	54
---	----

3.2 Relación con la situación actual del Ecuador	57
3.2.1 Las constituciones de 1998 y la actual en cuanto al trato de la inversión extranjera	58
3.3 Que ha dicho la jurisprudencia en relación al quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo	60
3.3.1 Siemens A.G. v. Argentina	60
3.3.2 Saluka Investments v. República Checa	62
3.3.3 S.D. Myers v. Canadá	63
3.3.4 CMS v. Argentina	64
3.3.5 Sempra Energy International v. Argentina	66
3.3.6 Azurix v. Argentina	69
3.3.7 LG&E v. Argentina	71
3.4 Relación de estos casos con la situación actual del Ecuador	72
CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFÍA	80
ANEXOS	84

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional de Inversiones es una rama del derecho bastante nueva, la misma que se encuentra todavía evolucionando. En los últimos años los esfuerzos mundiales entre países para promover las inversiones entre ellos han sido bastante altos, pero la cuestión principal desde un punto de vista legal ha sido la intención de tratar encontrar un marco jurídico adecuado, el mismo que permita brindar una adecuada protección y seguridad a dichas inversiones.

Dada la naturaleza de la inversión extranjera, al darse esta por una persona extranjera al país del destino de la inversión, este mantiene ciertos miedos y temores en cuanto a la manera en que su capital será tratado y gobernado. A simple vista parece bastante simple creer que si es que un extranjero realiza una inversión en un tercer país ajeno al de su nacionalidad, este brindaría un beneficio directo para el

país al cual esta destinando su dinero y entonces este no tomaría medidas en contra del inversionista, pero lamentablemente no ha resultado así.

En respuesta al esfuerzo mundial por encontrar una medida de protección hacia la inversión extranjera y de alguna manera adaptar el régimen de inversiones, poco a poco se fueron encontrando soluciones. La primera fuente de protección, empezó con los tratados de amistad, comercio y navegación que se fueron dando a finales del siglo XVIII. Dichos tratados multilaterales ya entablaban ciertos parámetros de protección entre los países signatarios, pero una protección actual y certera llegaría posteriormente en el año de 1958.

Este año marco un hito en este campo del derecho con el nacimiento de los tratados bilaterales de inversión, o acuerdos para la promoción y protección de inversiones. Hasta ahora se han firmado más de 2200 tratados bilaterales de inversión entre más de 200 países. Estos documentos notables establecen una serie de cláusulas, donde se establecen claramente los parámetros que se utilizarán para el tratamiento de las inversiones entre los países signatarios, encontrando en ellos una medida real de protección, fundando así entre ellos el nuevo régimen jurídico de protección a nivel internacional de la inversión extranjera. De manera general los tratados bilaterales de inversión establecen las obligaciones generales de los estados, garantizan un trato justo y equitativo, no expropiación, interferencia o discriminación y una libre transferencia de capitales. Al igual establecen una cláusula donde se prevé el procedimiento a seguir en caso de controversias.

Entre estos estándares que se garantizan al inversionista mediante un tratado bilateral de inversión se encuentra el de trato justo y equitativo. Este estándar es el más importante dentro del derecho internacional de inversiones, al que más importancia se le ha dado y sobre el que más debates han existido. Tal como indican sus palabras, este estándar busca proporcionar al inversionista con un trato justo y equitativo. Se ha dicho en reiteradas ocasiones que el estándar de trato justo y equitativo debe ser equiparado con el trato mínimo internacional, dado que este no brinda una protección más allá que el anteriormente mencionado. Desde nuestro

punto de vista esta apreciación es incorrecta dado que el estándar de trato justo y equitativo proporciona una protección más adecuada y precisa que el estándar mínimo de internacional, llenando las brechas dejadas por el estándar de trato mínimo internacional.

Aparte del estándar de trato justo y equitativo, dentro de los tratados bilaterales de inversión se plantea la prohibición de discriminación e interferencia en contra de la inversión extranjera por parte del gobierno. Estas dos prohibiciones son incompatibles con el estándar de trato justo y equitativo porque el incurrir en una de ellas, es decir, que el gobierno de cualquier forma interfiera o discrimine en contra de la inversión extranjera, estará quebrantando a su vez el estándar de trato justo y equitativo. La cuestión es ver cuál es el alcance de estas prohibiciones como un criterio para determinar un quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo, en que medida o hasta que punto generan responsabilidad estatal en relación con el trato justo y equitativo.

La presente tesina tiene por objeto demostrar que los actos gubernamentales arbitrarios que interfieran o discriminen en contra de la inversión extranjera necesariamente estarán al igual quebrantando el estándar de trato justo y equitativo. Algunos tribunales han proporcionado distintas acepciones en cuanto al estándar de trato justo y equitativo, estableciendo parámetros demasiado altos para solo entonces encontrar un quebrantamiento de dicho estándar, aún cuando en otras situaciones se ha encontrado que actuaciones mucho mas leves demuestran un quebrantamiento del estándar antes mencionado.

Dentro del primer capítulo se hace una referencia breve a la historia de la inversión extranjera, encontrando al origen, objeto y cobertura de los tratados, posteriormente analizando el estándar de trato justo y equitativo desde el punto de vista de varios autores y la discusión que existe en el derecho internacional sobre la asimilación de este estándar al trato mínimo requerido internacionalmente. Posteriormente se hace referencia al caso de *Occidental Exploration and Production Company* en contra de la Republica del Ecuador o *OXY I*, como un referente

dentro de nuestro país en donde el tribunal encontró un quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo en base a una decisión gubernamental que interfirió con la inversión realizada por la compañía norteamericana.

El segundo capítulo habla sobre los principios de interferencia y discriminación gubernamental. Se hacen referencias a distintos autores importantes que han realizado significativas apreciaciones sobre estos principios y a algunas definiciones y referencias propuestas por estos dentro de esta área. Posteriormente se agrega el propósito, la importancia y necesidad de estos principios dentro de este campo del derecho, explicando porque deben estar presentes en el derecho internacional de inversiones y en cada tratado bilateral de inversión que se firme entre estados, terminando con una referencia hacia ciertos casos distintivos en relación a estos principios, concluyendo con una referencia hacia los actos arbitrarios, los mismos que pueden derivar en discriminatorios o intervencionistas.

El tercer y último capítulo hace referencia al alcance de la interferencia y la discriminación gubernamental como un criterio para determinar un quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo. Primeramente se hace una introducción explicando la no compatibilidad existente entre la interferencia y discriminación gubernamental con el estándar de trato justo y equitativo. Posteriormente se presenta una comparación entre los textos constitucionales ecuatorianos, el anterior de 1998 y el actual, en relación a la inversión extranjera. Mas adelante se hace una análisis de los casos mas representativos en base a nuestro tema de estudio, especialmente los de la República Argentina asimilando este tema a la situación actual del Ecuador, debido a que aún siendo relativamente nueva esta rama, nuestro país se ha caracterizado por estar entre los primeros en la lista debido a la cantidad de disputas que han surgido por diferencias relativas a inversiones a nivel mundial.

Una vez analizado ya el estándar de trato justo y equitativo desde varios ángulos encontraremos que este es uno aparte del estándar mínimo de protección internacional, el mismo que provee una protección mucho más acertada e

individualizada hacia el inversionista, llenando todas las brechas que el estándar mínimo de protección mantiene. Al hacer una relación entre el estándar de trato justo y equitativo con las interferencias y discriminaciones gubernamentales llegaremos a la conclusión de que estas necesariamente quebrantan este estándar en cualquier medida o forma en que se manifiesten.

CAPÍTULO I

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN Y EL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

1.1. Breve Historia de la inversión extranjera

La inversión extranjera encuentra sus raíces en las épocas de los faraones, donde los estados de Egipto, Fenicia y Grecia mediante sus mercaderes o por sí mismos invertían en otros países. Los egipcios explotaban el estaño para forjar el bronce más allá de sus fronteras, mientras que los fenicios creaban puertos de

intercambio de productos a través del Mediterráneo para incrementar el comercio.¹ Posteriormente en tiempos más actuales Inglaterra invertía en India y Canadá a principios del siglo XVII formando ya negocios compartidos. Posteriormente en el siglo XIX prevaleció la inversión extranjera indirecta mediante préstamos y bonos estatales², llegando a la actualidad donde ya son varios años desde que vivimos la globalización. Este fenómeno permite a las personas negociar entre ellas por más que sus lenguas maternas sean distintas o sus domicilios se encuentren a miles de kilómetros de distancia.

La regionalización y la globalización, la integración hacia adentro y hacia afuera, son una constante en crecimiento en los tiempos actuales.³ Son estos fenómenos los que han ido cambiando poco a poco al mundo, donde ahora compañías extranjeras se encuentran presentes en otros países que no son el de su nacionalidad, con el propósito de invertir en el mismo. Es esta la inversión extranjera, donde se busca un beneficio mutuo, entre el inversionista y el país receptor de la inversión.

El campo del derecho que estudia esta rama, el mismo que se denomina derecho internacional de inversión se ha ido expandiendo y cambiando rápidamente, donde las disputas que han surgido de una inversión extranjera, resueltas mediante un arbitraje internacional, han incrementado exponencialmente en los últimos años.⁴

1.2 Concepto de Inversión

La institución mas reconocida especializada en el arreglo de diferencias que surgen de una inversión, conocida por su acrónimo CIADI⁵, se estableció en el año de 1965, donde no se definió el término inversión por miedo de que un significado

¹ Cfr. D. BISHOP Y OTROS, *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentarie*, Londres, Kluwer International Law, 2005, p. 2.

² Cfr. *Ibíd*em, p. 3.

³ SAN MARTINO DE DROMI, MARÍA LAURA; “*De la Nueva Historia del Derecho. A propósito del objeto, método y fuentes del derecho del MERCOSUR*” en *Cuadernos de Historia del Derecho*, N° 9. Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 7.

⁴ Cfr. D. BISHOP Y OTROS, *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentarie*, op.cit.

⁵ Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, Convención de Washington, 1965. Nota: Ecuador paso a formar parte del CIADI el 14 de febrero de 1986.

concreto limitaría su espectro y generaría problemas jurisdiccionales innecesarios.⁶ Es por esto que la definición de inversión quedó abierta para que sea concretada con el consentimiento de las partes en los acuerdos internacionales de inversión o distintos instrumentos internacionales.⁷ Es por esto que creo conveniente plantear una definición de inversión. Esta definición fue propuesta por la ley de Albania sobre inversión extranjera.⁸ Se hace referencia a esta definición dado que esta disposición tiene muchas similitudes con las definiciones de inversión de varios Tratados Bilaterales de Inversión.⁹ Esta explica que:

Todo tipo de inversión en el territorio de la República de Albania donde directa o indirectamente un inversionista extranjero es dueño, consistirá de:

- a) propiedad real y personal, tangible e intangible o cualquier otro tipo de derecho de propiedad.
- b) una compañía [y] derechos que fluyen desde cada forma de participación en una compañía, con acciones etc;
- c) prestamos, obligaciones monetarias u obligaciones en una actividad que tiene valor económico y estén conectadas con una inversión.
- d) propiedad intelectual, incluyendo literaria, trabajos artísticos y técnico-científicos, grabaciones vocales, invenciones, proyectos industriales, diseños para circuitos integrados, 'know-how', diseños y nombre registrados;
- e) todo derecho reconocido por ley o contrato, y cada licencia o permiso otorgado de acuerdo a las leyes.¹⁰

1.2.1 Localidad de la inversión extranjera

La inversión que se realiza en un tercer país, tiende a darse en uno que se encuentre en vías de desarrollo, dado que existen mercados emergentes y estos proporcionan oportunidades de inversión y atractivas rentabilidades¹¹, sin excluir al

⁶ Cfr. MUCHLINSKI, PETER Y OTROS. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford University Press, New York 2008, p. 63.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, p. 54, 55.

⁹ BIT Jordania-Líbano ver <www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/lebanon-jordan.pdf>, BIT E.U.- Honduras <www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us-honduras.pdf>, BIT Chile - Dinamarca <www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile-denmark.pdf>.

¹⁰ MUCHLINSKI, PETER Y OTROS. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Op.cit. p. 54, 55.

¹¹ GRANATO, LEONARDO, *Aportes para la protección y defensa del inversor extranjero en el MERCOSUR*, 2006, Edición electrónica, consultado: 13 de marzo de 2009, disponible: www.eumed.net/libros/2006b/lg/.

resto de países en el mundo donde la inversión extranjera al igual se encuentra presente.

En el Ecuador esta situación se viene dando desde hace años, empezando con Eloy Alfaro, quien en 1895, contactó a Archer Harman y Edgard Morely, técnicos estadounidenses interesados en construir el “ferrocarril mas difícil del mundo,” llegando a un posterior acuerdo, conformando The Guayaquil and Quito Railway Company, que iniciaría la construcción del ferrocarril trasandino en el año de 1899,

terminando la obra con su llegada a Quito en 1809.¹²

1.3 Los tratados bilaterales de inversión

Una inversión implica el desembolso de capital por parte de una compañía o una persona natural, buscando obtener un beneficio. El inversionista extranjero tal como lo dice su nombre se encuentra en una situación que es ajena a sí mismo, aún mas, no conoce de las condiciones que gobernarán su inversión, es por esto que necesariamente deberá conocer claramente de las condiciones bajo las cuales firmará un contrato, comprará parte del paquete accionario de una compañía, o en su defecto participará de un proceso de privatización; cualquiera sea el caso en que se encuentre, este inversionista extranjero y su inversión deben gozar de los mismos derechos y garantías que el inversionista nacional del país receptor.

Dada la naturaleza de esta, es decir, al llevarse a cabo por un tercero ajeno al estado receptor de la inversión, la inversión debe gozar de una cierta protección para que exista un beneficio mutuo, tanto para el inversionista como para el estado receptor. Es aquí donde nacen los tratados bilaterales de inversión a los cuales nos referiremos como TBI o TBI's en adelante. Estos encuentran su origen en los tratados de Amistad, Comercio y Navegación, o en inglés FCN(Friendship, Commerce and Navigation) treaties.¹³ Estos tratados se enfocaban en la protección de la navegación y el comercio, naciendo los primeros en el siglo XVIII, donde en 1778 Estados Unidos negoció con Francia¹⁴ su primer tratado de Amistad, Comercio y Navegación. Las cláusulas contenidos en los mismos fueron dando forma a los TBI's firmándose el primero entre Alemania Occidental y Pakistán en 1959.¹⁵

Formalmente los TBI's nacen en el año de 1958,¹⁶ también conocidos como acuerdos de protección y promoción de inversiones. Hasta ahora se han firmado

¹² "Historia del Ferrocarril Transandino", Revista *This is Ecuador*, consultado: 10 de febrero de 2009, disponible: http://www.exploringecuador.com/espanol/sp_ar_ferrocarril_ecuador.htm

¹³ Cfr. D. BISHOP Y OTROS, *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentarie*, op.cit. p. 4, 5.

¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹⁵ *Ibidem*, p. 31.

¹⁶ WEILER, TODD. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Cameron May, London, 2005. p. 557.

más de 2200 TBI's entre más de 200 países, habiendo acelerado este número en la última década.¹⁷ De manera general los TBI's se firman entre dos estados, proporcionando una protección mutua entre los signatarios, donde ya sea un nacional de una parte el que invierta en el estado de la otra parte o viceversa, existen cláusulas para la protección de los dos lados.

Posteriormente la inversión extranjera ya se da como una cuestión más formal, donde la misma se convierte en compañías internacionales o dándose también el caso donde una persona natural que posee los recursos invierte directamente como tal en otro país. Existen pocos tratados multilaterales de inversión como NAFTA (North American Free Trade Agreement), el mismo que se firmó entre Estados Unidos, Canadá y México y el ECT (Energy Charter Treaty) siendo este tratado multilateral bastante ambicioso, debido a que fue diseñado para cubrir las inversiones extranjeras tanto en el comercio internacional como en el sector energético. Son más de 30 países los que participan de este tratado, incluyendo algunos que fueron sacados de Europa del Este una vez que cayó la unión soviética.¹⁸

A continuación haremos una explicación de lo que contiene un TBI.

1.3.1 Objeto y Cobertura de los TBI's

De manera general los modernos TBI's contienen las siguientes secciones expresadas en cláusulas:

- Definiciones: En esta parte se definen claramente ciertos términos importantes utilizados en el tratado, los mismos que pueden ser sujetos a ciertas interpretaciones de manera que es fundamental definirlos en la primera parte del tratado, al igual que una definición general de inversión.¹⁹

¹⁷ Cfr. D. BISHOP Y OTROS, *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentarie*, op.cit. p.1007.

¹⁸ *Ibidem*, p. 1010.

¹⁹ D. BISHOP Y OTROS, *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentarie*, op.cit. p. 49, 1007. Nota: al decir términos importantes me refiero a aquellos que se usan de manera reiterada en el tratado, tales como gobierno central, inversión, inversionista, centro, entre otros, de manera que al

- Obligaciones generales de los gobiernos: Esta sección plantea cláusulas que definen claramente el trato mutuo que se dará entre los signatarios a inversiones que se realicen en sus países, es decir las obligaciones que cada estado debe cumplir. Dentro de esta parte se consagra el principio del trato nacional, el mismo que garantiza un mismo trato a la inversión extranjera como si hubiera sido hecha por un nacional del estado receptor.²⁰
- Estándares para expropiación y compensación: se expresan los estándares bajo los cuales se registrarán las inversiones y el estado que receptorá estas. Se plantea lo relevante a la no-discriminación y no-interferencia gubernamental y maneras de compensar los daños ocasionados.²¹
- Estándares para transferencia de moneda.²²
- Solución de controversias: Se plantea el hecho donde pueden existir controversias, ya sea entre un estado contratante y el inversionista o entre estados contratantes. Como fundamento se busca una solución amigable antes que nada, pero en caso de que no se dé, de manera general se plantea un tiempo que se lo conoce como de “enfriamiento”, donde se da un período que varía de acuerdo al tratado, pero que generalmente son 3, 6, 9, 12 o 18 meses, donde primero se debe someter la disputa a una solución amigable y en caso de no darse, se espera este tiempo para solo entonces poder someter la disputa a un arbitraje internacional, ya sea bajo las reglas del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones),

leer el tratado cuando se encuentran ciertas palabras que pueden dar lugar a una interpretación amplia, en la primera sección del tratado se encontraran claramente sus definiciones.

²⁰ D. BISHOP Y OTROS, *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentarie*, op.cit., p. 52, 53, 1007. Nota: En esta parte se define a quien o a que aplica el tratado, la protección que se otorgara a las partes, que estándares tal como el de trato justo y equitativo protegerán la inversión, etc.

²¹ *Ibidem*, p. 53, 1007. Nota: acá se hace la expresa prohibición de que las partes no podrán expropiar una inversión cubierta por el tratado y en caso de que se de, como se deberá pagar la debida compensación.

²² *Ibidem*, p. 54, 1007. Nota: en esta sección se establecen las obligaciones de los estados de permitir las transferencias relativas a una inversión cubierta por el tratado. Se incluye contribuciones al capital, utilidades, dividendos, etc.

UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) o algún otro método pactado por las partes.²³

Los TBI's son documentos notables que proveen una medida real de protección hacia el inversionista.²⁴ “Como una *lex specialis* entre las partes, reemplazan a cualquier norma inconsistente del derecho consuetudinario internacional y pueden incluir o excluir cualquier norma incipiente.”²⁵ Una vez firmado el tratado, los gobiernos se obligan de manera general en proporcionar a la inversión con un trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, tratamiento que no sea menos favorable que aquel requerido por el derecho internacional, trato nacional o trato no menos favorable que el proporcionado a los nacionales del estado receptor de la inversión y trato de nación mas favorecida o trato igual de favorable que el que es proporcionado a los nacionales de otros países, y la prohibición de expropiar dicha inversión.²⁶

Por otro lado, aparte de estas obligaciones se encuentran ciertas restricciones o prohibiciones dentro de los TBI's. Estas restricciones se traducen en el no permitir a los gobiernos que actúen de manera arbitraria o discriminatoria en la “operación, mantenimiento, expansión o disposición de las inversiones, además de proveer acceso a las cortes locales para resolver cualquier disputa proveniente de una inversión.”²⁷

De igual manera, los TBI's definen las condiciones bajo las cuales se puede expropiar una inversión. Una de las varias formulas establecidas en los TBI's establece que la inversión podrá ser expropiada mientras medie un interés publico, de acuerdo con el debido proceso y por supuesto con el pago debido de una indemnización.

Son estas restricciones las que generalmente se encuentran incumplidas entre las partes de un TBI, donde nace el ilícito internacional que permite plantear una demanda en contra del estado que ha incumplido dichas restricciones.

²³ *Ibidem*, p. 63-65, 1007. ver en BISHOP Y OTROS art. 24(2) US model BIT 2004, p. 64.

²⁴ D. BISHOP Y OTROS, *Foreign Investment Disputes: Cases Materials and Commentarie*, op.cit., p. 1007.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

Al momento de presentar una demanda frente a una corte internacional se la debe plantear adecuadamente. Una demanda presentada fundamentada en ilícitos que deriven de interferencia o discriminación, inclusive de un trato arbitrario en el derecho internacional de inversiones es un tanto débil, por lo que plantéo el hecho de que esta debe ser canalizados a través de un quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo a causa de dichas medidas, el mismo que otorga una cobertura mas objetiva y entendida a través de la jurisprudencia y doctrina, dotando de mas sentido a la misma.

En la siguiente sección explicaré un poco más a profundidad que plantea la doctrina sobre el estándar de trato justo y equitativo y que engloba el mismo.

1.4 El estándar de trato justo y equitativo

En cuanto al significado del estándar de Trato Justo y Equitativo existen al menos dos puntos de vista principales.

- El sentido literal.²⁸
- Equilibrando el trato justo y equitativo con el estándar mínimo internacional.²⁹

1.4.1 El sentido literal o plain meaning approach

En cuanto al “plain meaning approach” o sentido literal que es el primero, se le da su sentido tal cuál esta escrito, donde un inversionista extranjero tiene la seguridad del trato bajo este estándar, donde un análisis bastante simple debe ser hecho para ver si es que el tratamiento otorgado al inversionista es a la vez justo y equitativo.³⁰

Esta situación no es tan simple como aparenta dado que los conceptos de justo y equitativo son en sí solos bastante subjetivos y por ende carentes de precisión. Consecuentemente si es que uno se funda en esta aproximación, sustenta

²⁸ UNCTAD, United Nations Conference on Trade and Development. Fair and Equitable Treatment (1999), dentro de BISHOP Y OTROS, p. 1011, 1012.

²⁹ *Ibidem*, p. 1012, 1013.

³⁰ *Ibidem*, p. 1011, 1012.

su posición únicamente en el sentido literal de las palabras, donde puede darse el caso de que el trato justo y equitativo haya sido satisfecho, pero no desde todos los puntos de vista, sino únicamente desde este sentido literal. Esta visión prevé el hecho de que al ver a este estándar desde un sentido literal se presume en cada caso que el inversionista ha sido tratado de manera justa y equitativa sin ningún tipo de referencia en cuanto a un entendimiento técnico de la definición del trato justo y equitativo.³¹

Por otro lado, mientras un máximo de equidad desde sistemas legales específicos puede adicionar certeza al concepto de trato justo y equitativo, esta aproximación debe ser evitada. Al mismo tiempo, se pueden identificar ciertas formas de comportamiento que aparentan ser contrarias al trato justo y equitativo en la mayoría de sistemas legales, y extrapolar estas actuaciones del estado que pueden ser inconsistentes con el trato justo y equitativo, utilizando este punto de vista.

De esta manera, si un estado actúa de manera fraudulenta, con mala fe o caprichosamente y de manera voluntaria discrimina en contra de un inversionista extranjero, o priva a este de los derechos que ha adquirido en una manera que conlleva a un enriquecimiento ilícito, pues al menos habrá un caso *prima facie* donde se ha violado estándar de trato justo y equitativo.³²

1.4.2 Equiparar el trato justo y equitativo con el estándar mínimo internacional

El otro punto de vista que existe en cuanto al estándar de trato justo y equitativo plantea la situación en donde este estándar es sinónimo del estándar mínimo internacional. Esta interpretación nace en el asumir que bajo la costumbre

³¹ *Ibíd*em

³² UNCTAD(United Nations Conference on Trade and Development), Fair and Equitable Treatment (1999), dentro de BISHOP Y OTROS, p. 1011, 1012. (Traducción hecha por el autor.) Cita original en inglés: Thus, for instance, if a State acts fraudulently or in bad faith, or capriciously and wilfully discriminates against a foreign investor, or deprives an investor of acquired rights in a manner that leads to the unjust enrichment of the State, then there is at least a *prima facie* case for arguing that the fair and equitable standard has been violated.

internacional, el inversionista extranjero tiene derecho a cierto nivel de trato, y, en caso de que este trato caiga debajo del nivel esperado, se podría atribuir responsabilidad al estado.³³

Por otro lado, en un nivel de políticas, esta visión que equipara al trato justo y equitativo con el estándar de trato mínimo internacional es un tanto problemática en algunos aspectos. Primeramente si los estados y inversionistas creen que el estándar de trato justo y equitativo es totalmente intercambiable con el trato mínimo internacional, podrían plantear esta situación claramente en los TBI's que estos firmen, pero los tratados existentes no establecen un vínculo explícito entre los dos estándares. Es por esto que no se puede establecer o creer que la mayoría de estados cree que el trato justo y equitativo implícitamente es lo mismo que el estándar de trato mínimo internacional.³⁴

Por otro lado, el intento de equiparar los dos estándares puede ser percibido como una falta de atención hacia el debate sustancial que existe en el derecho internacional en cuanto al estándar de trato mínimo internacional. De manera más específica, muchos de los estados desarrollados alrededor del mundo creen firmemente en el trato mínimo internacional, mientras que los países en vías de desarrollo tradicionalmente mantienen reservas en cuanto a si este estándar es parte o no del derecho consuetudinario internacional. En contra de este antecedente de incertidumbre sería muy difícil asumir que la mayoría de países han aceptado al trato mínimo internacional en sus tratados de inversión, mientras que no han optado por incorporarlo a sus propios sistemas.³⁵

Es este el problema que mantiene esta visión, donde los estados fallarían al tratar de brindar este estándar mínimo, por ende quebrantando el trato justo y equitativo, si sus actos adolecen de mala fe, negligencia voluntaria y no observancia del debido proceso. Por otro lado, instancias en las cuales estados han indicado o implicado la equivalencia entre el trato justo y equitativo y el estándar mínimo internacional siguen siendo relativamente escasas. Los dos estándares se sobreponen significativamente en cuestiones de discriminación, arbitrariedad y falta de razón,

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ UNCTAD(United Nations Conference on Trade and Development), Fair and Equitable Treatment (1999), dentro de BISHOP Y OTROS, p. 1013.

pero fundamentalmente una provisión que garantiza el estándar de trato justo y equitativo, no esta garantizando automáticamente el trato mínimo internacional para el inversionista extranjero.³⁶

Cabe decir que el estándar de trato justo y equitativo que también es garantizado por el TBI es un estándar absoluto y la no interferencia y la no discriminación garantizan la presencia de este. En el momento que el estado interfiere o discrimina en contra del inversionista y su inversión, estaría por ende quebrantando el estándar de trato justo y equitativo.

El tribunal en el caso de *Genin v. Estonia* estableció que para determinar un quebrantamiento del trato justo y equitativo debe existir una actuación negligente proveniente de una mala fe subjetiva, al igual que actuaciones que determinen una falta extrema de acción por parte del gobierno, colocándose debajo de los estándares internacionales³⁷. Observando esta apreciación del estándar de trato justo y equitativo, si existe interferencia o discriminación gubernamental no llegaríamos a un quebrantamiento del estándar, dado el altísimo parámetro establecido, resultando en una no indemnización de los daños del inversionista. Es precisamente esta cuestión la que se sustenta en este trabajo. La jurisprudencia proveniente del CIADI por supuesto que no es vinculante para los tribunales futuros, pero de todas maneras sienta un precedente y es ahí donde debe existir este punto de vista.

Planteando un ejemplo, podría darse y se da el caso en donde los derechos de concesión sobre recursos petroleros que han sido otorgados a un extranjero se negocian bajo ciertos términos, como el valor de la moneda en que se negocia el mismo contrato. El gobierno receptor podría devaluar su moneda, o en su defecto cambiar la moneda oficial del país, cuestión que derivaría en una interferencia gubernamental, donde se estaría quebrantando el trato justo y equitativo que el estado parte del TBI esta obligado a dar. El estado receptor de la inversión debe tratar al extranjero de la misma manera que a sus propios nacionales, brindándole las

³⁶ *Ibidem*, p. 1013.

³⁷ *Genin v. Estonia*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/99/2, IIC 10 (2001) Junio 25 del 2001. párrafo 367. (traducción hecha por el autor) cita original en inglés: acts showing a willful neglect of duty, an extreme insufficiency of action falling far below international standards.” Nota: La apreciación que hace el tribunal en *Genin v. Estonia* sobre el trato justo y equitativo es bastante extrema, es decir se va únicamente hacia un lado, en donde las actuaciones gubernamentales tendrían que ser verdaderamente para lograr determinar un quebrantamiento de estándar de trato justo y equitativo.

mismas facilidades y oportunidades, respetando y haciendo respetar los derechos que legalmente adquirió, proporcionando el trato justo y equitativo que al inversionista por medio de un tratado le son conferidos. Un estado nunca puede violentar los derechos del inversionista por cuestiones políticas ajenas a la naturaleza de la inversión, dado que estos están garantizados en un tratado.

1.5 El estándar de trato justo y equitativo va más allá del estándar mínimo internacional

Entre las obligaciones fundamentales que resguardan las inversiones, el hecho de que estas deben gozar en todo momento de un trato justo y equitativo es la principal.³⁸ Francis Mann plantea que mientras se puede sugerir que medidas discriminatorias y arbitrarias o un trato arbitrario y abusivo es contrario al derecho internacional consuetudinario, el trato injusto e inequitativo es un concepto mucho más amplio que en cierta manera ya puede incluir dichas medidas administrativas.³⁹

Se establece que el derecho al estándar de trato justo y equitativo por parte del inversionista y su inversión va mucho más allá del derecho a un trato nacional, o de nación más favorecida, aún cuando los derechos del extranjero son ampliamente extendidos y subrayados por el deber de no someter a este a medidas discriminatorias.⁴⁰ Mann⁴¹ plantea el ejemplo de que si algún nacional del Reino Unido invierte en una cementera en Filipinas, y el gobierno receptor de esta inversión dicta una orden o ley que establece un precio fijo para la venta del cemento, un tribunal deberá investigar y determinar si es que estos precios son justos, equitativos y razonables.

Se cree que el introducir el concepto del trato mínimo internacional en una situación como esta no conlleva a nada y no ayuda en nada, concluyendo que es hasta inútil su introducción. Los términos de trato justo y equitativo plantean una conducta que va mucho más allá del estándar mínimo y permiten una protección

³⁸ MANN, F.A., *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 Brit. Y.B. Int'l L. 241 (1981)(1985), dentro de BISHOP Y OTROS, p. 1014.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ MANN, F.A., *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, 52 Brit. Y.B. Int'l L. 241 (1981)(1985), dentro de BISHOP Y OTROS, p. 1014.

⁴¹ *Ibidem*, p. 1015.

que mantiene mucho mas objetivos antes que lo establecido en las palabras de un trato mínimo internacional.⁴²

Es por esto que es tan importante la presencia del estándar de trato justo y equitativo en los TBI's, sin asimilarlo con el trato mínimo internacional. Al ser tan importante la presencia de este estándar, se debe determinar hasta que punto, la discriminación y la interferencia gubernamental pueden llegar a quebrantarlo.

1.6 El caso de Occidental en el Ecuador

En el caso de Occidental Exploration and Production Company v. Republica del Ecuador⁴³, el tribunal argumentó sobre el quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo por parte del estado ecuatoriano.

Occidental, una compañía estadounidense, ejercía su actividad económica en la exploración y producción de petróleo en el Ecuador, mediante la firma de un contrato con Petroecuador, una corporación perteneciente en su totalidad al estado ecuatoriano. Entre el 2000-2001 Occidental regularmente recibió el reembolso de la totalidad del impuesto al valor agregado o IVA, pagado en las compras necesarias para el ejercicio de esta actividad, es decir la exploración y producción petrolera. Posteriormente, a mediados del 2001, el Servicio de Rentas Internas del Ecuador(en adelante SRI) emitió una resolución que negaba las solicitudes de reembolso del IVA presentadas por Occidental y además solicitando la devolución de todos los valores anteriormente reembolsados. El fundamento que utilizó la administración tributaria para emitir esta resolución fue la supuesta situación de que el reembolso del IVA ya estaba incluido dentro de los montos del contrato.⁴⁴

⁴² *Ibidem*, p. 1015. ver Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. Arb. (AF)/00/2 (2003), Laudo del 29 de mayo de 2003; CME v. Republica Checa, Laudo parcial del 13 de septiembre de 2001, arbitraje UNCITRAL.; Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador; Laudo final del 1 de Julio de 2004, Caso No. UN 3467.

⁴³ Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador; Laudo final del 1 de Julio de 2004, Caso No. UN 3467.

⁴⁴ RIPINSKY, S., "*Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*", en *Damages in International Investment Law*(BIICL, 2008), consultado: 12 de enero de 2009, disponible: http://www.biicl.org/files/3914_2004_occidental_v_ecuador.pdf.

En el 2002, Occidental inició un arbitraje en contra del gobierno del Ecuador bajo las reglas de UNCITRAL, fundamentándose en el TBI existente entre Estados Unidos y el Ecuador. En esta demanda Occidental planteaba que las medidas tomadas por el gobierno ecuatoriano y el SRI eran totalmente discriminatorias. En este caso el tribunal reconoció la conducta arbitraria por parte del Ecuador, donde existió discriminación y se quebrantó el trato justo y equitativo, condenando al Ecuador al pago de 70 millones de dólares por reembolsos de IVA, explicando que la devolución del IVA no era parte de los números del contrato ya firmado sino que era una cuestión aparte.

En el tratado se reconocía el hecho de que los estados receptores garantizarían un marco estable de trabajo para las inversiones y así maximizando la efectiva utilización de los recursos económicos. Se reconoció el hecho de que el marco estable de trabajo bajo el cuál se realizó la inversión por parte de Occidental fue drásticamente cambiado por el SRI. Es así que cuando Occidental solicita al SRI que entregue una respuesta fundamentando estas acciones mediante una consulta tributaria, la administración entregó una respuesta totalmente vaga y sin fundamento, donde se alegaba que el reembolso del IVA ya era parte del contrato como explicamos anteriormente. La pregunta relevante en esta situación para el derecho internacional no es la discusión de que si existe o no la obligación de rembolsar el IVA, sino que si el marco legal y de negocios existente cumple con los requerimientos de estabilidad bajo el derecho internacional.⁴⁵

1.7 El trato justo y equitativo llena las brechas dejadas por los estándares más específicos

Siguiendo con el estándar de trato justo y equitativo encontramos el punto de vista establecido por los profesores Rudolph Dolzer y Christoph Schreuer.⁴⁶ Desde este ángulo distinto se plantea que esta cláusula establecida en los tratados busca

⁴⁵ RIPINSKY, S., "*Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*", Op. cit.

⁴⁶ DOLZER, RUDOLPH AND SCHREUER, CHRISTOPH., "*Principles of International Investment Law*". Oxford University Press, New York, 2007.

llenar las brechas que pueden ser dejadas por los estándares más específicos, obteniendo así el nivel de protección hacia la inversión intencionada por el tratado.⁴⁷

El TBI firmado entre Estados Unidos y Argentina en 1991 estableció que “el trato justo y equitativo proporcionado a las inversiones es deseable para poder mantener un marco de trabajo estable.”⁴⁸ Por otro lado se plantea la incógnita de si es que se debe tomar en cuenta al estándar como dos, es decir separar las palabras justo y equitativo como dos distintas. En cuanto a esta situación no existe ningún tipo de actuaciones estatales o jurisprudencia que pueda confirmarla. La acepción general recoge a estas dos palabras como una, donde se ha opinado⁴⁹ que no existe diferencia ‘entre equitativo’ y ‘justo y equitativo’, asimilándolas.⁵⁰

El punto más importante que plantean Dolzer y Schreuer⁵¹ es que el estándar de trato justo y equitativo no es determinado por cada ley del estado receptor, sino que esta es una regla del derecho internacional. Este estándar al igual es independiente, no se relaciona con el trato nacional, de manera que el trato justo y equitativo puede ser violado por el estado receptor, aún cuando el inversionista reciba el mismo trato requerido por sus nacionales. “Por esta misma razón, un inversionista puede haber sido tratado injusta e inequitativamente aún cuando no ha podido beneficiarse de la cláusula de nación mas favorecida, debido a que no puede demostrar que inversionistas de otra nacionalidad han recibido un mejor trato.”⁵²

1.8 El trato justo y equitativo debe ser aplicado tal como su nombre lo dice y encontrarse desligado de la ley nacional

Otra aproximación al estándar de trato justo y equitativo la plantea Stephen Vascianne expresando que se debe dar el significado tal y cual se lo lee, por lo tanto un inversionista extranjero tiene la seguridad de protección bajo este estándar. Se

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 122.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Ver M NASH LEICH, *Cumulative Digest of U.S. Practice in International Law*. 1981-1988, p. 2652.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 123.

⁵¹ DOLZER, RUDOLPH AND SCHREUER, CHRISTOPH., “Principles of International Investment Law”, *Op.cit.*

⁵² *Ibidem*, p. 123.

debe hacer un estudio fuera de cualquier influencia, donde el tratamiento que brinda el estado receptor de la inversión al inversionista extranjero es a la vez justo y equitativo.⁵³

Bajo esta visión, el trato dado al inversionista es justo cuando no tiene ningún tipo de prejuicio, fraude o injusticia, es equilibrado y legítimo y no se aprovecha de manera inusual. Bajo la misma moneda, el trato equitativo se hace presente cuanto esta caracterizado por la equidad y la justicia.⁵⁴

Por otro lado existe una aceptación general en este campo del derecho, donde se enuncia al propósito de este estándar como el de proveer una protección que se encuentre totalmente desligada de la ley nacional del estado receptor de la inversión.⁵⁵ Actualmente casi todos los TBI's requieren que los inversionistas y las inversiones reciban un trato justo y equitativo. Al igual existen tratados que han combinado este estándar con cláusulas de prohibición de medidas discriminatorias, al igual que trato nacional y de nación mas favorecida.⁵⁶ En cuanto al debate que plantea el hecho de que el trato justo y equitativo hace alusión a una similitud con el trato mínimo internacional o que si este es en sí y representa un concepto completamente independiente, al mismo que nos referimos en el punto 1.5. Margrete Stevens⁵⁷ plantea que es fundamental estipular este estándar como una obligación expresa antes que se lo relacione y asimile como una referencia al trato mínimo internacional requerido por el derecho internacional.

La relación que existe entre el estándar de trato justo y equitativo y el derecho internacional consuetudinario conlleva a una pregunta que ha proporcionado un gran debate, la misma que plantea el hecho de que si el estándar de trato justo y equitativo es uno independiente, es decir es autónomo y se agrega al derecho internacional y no refleja únicamente el estándar mínimo internacional proporcionado por el derecho internacional consuetudinario.

⁵³ VASCIANNE, STEPHEN. *"Fair and Equitable Treatment"*, 70 Brit. Y.B. Int'l Law 99 (2000) edited by I. Brownlie. Reprinted by permission of Oxford University Press, dentro de BISHOP Y OTROS, p. 1015.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ DOLZER, RUDOLPH AND STEVENS, MARGRETE., *"Bilateral Investments Treaties."* Kluwer Law 1995, dentro de BISHOP Y OTROS, p. 1013, 1014.

⁵⁶ US model BIT 2004. *supra cit.* 19.

⁵⁷ DOLZER, RUDOLPH AND STEVENS, MARGRETE., *"Bilateral Investments Treaties."* Op. Cit. p. 1013, 1014.

Este es un estándar independiente, el mismo que brinda una protección adicional al inversionista, estableciendo sus parámetros de manera clara en cada TBI. Uno de los tratadistas que soporta esta idea es F.A. Mann, hacia quién ya se hizo referencia anteriormente. “Se ha dicho que no se gana nada al introducir la concepción de un estándar mínimo, y aún mas que esto, es positivamente engañoso el introducirlo. Los términos trato justo y equitativo prevén una conducta que va mucho más allá del estándar mínimo y proporcionan protección en mayor medida de acuerdo a un estándar mucho más objetivo que cualquier otro empleo previo de palabras. Un tribunal no estaría interesado con un estándar mínimo, máximo o promedio. Lo que este debería hacer es decidir si es que en cualquier circunstancia la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta e inequitativa. Ningún estándar definido por otras palabras es probable que se materialice. Los términos deben ser entendidos y aplicados independientemente y autónomamente.”⁵⁸

1.9 El estándar de trato justo y equitativo y el derecho internacional consuetudinario

En cuanto a la relación del estándar de trato justo y equitativo con el derecho internacional consuetudinario, la discusión mas importante se ha dado dentro del NAFTA, donde el artículo 1105(1) habla del estándar mínimo de tratamiento hacia el inversionista estableciendo lo siguiente: “Cada parte deberá proporcionar a las inversiones de los inversionistas de la otra parte trato que sea de conformidad con el derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas.”⁵⁹ La FTC o Free Trade Commission de NAFTA, planteo una interpretación de este artículo diciendo que no se necesita una protección adicional que vaya más allá de la requerida por el derecho internacional consuetudinario, observando el hecho de que este artículo ya refleja el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario.⁶⁰

⁵⁸ F.A. MANN, “British Treaties for the Promotion and Protection of Investments” (1981) 52 British Year Book of International Law 241, 244 en DOLZER, RUDOLPH Y OTROS. P. 124.

⁵⁹ Artículo 1105(1) NAFTA, dentro de DOLZER, RUDOLPH AND SCHREUER, CHRISTOPH, p. 125.

⁶⁰ DOLZER, RUDOLPH AND SCHREUER, CHRISTOPH., “Principles of International Investment Law”, Op.cit., p. 125.

En base a este análisis no basta el estándar mínimo proporcionado por el derecho internacional consuetudinario, dado que este puede dar lugar a demasiadas interpretaciones, mientras que si es que se mantiene al estándar de trato justo y equitativo como uno independiente y autónomo la protección otorgada al inversionista será mucho mas adecuada, razón por la cual tribunales arbitrales que han aplicado tratados que no contienen disposiciones sobre la relación de los dos estándares, interpretan las provisiones del tratado independientemente.⁶¹ El tribunal de *Azurix v. Argentina* interpretando el artículo II(2) del TBI entre Argentina y Estados Unidos resolvió que

La cláusula, tal como esta redactada, permite interpretar al trato justo y equitativo y a la protección y seguridad plenas como estándares más altos que lo requerido por el derecho internacional. El propósito de la tercera oración es para establecer un piso, y no un techo, para evitar posibles interpretaciones de estos estándares cayendo debajo de lo requerido por el derecho internacional.⁶²

El trato justo y equitativo reconoce derechos más específicos y los garantiza en una variedad de órdenes jurídicos, tanto como en países desarrollados como en vías de desarrollo, por ende la aproximación hacia el trato justo y equitativo no deberá relacionarse con el estándar mínimo internacional establecido por el derecho internacional consuetudinario.

1.10 El estándar de trato justo y equitativo y el principio de buena fe

⁶¹ Ver *Tecmed v. México*, Laudo, mayo 29 de 2003, 43 ILM (2004) 133, párrafos 155, 156; *MTD v. Chile*, Laudo, 25 de mayo de 2004, 12 ICSID Reports 6, párrafos 110-112; *Occidental v. Ecuador*, Laudo, 1 de julio de 2004, 12 ICSID Reports 59, párrafos 188-190. *Saluka v Republica Checa*, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006, párrafos 286-295; *Enron v. Argentina*, Laudo, 22 de mayo de 2007, párrafo 258.

⁶² *Azurix v. Argentina*, Laudo, 14 de Julio de 2006, párrafo 361. (traducción hecha por el autor.) cita original en ingles: The clause, as drafted, permits to interpret fair and equitable treatment and full protection and security as higher standards than required by international law. The purpose of the third sentence is to set a floor, not a ceiling, in order to avoid a possible interpretation of these standards below what is required by international law. Ver también *Sempra v. Argentina*, *Occidental v. Ecuador*, *SGS v. Filipinas*.

Como ha sido reconocido por comentaristas y ciertos tribunales⁶³, un tema que se ha unificado entendiendo la base regulatoria para todos los inversionistas bajo el estándar de trato justo y equitativo, es el principio de buena fe bajo el derecho internacional⁶⁴. Como un elemento principal en la ordenación de relaciones entre estados, la buena fe provee la unión necesaria para mantener el orden jurídico internacional junto.

El tribunal en el caso de *AMCO Asia v. Indonesia*⁶⁵ determinó que la buena fe es un principio sustancial bajo el cual un inversionista podría fundamentar su reclamo.⁶⁶ El tribunal resolvió que un inversionista debe tener derecho “para realizar la inversión, para operarla con una expectativa razonable de obtener ganancias y tener el beneficio de los incentivos proporcionados por la ley, sin tener que sufrir el ejercicio arbitrario de un derecho que prevendría dicho goce.”⁶⁷ En base a estas conclusiones del mencionado tribunal vemos como el principio de buena fe va de la mano con el estándar de trato justo y equitativo, relacionándose directamente con el principio de *Pacta Sun Servanda*, el mismo que se encuentra reflejado en el artículo 26⁶⁸ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Desde la perspectiva del inversionista, la promesa de poseer un trato justo y equitativo en el país receptor de su inversión o la prohibición establecida en los TBI's de no discriminación e interferencia arbitraria, va de la mano con el hecho de que exista una garantía de libertad de actos arbitrarios o capricho en la discrecionalidad al momento de tomar decisiones. Una formulación de esta actuación redactada en un tratado, es la prohibición de abusar del derecho. La discrecionalidad debe ser ejercitada con buena fe, donde la ley intervendrá en todos los casos que esta discrecionalidad sea abusada. Es por esto que donde sea que el

⁶³ *Tecmed v. México*, párrafos 153-154, Op. cit.; *MTD v. Chile*, párrafo 109, Op. cit.; *Saluka v. Rep. Checa*, párrafo 303, Op. cit.

⁶⁴ MUCHLINSKI, PETER Y OTROS. *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Op. cit., p. 272.

⁶⁵ *AMCO Asia Corp. v. Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, dentro de ICSID REPORTS 1.

⁶⁶ MUCHLINSKI, PETER Y OTROS. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Op. cit. p. 273.

⁶⁷ *Ibidem*, párrafo 377 en páginas 490, 493. (traducción hecha por el autor.) cita original en inglés: to realize the investment, to operate it with a reasonable expectation to make profit and have the benefit of the incentives provided by law without suffering the arbitrary exercise of a right which would prevent such enjoyment.

⁶⁸ “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

dueño de un derecho disfrute cierto poder discrecional, este debe ser ejercitado con buena fe, es decir razonablemente, honestamente, en conformidad con el espíritu de la ley y siempre tomando en cuenta los intereses del resto.⁶⁹

El ejercicio de un derecho, o de un supuesto derecho, si es que este no existe y es ejercitado con el solo derecho de ocasionar un daño a otro es completamente prohibido. Todos los derechos protegen un interés legítimo, fundamentándonos en la teoría del interés jurídicamente protegido de Jhering.⁷⁰ Un supuesto ejercicio de un derecho que no se fundamente en la protección de su interés legítimo, y que sea ejercitado con el propósito de ocasionar un daño a otro, no puede solicitar la protección de la ley.

El tribunal de Metalclad⁷¹ estableció que de hecho, es muy difícil encontrar una decisión de una disputa sobre una inversión donde el panel fundó su resultado bajo esta teoría. Esto se da porque la mayoría de los tratados establece en su lenguaje términos adicionales como la garantía del trato justo y equitativo o la prohibición de arbitrariedad o discriminación. Por otro lado, si es que el estándar mínimo, como se encuentra establecido en las provisiones de los tratados, solo promete un tratamiento de acuerdo con el derecho internacional, puede ser necesario el apoyarse en principios generales y el derecho internacional consuetudinario para lograr dotar de sentido a estos principios.⁷²

1.11 Conclusión

Es así como la inversión extranjera ha ido desarrollándose a través del tiempo, encontrando paso a paso una protección adecuada a través de diversos sistemas que eventualmente derivó en los TBI's. Dentro de estos tratados pudimos observar como los estados prescriben cláusulas de protección hacia las inversiones que están cubiertas bajo el mismo, siendo la del estándar de trato justo y equitativo

⁶⁹ MUCHLINSKI, PETER Y OTROS. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Op. cit. p. 275.

⁷⁰ JHERING, RUDOLF VON, *Law as a means to an end*, Boston Book Company, Boston, 1913, p. 246-325

⁷¹ *Metalclad v. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000.

⁷² MUCHLINSKI, PETER Y OTROS. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Op. cit. p. 281.

la más importante. En el próximo capítulo nos adentraremos en los principios de no interferencia y no discriminación gubernamental frente a la inversión extranjera, que al igual se encuentran dentro de los TBI's, siendo su presencia imprescindible para garantizar la presencia de un trato justo y equitativo a la inversión.

CAPÍTULO II

LA INTERFERENCIA Y DISCRIMINACIÓN GUBERNAMENTAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

2.1 Definición y Evolución

Son ya más de 70 años desde que la Corte Internacional de Justicia emitió su decisión en el caso de Oscar Chin⁷³, fundamentándose en un difuso grupo de opiniones que fueron emitidas por los jueces internacionales más renombrados hasta el día de hoy.⁷⁴ De manera conjunta, todas estas opiniones representan una de las resoluciones más tempranas en el tema de equidad, ahora conocido como de no-

⁷³ The *Oscar Chin* Case, U.K. v. Belgium (12 december 1934).[1934] PCIJ Reports, Series A/B, No. 63.

⁷⁴ N. HORN, *Arbitrating Foreign Investment Disputes* (Kluwer: The Hague, 2004)

discriminación en el derecho internacional.⁷⁵ Desde 1934 mucho ha cambiado en el campo del derecho internacional de inversiones, con la introducción del TBI en 1958, el mismo que desde entonces ha sido reproducido en más de 2200 ocasiones alrededor del mundo con el propósito de velar por los intereses del inversionista, en más de 200 países.⁷⁶ La ventaja es que el estado ya no tiene que ser quién presenta la demanda representando a su nacional, por el simple hecho de que cada signatario unilateralmente consiente al arbitraje de inversiones bajo términos racionales dentro del tratado.

Todd Weiler⁷⁷ afirma que el caso *Chin*⁷⁸ es una situación donde muchos tribunales actuales hubieran querido participar; por más de seis décadas, muy pocos han tenido la oportunidad de considerar esta disputa. Este sector del derecho se ha desarrollado de manera acelerada, donde el área de no-discriminación ha sido desarrollada por varios tribunales internacionales.⁷⁹

2.2 La discriminación dentro del NAFTA

En el NAFTA se distinguen dos tipos de prohibiciones de discriminación contenidas en cuatro provisiones que son los artículos 1102, 1103, 1105 y 1110. El primer tipo de prohibición representa un estándar absoluto de protección que es parte del derecho internacional. El otro estándar es un examen comparativo, designado para asegurar equidad en el resultado y, al combinar estos dos se obtiene una prohibición total en contra del estado en cuanto a la discriminación dirigida hacia inversionistas extranjeros y sus inversiones. En este tema, las definiciones y el alcance de estas prohibiciones van evolucionando poco a poco, modificándose con decisiones en distintos tribunales. Es por esto que es altamente importante que las lecciones que son aprendidas en un tribunal se apliquen a otro únicamente cuando las circunstancias lo permitan, es decir cuando los principios son verdaderamente

⁷⁵ Weiler, Todd. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Op. cit. p. 557.

⁷⁶ WEILER, TODD. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Op. cit., p. 557.

⁷⁷ *Ibidem* p. 558.

⁷⁸ *The Oscar Chin Case*, U.K. v. Belgium. Op. cit.

⁷⁹ WEILER, TODD. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Op. cit. p. 558.

análogos y se ha puesto atención a los potenciales distintos objetivos de las distintas plataformas planteadas por los tratados.

2.3 Uso de un análisis comparativo para determinar la existencia de una medida discriminatoria y el enfoque de la OMC en el tema

Para determinar la discriminación gubernamental se prefiere utilizar el análisis comparativo en donde se encuentra más certeza. Este examen que se realiza se fundamenta en el hecho de que si es que algún comparado relevante, esta recibiendo un trato mas favorable que el inversionista. Lo importante en esta situación, como bien lo dice Todd Weiler siguiendo el viejo adagio, es no comparar manzanas con naranjas; esta comparación debe ser muy cautelosa dado las implicaciones que conlleva.⁸⁰

El enfoque que ha dado la Organización Mundial del Comercio hacia el principio de no discriminación radica en el reto que se mantiene tratando de proveer las mismas oportunidades de competitividad a todos sus miembros. Es por esto que el inversionista posee el derecho al mejor nivel de tratamiento, el mismo que es otorgado a un inversionista local o un inversionista extranjero que se encuentra en situaciones similares. Lo importante acá no es definir si es que el trato que se esta otorgando a las partes en cuestión es el mismo, sino enfocarlo en los resultados obtenidos por el trato recibido.⁸¹

2.4 La apreciación negativa, no-discriminación

La discriminación gubernamental es un principio que se lo conoce mas de manera negativa, es decir de no-discriminación.⁸² Este ya es reconocido en la práctica internacional, como parte del derecho internacional general, las decisiones

⁸⁰ WEILER, TODD. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. Op. cit. p. 561.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² MANIRUZZAMAN, A.F.M., *Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview*, 8 J. Transnational Law & Policy (1998), dentro de BISHOP Y OTROS, p. 1089.

judiciales y el derecho de los tratados. No existe duda alguna de que en el derecho internacional consuetudinario este principio está firmemente establecido. La discriminación por parte de un estado se ve dividida en dos partes, la primera es que las medidas tomadas en contra de una persona no deben ser relacionadas con la sustancia del asunto, por ejemplo la nacionalidad de la compañía; y la segunda es que la discriminación engloba el hecho de un trato distinto a personas iguales. Se establece que las reglas de derecho internacional en contra de la discriminación se encuentran satisfechas cuando existe un trato igual a los extranjeros, en relación a los nacionales del país que se encuentra en cuestión, respecto de su protección en situaciones similares.⁸³

Está también dentro de esta misma situación las provisiones de trato nacional y nación más favorecida, que van de la mano con el estándar de no-discriminación. Mediante esto se busca la prohibición de tratos discriminatorios en contra de inversionistas extranjeros. El inversionista extranjero debe ser tratado de igual manera que los inversionistas domésticos y los inversionistas de terceros países. En el caso de que se determine una discriminación de facto, el tribunal debe todavía buscar más profundo hasta determinar si las circunstancias requieren de un trato distinto para poder proteger el interés público.⁸⁴

2.5 Que constituye el tratamiento discriminatorio

Mientras ha sido reconocido de manera general que el derecho internacional requiere a los estados el impedir que discriminen en contra de los extranjeros, es un tanto menos claro que es lo que en efecto constituye dicho tratamiento discriminatorio. De manera general, un trato diferente otorgado hacia nacionales y extranjeros y entre diferentes grupos de extranjeros dentro de un mismo estado no necesariamente conlleva a una discriminación. Desde el punto de vista de Rudolph Dolzer y Margrete Stevens⁸⁵ para que de hecho exista un trato discriminatorio deben existir dos puntos fundamentales. El primero plantea la situación de que la medida

⁸³ BISHOP, DOAK; JAMES CRAWFORD, AND MICHAEL REISMAN. "Foreign Investment Disputes Cases Materials and Commentaries". Op. cit. p. 1089.

⁸⁴ *Ibidem* p. 1090.

⁸⁵ RUDOLF DOLZER AND MARGRETE STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*. Op cit., P. 1094.

tomada debe resultar en un actual daño al extranjero y segundo, que la medida tomada debe haber sido realizada con la intención de afligir al extranjero afectado. De esta manera, las medidas discriminatorias pueden tener lugar en el caso de que la medida es dirigida en contra del extranjero o del grupo de extranjeros basándose en su nacionalidad, y si los resultados de este acto en efecto menoscaban sus intereses.⁸⁶

Discriminación implica una distinción de dos personas sin razón alguna⁸⁷, donde podría darse el caso de que se interfiera o discrimine con la inversión de un grupo de personas pertenecientes a una misma nacionalidad, o donde exista una clasificación de personas basándose en su nacionalidad. Lo importante determinar en estas situaciones es si es que los actos que han sido ejecutados carecen buena fe o no.⁸⁸

La discriminación en este tema implica una distinción sin razón alguna, pudiéndose dar el caso de una expropiación que individualiza a un grupo de personas de una misma nacionalidad en particular. El criterio para determinar la buena fe en esta situación radica en el hecho de que si las distinciones hechas son razonables y por ende poseen un fin legítimo con una debida justificación, donde exista una relación de proporcionalidad entre lo que se busca con dichos actos y los medios empleados para obtener dicho fin, pero de todas formas lo que llega a importar son los efectos ocasionados. Los principios de buena fe y abuso de los derechos son subjetivos, pero lo importante es aplicar de manera objetiva estos principios a hechos concretos de manera que se pueda determinar la razonabilidad o irracionalidad de la discriminación, por ende encontrando su legalidad o ilegalidad. La discriminación basada únicamente en cuestiones raciales es totalmente injustificable y por último la permanente soberanía sobre los recursos naturales que posee un Estado nunca podrá blindar a este de sus actos ilegítimos.⁸⁹

2.6 Forma de las medidas discriminatorias

⁸⁶ RUDOLF DOLZER AND MARGRETE STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*. Op. cit. p. 1094.

⁸⁷ MANIRUZZAMAN, A.F.M., *Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview*, Op. cit.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

Las medidas discriminatorias por parte de un estado pueden tomar varias formas, donde estas se basan en raza, religión, afiliaciones políticas, discapacidades y otros criterios. En el contexto que nos incumbe, es decir en el derecho internacional de inversiones, el problema mas frecuente se radica en la nacionalidad.⁹⁰

El tribunal en *Lauder v. Rep. Checa*⁹¹ resolvió:

Para que una medida sea discriminatoria, esta no necesita violar la ley nacional, debido a que la ley nacional puede contener una disposición que es discriminatoria hacia la inversión extranjera, o puede estar falta de una disposición que prohíba la discriminación hacia la inversión extranjera.⁹²

La práctica que ha tratado con discriminación se ha concentrado en dos cuestiones claves: la primera se refiere a la base de la comparación de la supuesta discriminación y la otra es la pregunta de que si la intención discriminatoria es un requisito para determinar un acto discriminatorio o si el solo hecho de un trato desigual en sí ya es suficiente.⁹³

En algunos casos, el tema de encontrar una base para comparar nunca surgió. Desde que los tribunales lograron encontrar tratos diferentes injustificados dentro de negocios que giraban en una misma área de actividades⁹⁴ se llegó a una base de comparación. Por otro lado, en cuanto a la relevancia de la intención dentro de las medidas discriminatorias, los tribunales se han inclinado por una aproximación

⁹⁰ DOLZER, RUDOLPH AND SCHREUER, CHRISTOPH., “Principles of International Investment Law”. Op. cit., P. 176.

⁹¹ Ronald S. *Lauder v. Republica Checa*, Laudo, Septiembre 3 de 2001, ICSID Reports 66.

⁹² Ronald S. *Lauder v. Republica Checa*, Laudo, Septiembre 3 de 2001. párrafo 220. (Traducción realizada por el autor.) cita original en ingles: For a measure to be discriminatory, it does not need to violate domestic law, since domestic law can contain a provision that is discriminatory towards foreign investment, or can lack a provision prohibiting the discrimination of foreign investment.

⁹³ Dolzer, Rudolph and Schreuer, Christoph., “Principles of International Investment Law”. Op. Cit. P. 177.

⁹⁴ *Nycomb v. Latvia*, laudo, diciembre 16 de 2003, dentro de Stockholm International Arbitration Review. 2005:1, p. 53, seccion 4.3.2, P.99. *Saluka v. Rep. Checa*, laudo parcial, marzo 17 de 2006, parrafos 313-347, 466.

objetiva, donde se revisan las consecuencias directas de cada medida en particular.⁹⁵

En relación con este tema el tribunal en *Siemens v. Argentina* planteó que:

El tribunal concuerda que la intención no es decisiva o esencial para determinar si una medida es discriminatoria y, que el impacto de la medida en la inversión seria el factor concluyente para determinar si es que esta resulto en discriminatoria o no.⁹⁶

2.7 La discriminación fuera del contexto del derecho internacional consuetudinario

Cabe analizar la no-discriminación fuera del derecho internacional consuetudinario, es decir en el ámbito del derecho internacional convencional, debido a que esta no es reconocida como parte de tal.⁹⁷ Este principio nace de manera explícita en los tratados o acuerdos bilaterales de inversiones que firman determinados estados. En este caso, los principios vienen a basarse en tratados, donde lo que se encuentra es el contorno de estos estándares en casos específicos, mas no ya en un ámbito global, dado el hecho de que estos están contemplados en un tratado y este obliga únicamente a las partes que lo firmaron, rigiéndose estas por el texto del mismo.⁹⁸

De manera similar, en el derecho internacional el principio de equidad, o de equidad de trato se expresa generalmente de manera negativa, es decir como el de no-discriminación.⁹⁹ El concepto simple de no-discriminación llega a ser un poco elusivo tanto en el campo del derecho internacional y local. Consecuentemente el

⁹⁵ DOLZER, RUDOLPH AND SCHREUER, CHRISTOPH., “Principles of International Investment Law”.Op. cit., P. 177. Ver S.D. Myers v. Canada, laudo sobre responsabilidad, 13 de noviembre de 2008, párrafos 252-254.

⁹⁶ *Siemens v. Argentina*, laudo, 6 de febrero de 2007, párrafo 321.(traducción hecha por el autor). Cita original en ingles: The tribunal concurs that intent is not decisive or essential for a finding of discrimination, and that the impact of the measure on the investment would be the determining factor to ascertain whether it had resulted in non-discriminatory treatment.

⁹⁷ MANIRUZZAMAN, A.F.M., *Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview*, Op. cit., p. 1093.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ BISHOP, DOAK; JAMES CRAWFORD, AND MICHAEL REISMAN.”*Foreign Investment Disputes Cases Materials and Commentarie*”.Op. cit., p. 1089-1090.

concepto de discriminación engloba dos elementos, el primero reconoce que las medidas tomadas en contra de un particular deben ser por razones que sean completamente ajenas a la sustancia de la situación, por ejemplo la nacionalidad de esta persona o de su compañía. Segundo, la discriminación engloba la situación de que personas similares o parecidas, sean tratadas de manera desigual. Esos son los dos elementos característicos de la discriminación, pero también existe una definición más literal que prescribe que las reglas del derecho internacional en contra de la discriminación se podrán considerar satisfechas en el momento que los extranjeros sean tratados de la misma manera que los nacionales de un país en cuestión, respecto de la protección de situaciones similares.¹⁰⁰

2.8 El punto de vista del profesor A.F.M. Maniruzzaman

Existen dos puntos de vista que denotan la presencia de la discriminación:

- Medidas que son dirigidas exclusivamente hacia la propiedad de un extranjero en un campo donde también se encuentran presentes intereses de un nacional, constituirían una ilegal discriminación.¹⁰¹
- Medidas que son aplicadas en un ámbito general pero que singularizan propiedad de un extranjero para un trato desigual, también constituyen discriminación.¹⁰²

El instituto de derecho de los Estados Unidos estableció que la conducta será discriminatoria frente a un extranjero cuando esta involucre un trato hacia el extranjero que sea distinto del otorgado a los nacionales o extranjeros de distinta nacionalidad, sin ningún fundamento razonado para dicha diferencia.¹⁰³ Por otro lado, la discriminación implica una distinción sin razón alguna, donde se quiten

¹⁰⁰ MANIRUZZAMAN, A.F.M., *Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview*, Op. cit. 1090

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 1089-1094.

¹⁰² *Ibidem*

¹⁰³ *Ibidem*

propiedades que pertenecen a una sola nacionalidad individualmente.¹⁰⁴ De igual manera la discriminación estará presente cuando se den clasificaciones, aun cuando estas sean basadas en nacionalidad y estén relacionadas con la seguridad o políticas económicas del estado.

Similarmente si se da la situación de que en un país no existen empresas locales propiedad de nacionales o extranjeros de distinta nacionalidad que el que esta en cuestión, no existe un punto o parámetro sobre el cual se pueda comparar la situación de estos para poder determinar si existe o no discriminación.¹⁰⁵ En sentido estricto un estado tiene el derecho de actuar en una determinada manera, pero lo importante es que su actuación sea de buena fe y que mantenga un sentido de responsabilidad, solo entonces no derivará en discriminatoria.¹⁰⁶

2.9 Propósito, importancia y necesidad de los principios de no interferencia y no discriminación en el Derecho Internacional de Inversiones

En base a la cobertura de los tratados que fue analizada en el primer capítulo, cabe recalcar la importancia de la presencia de estos dos principios en los TBI's y en el Derecho Internacional de Inversiones.¹⁰⁷ Los tratados bilaterales de inversión buscan la protección y la promoción de inversiones entre los países que firman el mismo, pero estas inversiones deben gozar de una adecuada protección, cuestión que ya fue comentada en el primer capítulo.¹⁰⁸ Al ser la jurisprudencia la que indica una clara falta de diligencia por parte de los estados o de los inversionistas en el momento de tratar inversiones, cada día se debe ir evolucionando en este campo, se debe plantear dentro del TBI la no interferencia y la no discriminación de las inversiones explícitamente.

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ MANIRUZZAMAN, A.F.M., *Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview*, Op. cit., p. 1089-1094.

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ *Supra* citas 19-24.

¹⁰⁸ *Supra* cita 41.

Anteriormente planteamos ciertos puntos de vista de algunos doctrinarios los mismos que plantean la independencia del estándar de trato justo y equitativo, mas allá del trato mínimo internacional requerido por el derecho internacional consuetudinario, cuestión con la que estamos de acuerdo, pero agregando una referencia explícita para la no existencia de interferencia o discriminación hacia la inversión por parte del gobierno del estado receptor de la misma. Tenemos que tener en cuenta que en esta situación existe un beneficio mutuo, es decir la inversión realizada, por supuesto que genera un beneficio hacia el inversionista, pero de igual manera hacia el estado y su propio desarrollo. La doctrina ha establecido el requerimiento de promover el desarrollo del país a raíz de la inversión como parte del concepto mismo de inversión. Al existir este beneficio mutuo para ambas partes, no se encuentra la razón o fundamento por el cual un gobierno pueda interferir directamente con la inversión de un extranjero, pero esta situación efectivamente se da.

La protección hacia la inversión debe ser completa, es decir se deben tomar en cuenta todos los ángulos posibles para proteger tanto a la inversión, como al inversionista y al estado receptor. Al hablar de esta protección completa, me refiero al hecho de que se debe consensuar al momento de firmar un tratado el garantizar un trato justo y equitativo, una no interferencia, una no discriminación y una protección y seguridad plenas. Creo que se debe tomar en cuenta siempre a los principios de no interferencia y no discriminación dentro del trato de las inversiones dado que crean un complemento fundamental hacia la protección de las inversiones.

Por otro lado, el propósito de estos dos principios va de la mano directamente con su nombre, es decir, lo que se busca al establecerlos en un TBI es el buscar la no interferencia y discriminación gubernamental. Siempre va a ser necesaria la presencia de estos principios en la protección de una inversión debido a que existe una relación directa entre la discriminación y la nacionalidad de una inversión. El punto que estoy tratando de hacer es que en la jurisprudencia existen ciertos casos que analizaremos mas adelante donde la razón por la cual existe un trato diferente hacia el inversionista y su inversión es su nacionalidad.

2.9.1 Casos representativos relacionados con interferencia y discriminación gubernamental

2.9.1.1 Elettronica Sicula, SA (caso ELSI) Estados Unidos v. Italia, Corte Internacional de Justicia, Julio 20 de 1989.

El “caso ELSI” fue una disputa de inversiones que se resolvió en la Corte Internacional de Justicia.¹⁰⁹ Este caso presenta el ejemplo clásico de una inversión transnacional amargada por las acciones del estado receptor que buscó mantener su status quo domestico. En este caso la Corte Internacional de Justicia falló a favor de Italia, aún reconociendo el hecho de que la requisa de la compañía iba en contra de su propia ley nacional.¹¹⁰ La situación que debía darse era permitir a las compañías dueñas de ELSI, entre esas las estadounidenses, ejecutar un plan ordenado de liquidación.¹¹¹ La discriminación se hace presente en contra de Estados Unidos dado que la situación económica por la que la compañía atravesaba aún permitía a sus dueños ejercer importantes derechos de administración y control, antes de que el gobierno italiano lleve a cabo la requisa. Lo que queda claro es que el gobierno italiano intervino previniendo que un curso específico de eventos se lleve a cabo.

La decisión en el caso ELSI afectó adversamente derechos sustantivos del tratado de amistad, comercio y navegación. Los Estados Unidos debieron demostrar el hecho de que en caso de haberse dado la liquidación voluntaria por parte de los dueños de la compañía, esta hubiese sido satisfactoria.¹¹² Cabe resaltar en esta situación el hecho de que las prohibiciones existentes que provienen del tratado firmado entre Estados Unidos y Italia son violadas, es decir la no discriminación y arbitrariedad que se pacta en entre estados no es reconocida, entonces el trato justo y equitativo se quebranta mediante la promulgación que hace el gobierno italiano, mediante su representado, el alcalde de Palermo que requisa la compañía propiedad también de los inversionistas estadounidenses.

¹⁰⁹ Elettronica Sicula, SA (ELSI) Case (U.S. v. Italy) ICJ, Judgement of 20 July 1989.

¹¹⁰ MURPHY, SEAN D., The ELSI Case: An investment dispute at the international court of justice, 16 Yale J. Int'l L. 391 (1991)

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Ibidem*.

Los Estados Unidos pierde este proceso debido a que su planteamiento no fue el correcto.¹¹³ Esto denota la igualdad que existe en los procesos internacionales en el campo de las inversiones. Esta contienda que se ventiló frente a la Corte Internacional de Justicia estableció el ámbito de los actos arbitrarios, donde claramente reconoció que los Estados Unidos tenía la razón, pero el enfoque que había dado la parte actora no era el correcto, por lo que el fallo no le favoreció. Lo importante en este caso hubiese sido relacionar las liquidaciones que se dan a las compañías nacionales en Italia, y bajo que circunstancias ocurre esto. Sean D. Murphy¹¹⁴ plantea que fácilmente los estados unidos podrían haber probado que las medidas tomadas en contra de ellos claramente eran discriminatorias y no tenían fundamento alguno, tanto así que la orden emitida por el alcalde de Palermo en Italia a favor de Elettronica Sicula nunca tuvo el efecto deseado, y peor aún el efecto deseado, faltándole siempre motivación legal.¹¹⁵

Es acá donde se hace la pregunta de que si los tratados se firman para que sean respetados, donde se busque un beneficio para ambas partes.¹¹⁶ En este caso, la protección que estos supuestamente deberían proporcionar, queda en nada dado que no se respetan las provisiones del tratado.

Adicional al tratado de amistad, comercio y navegación firmado entre Italia y Estados Unidos, se agregó un acuerdo suplementario el mismo que en su primer artículo estipulaba que los nacionales, corporaciones y asociaciones de cualquiera de las partes contratantes no podrán ser sujeto de arbitrariedades o medidas discriminatorias dentro de los territorios de las partes contratantes.¹¹⁷ Este artículo formula dos literales, donde el primero establece que no se podrá prevenir el control efectivo y el manejo de empresas que hayan sido permitidas incorporarse o comprarse en cualquiera de los estados partes, y el segundo, empeorar los otros derechos adquiridos legalmente conjuntamente con sus propios intereses sobre dichas empresas o en las inversiones que hayan hecho, ya sea en forma de fondos

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ MURPHY, SEAN D., *The ELSI Case: An investment dispute at the international court of justice*, Op. cit.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ GRANATO, LEONARDO, *Aportes para la protección y defensa del inversor extranjero en el MERCOSUR*, Op. cit.

¹¹⁷ Elettronica Sicula, SA (ELSI) Case (U.S. v. Italy) ICJ, Judgement of 20 July 1989, dentro de BISHOP Y OTROS. P. 1071, 1072.

económicos, materiales, equipamiento, servicios, procesos, patentes, técnicas y demás.¹¹⁸ Los Estados Unidos plantea la demanda en contra del gobierno italiano, estableciendo que las medidas tomadas para liquidar la compañía habían sido arbitrarias y discriminatorias.¹¹⁹ El IRI o “Istituto per la Ricostruzione Industriale” que era una entidad del gobierno italiano buscaba el control de la compañía, la misma que también formaba parte Raytheon y Machlett de los Estados Unidos. Las decisiones tomadas fueron en contra de los intereses de las compañías norteamericanas donde estas buscaban una liquidación voluntaria de la compañía, no una notificación al gobierno de que la misma se encontraba en banca rota.

Lo planteado anteriormente es fundamental en esta situación, donde el gobierno italiano emitió una orden que no tenía ningún tipo de motivación, la base legal donde el alcalde sustentó la orden de requisa era meramente teórica, la misma que en sí no podía alcanzar los efectos intencionados, y efectivamente no logró obtener los resultados intencionados, claramente denotando un ejemplo de exceso de poder.¹²⁰

Los inversionistas norteamericanos claramente tenían su participación en la compañía italiana y por ende derechos adquiridos de manera legal. Al solicitar las compañías norteamericanas una liquidación regular bajo la legislación italiana para poder saldar sus deudas e inclusive tratar de seguir con la compañía dado que poseían derechos de administración plenamente vigentes, el estado italiano requiso la misma, obligándola a declararse en bancarrota, de tal manera que tuvo que liquidarse inmediatamente bajo fundamentos del gobierno italiano, donde lo que se buscaba era el beneficio de las participaciones italianas, es decir que estas no se vean perjudicadas.¹²¹ Ahora, en base al punto fundamental de nuestro análisis, si es que la acción que inicio el gobierno estadounidense frente a la Corte Internacional de Justicia en contra de Italia se hubiera fundamentado en un quebrantamiento del trato justo y equitativo, los resultados hubieran sido distintos.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Ibidem*. p. 1076.

¹²¹ *Ibidem*. p. 1074.

2.9.1.2 Eastman Kodak Co. v. Irán, Laudo No. 329-227-3 del 11 de noviembre de 1987, Irán-U.S. Claims Tribunal.

El caso de Eastman Kodak v. Iran¹²² es uno de los más representativos dentro del principio de no interferencia en el Derecho Internacional de Inversiones. La compañía Eastman Kodak Company estableció una subsidiaria bajo el nombre de Rangiran en Irán, la misma que se constituyó para distribuir productos Kodak en este país y además operar como un laboratorio para revelar fotografías. El 4 de Noviembre de 1979 la embajada de los Estados Unidos en Teherán fue ocupada y su personal capturado. Seis días después los dos últimos trabajadores extranjeros de la compañía iraní, el gerente general y el gerente de operaciones, ambos estadounidenses, evacuaron el país.¹²³

Antes de su partida nombraron un comité de administración. Rangiran mantenía cuentas bancarias en dos bancos, Melli y Sepah, a donde los miembros de este comité de administración acudieron para obtener dinero y así lograr la manutención de la compañía, donde se encontraron con la sorpresa de que sus cuentas habían sido congeladas por orden directa del Fiscal General de la República Revolucionaria Islámica de Irán hasta que se dicte una orden posterior. Posterior a esta congelación de las cuentas, los pagos de salarios de empleados de la compañía y ciertos gastos eran llevados a cabo con la supervisión directa del Fiscal General revolucionario.¹²⁴

Posteriormente, el 27 de Noviembre de 1979, el Consejo de Trabajadores de Rangiran recibieron un comunicado de parte del Departamento de Investigación de la oficina del Fiscal General, la misma que decía que

Previo a una decisión final respecto de las compañías extranjeras especialmente las norteamericanas, informamos al Consejo que serán ustedes los que deban supervisar temporalmente la importación, entrega y venta de productos de la compañía. De igual manera los administradores de la compañía deben solicitar la aprobación del consejo de

¹²² Eastman Kodak Co. v. Irán, Laudo No. 329-227-3 del 11 de noviembre de 1987, Irán-U.S. Claims Tribunal, dentro de BISHOP Y OTROS. p. 1001.

¹²³ Eastman Kodak Co. v. Irán, Op. cit., p. 1002.

¹²⁴ Eastman Kodak Co. v. Irán, Op. cit., p. 1002.

trabajadores para llevar a cabo sus diligencias. En caso de que algo saliera distintamente a lo planteado deberá ser reportado a esta oficina.¹²⁵

El 24 de diciembre de 1979 el Consejo Revolucionario de la República Islámica de Irán designó al Sr. Akbar Khodakhah como la persona encargada de supervisar las acciones de la compañía Rangiran. Al término de todas estas actuaciones gubernamentales, el 10 de marzo de 1980 los accionistas de la compañía sostuvieron una junta general extraordinaria de accionistas en los Estados Unidos, donde se decidió liquidar la compañía de manera definitiva. Posterior a esta junta se conformó un Consejo de Liquidación el mismo que decidió terminar las operaciones de la compañía con los respectivos avisos a los empleados del cierre de la compañía. Dadas las circunstancias los empleados no estuvieron de acuerdo con las acciones tomadas por el Consejo de Liquidación y se tuvieron que mantener largas negociaciones con los trabajadores donde finalmente se logró llegar a un acuerdo. Una vez llegado al acuerdo se logró pagar a los empleados sus indemnizaciones por la terminación de la relación laboral.¹²⁶

Esta es una clara situación en donde se hace presente la interferencia gubernamental la misma que deriva de una discriminación por cuestiones de nacionalidad. Se inicia la intervención hacia la compañía norteamericana por su nacionalidad, de la mano con la toma de la embajada norteamericana dentro de Irán. En este caso claramente existe interferencia por parte del gobierno iraní, el mismo que interviene en la totalidad del giro del negocio del inversionista extranjero.

Lo curioso en este caso es que se reconoce la interferencia, pero desde un punto de vista distinto donde se concluye que esta no fue lo suficiente para considerarse como expropiación, es decir el tribunal resuelve que la interferencia va de la mano con la expropiación.¹²⁷

¹²⁵ Eastman Kodak Co. v. Irán, Laudo Op. cit., p. 1002. (Traducción realizada por el autor). Cita original en inglés: Prior to final decision in respect of foreign companies, especially American companies, we hereby inform the Council that you should temporarily supervise the importation, delivering and sale of the company's products. And, the company's official are bound to get the employees' council approval for the running of the company's affairs. In the case of observation of anything wrong, it should be reported to this office.

¹²⁶ Eastman Kodak Co. v. Irán, Op. cit. p. 1003.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 1005.

En este caso, la demanda se da por una supuesta expropiación, la misma que el tribunal considera que no existe, sino que definitivamente lo que existe es un nivel menor de interferencia, el mismo que no puede llegar a ser considerado como una expropiación.¹²⁸

Desde nuestro punto de vista cabría claramente una demanda donde se solicitaría una indemnización por una interferencia gubernamental que derivó directamente en un quebrantamiento del trato justo y equitativo, responsabilizando al estado receptor de la inversión. Este sería otro ángulo completamente distinto mediante el cual tendría mucho más sentido al buscar una indemnización por los daños ocasionados.

2.10 Relación de los actos arbitrarios con la interferencia y discriminación gubernamental

La prohibición del trato arbitrario por parte de un estado hacia el inversionista pertenece a los estándares clásicos de los tratados de inversiones.¹²⁹ Los estados signatarios de TBI's dejan a un lado las acciones arbitrarias y por ende, los inversionistas extranjeros de manera justa esperan que dichos estados receptores sigan este principio. La palabra arbitraria hace alusión a una acción que depende de discreción individual o fundada en prejuicios o preferencias antes que en razones fundamentadas o hechos. La Corte Internacional de Justicia definió a los actos arbitrarios como una no puesta de atención voluntaria al debido proceso, donde los resultados de un acto como tal son sorprendentes y acentúan un adueñamiento judicial.¹³⁰

El tribunal de *LG&E v. Argentina* adoptó la siguiente definición de actos arbitrarios:

Medidas que afecten las inversiones de nacionales de la parte que no está involucrada en un proceso racional de toma de decisiones. Tal proceso incluiría una consideración

¹²⁸ *Ibidem*, p. 1005.

¹²⁹ DOLZER, RUDOLPH AND SCHREUER, CHRISTOPH., "Principles of International Investment Law". *Op. cit.*, p. 173.

¹³⁰ *Ibidem*.

del efecto de una medida en las inversiones extranjeras y un balance de los intereses del estado con cualquier carga impuesta en dichas inversiones.¹³¹

Por otro lado en el aspecto fundamental del presente análisis, algunos tribunales¹³² han analizado los actos discriminatorios y arbitrarios y el quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo como dos cuestiones distintas, donde desde mi punto de vista deberían ir de la mano.

2.10.1 Conducta arbitraria que deriva en discriminación

Los actos u omisiones ilegales son los que resultan de una no actuación por parte del estado de cualquier obligación convencional tomada por este respecto de los derechos patrimoniales de terceros. Las consecuencias jurídicas de estos ilícitos son obvias dadas las circunstancias de que su carácter de ilegalidad es intrínsecamente contrario al derecho internacional.¹³³

De esta manera no solo se responsabiliza directa e inmediatamente al estado, sino que se impone la obligación de reparar el daño causado de manera estricta. Los actos u omisiones que son arbitrarios por parte de un estado involucran una conducta que es contraria al derecho internacional, pero a su vez ocurren en conexión con actos que son intrínsecamente legales. En algunos casos que involucran responsabilidad internacional, el estado esta haciendo uso de su derecho de afectar los derechos patrimoniales de ciertos individuos por varias razones en distintas maneras, pero incurrirá en responsabilidad únicamente cuando estos actos u omisiones sean contrarios al derecho internacional.¹³⁴

La distinción entre actos u omisiones que son ilícitos y actos u omisiones que son arbitrarios fue explícitamente reconocida por La Corte Internacional de Justicia

¹³¹ LG&E v. Argentina, Decisión sobre responsabilidad, Octubre 3 de 2006. párrafo 158. (Traducción realizada por el autor.) cita original en inglés: measures that affect the investments of nationals of the other party without engaging in a rational decision-making process. Such process would include a consideration of the effect of a measure in foreign investments and a balance of the interests of the state with any burden imposed on such investments.

¹³² Ver Occidental v. Ecuador, laudo del 1 de julio de 2004, párrafos 159-166, Lauder v. Republica Checa, laudo del 3 de septiembre de 2001, párrafos 214-228, Genin v. Estonia, laudo del 25 de junio de 2001, párrafos 368-371.

¹³³ GARCÍA AMADOR, F.V., Special Rapporteur Report, International Law Commission. (1959)

¹³⁴ *Ibidem*.

en el tema de expropiaciones. Existen tres características que llevan a un acto a ser arbitrario, los mismos que se aplican de manera general. El primer criterio hace alusión a los motivos y propósitos del acto del estado. Se entiende que este cuestionamiento sería puramente del derecho interno, debido a que se encuentra fuera de la jurisdicción del derecho internacional en cierta manera. El juzgar las razones o los objetivos que llevaron a un estado a tomar medidas que afectan los derechos patrimoniales de individuos, sean nacionales o extranjeros, no ha sido justificado por la práctica de tribunales internacionales; no se ha llegado a esa conclusión, siendo esta cuestión concerniente al derecho internacional. El segundo criterio se relaciona con el procedimiento seguido por el estado, por mas que el estado tiene su propia libertad de acción, la pregunta acá es si el acto o la omisión constituye una denegación de justicia imputable al estado, de manera que si esta medida no puede sustentarse en el interés público, la naturaleza arbitraria del acto u omisión sería evidente. El tercero y último criterio es el que mas nos interesa para nuestro análisis, dado que este se relaciona con la discriminación entre nacionales y extranjeros.¹³⁵

El punto de vista tradicional en esta situación se refleja en el hecho de que si las medidas tomadas por el estado afectan a un extranjero, el estado será responsable por su conducta si es que esta no esta de acuerdo con el estándar internacional mínimo de justicia, por mas que haya aplicado la misma medida a sus nacionales. En este caso, se ha argumentado que extranjeros deben recibir un trato preferencial.¹³⁶

En esta materia el derecho internacional no hace ningún tipo de distinción entre nacionales y extranjeros, de manera que necesariamente implica un régimen de equidad en el uso y disfrute de estos derechos y libertades. Por consiguiente el extranjero tiene derecho a reclamar que el estado no discrimine en contra de él, aplicando las medidas que están en cuestión anteriormente, y fundamentalmente que las medidas tomadas en contra de él no sean fundamentadas en el hecho de su estado de extranjero en un país ajeno al de su nacionalidad.¹³⁷

¹³⁵ GARCÍA AMADOR, F.V., Special Rapporteur Report, Op. cit.

¹³⁶ BISHOP, DOAK; JAMES CRAWFORD, AND MICHAEL REISMAN."Foreign Investment Disputes Cases Materials and Commentarie".Op. cit. p. 951-952.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 952.

La responsabilidad internacional generalmente existe como una consecuencia del no cumplimiento de una obligación internacional, pero de igual manera esta se puede hacer presente cuando un estado perjudica a una persona mediante el ejercicio abusivo de su derecho, por ende ignorando las limitaciones que le competen como estado y extralimitándose.¹³⁸

2.11 Conclusión

Es así como la doctrina ha ido desarrollando a los principios de interferencia y discriminación dentro del Derecho Internacional de Inversiones. Pudimos ver como poco a poco tribunales y jueces internacionales han llegado a distintos puntos de vista, donde unos asimilan estos principios negativamente, como de no-interferencia y no-discriminación, mientras que otros simplemente optan por definirlos. Posteriormente encontramos en los actos arbitrarios una similitud con la interferencia y la discriminación gubernamental. Esta similitud se ve reflejada en el hecho de que un acto arbitrario puede derivar en una interferencia o discriminación por parte del gobierno, es decir un acto arbitrario engloba las dos categorías, en la medida que interfiere o discrimina en contra de la inversión.

Una vez que dentro de estos dos primeros capítulos analizamos con detenimiento los estándares y principios de trato justo y equitativo, interferencia y discriminación gubernamental, en el próximo capítulo veremos como estos interactúan entre sí.

CAPÍTULO III

¹³⁸ GARCÍA AMADOR, F.V., Special Rapporteur Report, Op. cit.

EL ALCANCE DE LA INTERFERENCIA Y LA DISCRIMINACIÓN GUBERNAMENTAL COMO UN CRITERIO PARA DETERMINAR UN QUEBRANTAMIENTO DEL ESTANDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN RELACIONÁNDOLOS CON LA SITUACIÓN ACTUAL DEL ECUADOR

3.1 No compatibilidad de la interferencia y la discriminación gubernamental con el trato justo y equitativo

El inversionista extranjero espera que el estado receptor actúe de manera consistente, libre de cualquier ambigüedad y con total transparencia en sus relaciones con él, de manera que sepa antes que nada cada una de las reglas y regulaciones existentes que gobernarán su inversión, al igual que las metas, políticas relevantes, prácticas administrativas y directivas, para poder planear sus inversiones y cumplir con todas las regulaciones planteadas en la legislación local¹³⁹, cuestión me atrevo a decir, lamentablemente no existe en el Ecuador dada la inestabilidad y falta de previsibilidad que sobra en este país. En esta relación inversionista-estado, lo importante es que el estado receptor de la inversión mantenga un marco legal y de negocios que respete el trato justo y equitativo, por ende siendo beneficioso para ambas partes, aprovechando al máximo los recursos económicos.¹⁴⁰

¹³⁹ Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003, 43 ILM 133(2004), párrafo 154, dentro de CAMPBELL MCLACHLAN QC Y OTROS, *International Investment Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 235. Nota: Esta cita representa la exposición de mayor alcance del principio subyacente a la noción de legítimas expectativas en desarrollo, tal como se aplica al trato justo y equitativo en el Derecho de Inversión.

¹⁴⁰ CAMPBELL MCLACHLAN QC Y OTROS, *International Investment Arbitration*, Op. cit. p. 236.

Fundamentalmente lo que se debe saber en cuanto al trato justo y equitativo es que este es un sinónimo de estabilidad y previsibilidad.¹⁴¹

Las compañías o personas naturales que invierten en un país extranjero necesariamente buscan un beneficio propio, pero siempre existirá un beneficio también para el estado receptor, es por esto que los mismos estados en ciertos casos, como Argentina a través del proceso de privatización buscan esta inversión extranjera para mejorar su condición económica o en ciertas ocasiones simplemente necesitan de la inversión extranjera para llevar a cabo ciertas obras dentro de su país que no pueden lograr por sí solos.

De ahí que estas deben estar protegidas y alejadas de cualquier interferencia y discriminación gubernamental que de cualquier manera pueda disminuir el valor de estas y consecuentemente generar una pérdida para el inversionista. Es esta la razón por la cual la interferencia y la discriminación gubernamental no son compatibles con el estándar de trato justo y equitativo, dado que mientras el uno busca estabilidad para la inversión, las otras hacen completamente lo contrario.

Existen varios casos¹⁴² donde la interferencia y la discriminación gubernamental se han hecho presentes, pero no siempre se ha reconocido un quebrantamiento del trato justo y equitativo. El problema diría yo es que siempre se trata de demostrar que la inversión ha sido expropiada¹⁴³, ya sea mediante una serie de actos gubernamentales que han interferido con la inversión o distintas razones que han sido expresadas en ciertos tribunales, pero dada la naturaleza de la expropiación es bastante difícil de demostrarla ante un tribunal por lo que no siempre se logra un compensación.

En el arbitraje de inversiones, importa de sobremanera la estrategia utilizada por la parte demandante, donde se debe plantear el problema de una manera clara y coherente, tratando de demostrar exactamente lo que ocurrió. Es por esto que yo creo que las interferencias y las discriminaciones gubernamentales deben ser

¹⁴¹ CMS Gas Transmission Co v. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 20 de abril de 2005, párrafo 284, dentro de CAMPBELL MCLACHLAN QC Y OTROS, p. 236.

¹⁴² Eastman Kodak Co. v. Iran, Award No. 329-227-3 of 11 November 1987, SD Myers Inc v Canada, First Partial Award and Separate Opinion, Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 249 (2000) 13 November 2000.

¹⁴³ EnCana v. Ecuador, Laudo, 3 de febrero de 2006, arbitraje bajo reglas UNCITRAL. Nota: dentro de este caso la mayoría del tribunal estableció que no existió expropiación por parte del Ecuador.

canalizadas por un reclamo de quebrantamiento del estándar de trato justo y equitativo, donde el resultado puede llegar a ser mucho más beneficioso para la parte actora.

Las situaciones en donde se hace presente la interferencia gubernamental son varias.¹⁴⁴ En la jurisprudencia de esta rama del derecho que mas adelante analizaremos, existen diversos casos donde se han congelado cuentas del inversionista extranjero, modificado condiciones contractuales, devaluado monedas en beneficio del estado, dejado de rembolsar impuestos, liquidado compañías de las cuales el inversionista es parte sin su consentimiento, obligado a salir del país a funcionarios de la compañía inversora entre otros. Dentro de estas situaciones claramente existe una interferencia o discriminación gubernamental que mediante actos arbitrarios en ciertos casos y hasta en ciertas situaciones legales, han afectado la inversión extranjera, necesariamente quebrantando el estándar de trato justo y equitativo.

Son estas situaciones en donde las actuaciones gubernamentales no son apegadas a derecho y por ende discriminatorias. Es por esto que es tan importante la existencia del estándar de trato justo y equitativo separado del trato mínimo reconocido por el derecho internacional.¹⁴⁵ El tribunal de *Sempra v. Argentina* estableció que

Bien puede ser que en ciertas circunstancias en donde el estándar mínimo internacional es lo suficientemente elaborado y claro, el estándar de trato justo y equitativo podría ser equiparado con este, pero en los otros casos, puede ocurrir lo contrario, en donde el estándar de trato justo y equitativo es mucho más preciso que sus ancestros del derecho internacional consuetudinario. En varias ocasiones, la cuestión ni siquiera será si es que el estándar de trato justo y equitativo es diferente o más exigente que el estándar consuetudinario, sino solo si es que es mas específico, menos genérico y expresado en un lenguaje contemporáneo, para

¹⁴⁴ *Sempra Energy International v Argentina*, Laudo y opinión parcial disidente, CIADI Caso No ARB/02/16, IIC 304 (2007), septiembre 28 de 2007; *Siemens AG v Argentina*, Laudo y opinión separada, Caso CIADI No ARB/02/8, IIC 227 (2007) 6 de febrero de 2007, *Elettronica Sicula, SA (ELSI) Case (U.S. v. Italy)* ICJ, Judgement of 20 July 1989.

¹⁴⁵ *Supra* cit. 40.