

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**LA VIOLACIÓN A LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DE LOS
INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y EL ESTÁNDAR DEL TRATO
JUSTO Y EQUITATIVO SEGÚN LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN
DE INVERSIONES SUSCRITOS POR EL ECUADOR**

PAOLA LINETTE ROMERO DUEÑAS

Tesina de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, Diciembre de 2008

© Derechos de Autor
Paola Linette Romero Dueñas
2008

*A mi familia por su ejemplo y paciencia,
A mis amigos por su apoyo y buena compañía
Santi por tu incondicionalidad*

RESUMEN

La presente tesina trata acerca de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros como elemento del estándar de trato justo y equitativo contenido en los tratados de inversión. El concepto de las expectativas legítimas ha generado amplias discusiones y debates entre Estados e inversionistas, pero su continua aplicación en la práctica arbitral hace indiscutible su creciente importancia en las controversias en materia de inversión. En el desarrollo del estudio se demuestra como estas expectativas pueden llegar restringir la potestad normativa y administrativa del Estado Receptor, y como dicho Estado puede incurrir en responsabilidad internacional por la frustración de las expectativas legítimas generadas en el inversor. El estudio termina evaluando la protección de las expectativas legítimas en el Ecuador, analizando las disposiciones referentes al trato justo y equitativo en los tratados de inversión, así como resaltando un importante caso internacional en el que el Ecuador fue condenado por violación al trato justo y equitativo, en virtud de la frustración de las expectativas legítimas del inversionista.

ABSTRACT

This thesis is about the legitimate expectations of foreign investors as an element of the fair and equitable treatment standard contained on investment treaties. The concept of legitimate expectations has generated several discussions and debates among investors and States, nevertheless, its constant application on arbitral practice confirms its rising importance among investment controversies. The study shows how these expectations can restrict the State's normative and administrative power, and how this State can be held responsible on the international sphere do to the frustration of the legitimate expectations generated on the investor. The study ends by evaluating the protection of legitimate expectations in Ecuador, analyzing the dispositions referring to fair and equitable treatment on investment treaties, as well as highlighting an important international case in which Ecuador was condemned for violating the fair and equitable treatment, in virtue of the frustration of the investor's legitimate expectations

Tabla de contenidos

Abreviaturas	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
PREMISAS CONCEPTUALES	7
1.1 Aproximación al Concepto del estándar de Trato Justo y Equitativo	7
1.1.1 Desarrollo Histórico del Concepto	8
1.1.2 Naturaleza y Concepto del Estándar del Trato Justo y Equitativo	10
1.1.3 El Trato Justo y Equitativo y el Estándar de Trato Mínimo Internacional	15
1.2 Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales acerca del Trato Justo y Equitativo	17
1.3 Expectativas Legítimas como uno de los Elementos Protagónicos del Trato Justo y Equitativo	18
1.3.1 Consideraciones sobre el Alcance de Protección de las Expectativas Legítimas	18
1.3.2 Límites al ámbito de protección de las expectativas legítimas	22
1.3.3 Violación a las Expectativas Legítimas por Incumplimientos contractuales	23
1.3.4 Acercamiento a la Definición de las Expectativas Legítimas por Parte de los Tribunales Arbitrales	25
CAPITULO II	
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN A LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS DE LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS	29
2.1 Responsabilidad Internacional del Estado	30
2.1.1 Antecedentes	31
2.1.2 Calificación de la Responsabilidad Internacional	33
2.1.3 Reparación del Daño	34
2.1.4 Los Elementos del Hecho Internacionalmente Ilícito	37
2.1.4.1 Hecho atribuible al Estado	37
2.1.4.2 Violación de una Obligación Internacional	41
2.1.5 Circunstancias que Excluyen la Ilícitud	43
2.2 Verificación de la responsabilidad internacional por violación a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros	48
2.2.1 Elemento Subjetivo.- Violación a las Expectativas Legítimas por un Acto u Omisión Estatal	48
2.2.2 Elemento Objetivo.- Expectativas Legítimas Reconocidas como una Obligación Internacional	52
CAPITULO III	
APLICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN A LAS EXPECTATIVAS LEGÍTIMAS AL CASO ECUATORIANO	54
3.1 Estándar de Trato Justo y Equitativo en los Tratados de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras suscritos por la República del Ecuador	55
3.2 Caso Occidental Exploration and Production Company–OECP- c. la República del Ecuador	59
3.2.1 Hechos	59
3.2.2 Consideraciones con respecto al Trato Justo y Equitativo y las Expectativas Legítimas del Inversionista Extranjero	61
CONCLUSIONES	64
RECOMENDACIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	72
NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL	76
CASOS CITADOS	78

ABREVIATURAS

ARE	Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados
CDI	Comisión de Derecho Internacional
DI	Derecho Internacional
IVA	Impuesto al Valor Agregado
OECP	Occidental Exploration and Production Company
SRI	Servicio de Rentas Internas
TBIs	Tratados bilaterales de inversión
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

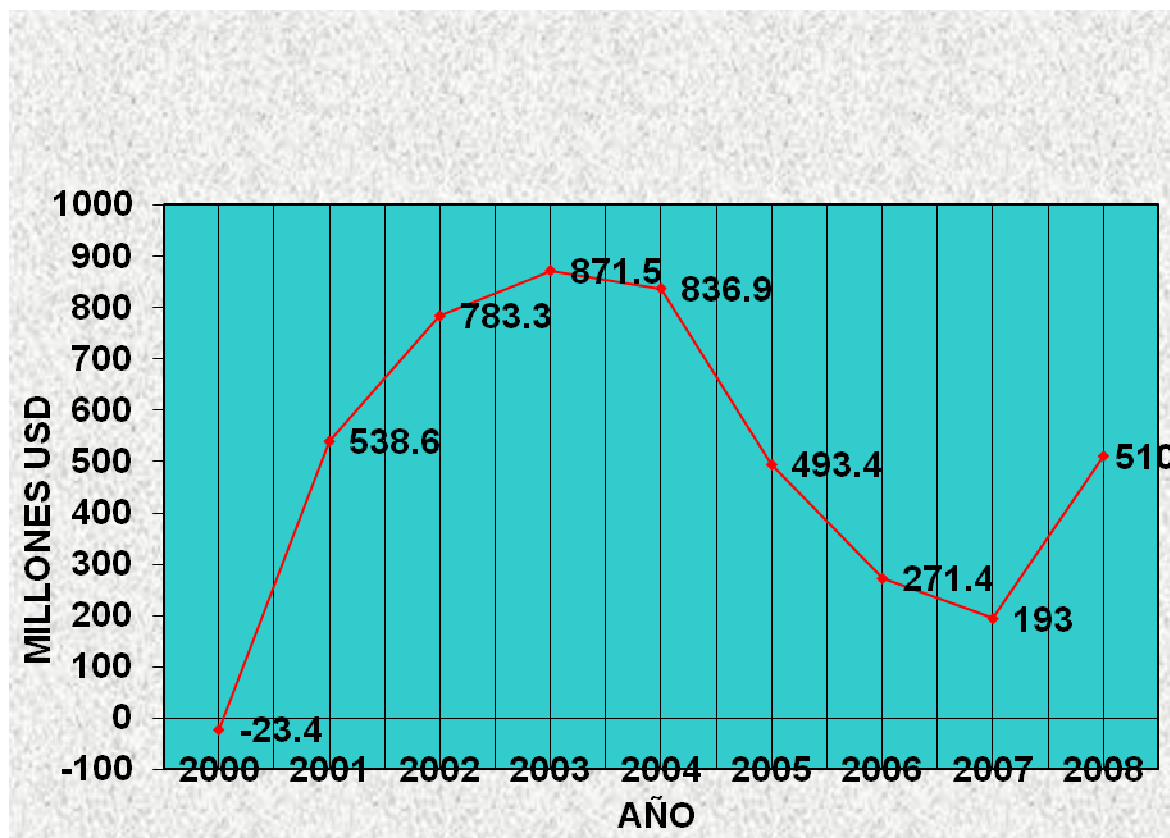
Introducción

Los vientos de cambio generados por la llegada del “socialismo del Siglo XXI” han incidido en varios elementos y características esenciales del Estado, alterando incluso, políticas tradicionales en materia internacional que daban sustento a ciertas bases económicas fundamentales del país. En la actualidad es posible percibir como el sentimiento nacionalista va ganando cabida dentro de todos los sectores de la sociedad, y un fuerte discurso político incrementa paulatinamente la oposición hacia la participación de capitales extranjeros en el progreso de la economía local.

Tras un reciente proceso Constituyente, el Ecuador estrenó la vigésima Carta Política de su historia republicana. A criterio de la mayoría, este documento es el resultado exitoso de la unión y participación ciudadana, enalteciendo principios innovadores como “el buen vivir” y “la soberanía alimentaria”, los cuales contribuirán a la construcción de una sociedad ecuatoriana más justa y equitativa. Sin embargo, pocos meses de aplicación permiten entrever que la nueva Carta Fundamental presenta ciertos inconvenientes graves y lamentablemente entre ellos se destaca uno que repercutirá negativamente en el desarrollo económico del Estado a mediano y largo plazo. El desincentivo de la inversión privada, tanto a nivel nacional como extranjero, es un problema que disminuirá significativamente la circulación de capital, incidiendo directamente en los niveles de desempleo y pobreza, y en el desarrollo productivo en general.

Es necesario también tener en cuenta que existen otros factores, tales como la seguridad jurídica, el índice de riesgo país, y la apertura de las políticas comerciales

gubernamentales, que afectan directamente el crecimiento de la inversión. Entre ellos, la inseguridad jurídica, uno de nuestros peores males, representa un impedimento muy delicado para la atracción de capital ya que “los inversionistas extranjeros la consideran un grave peligro para sus inversiones, pues no permite que el Estado Receptor cumpla con el mínimo grado de estabilidad, transparencia y seguridad, necesarios para su realización y protección en el ámbito nacional”¹.



Fuente: Banco Central del Ecuador, a junio de 2008

Este cuadro demuestra la alarmante variación de la Inversión Extranjera Directa (IED) en el Ecuador del año 2000 al año 2008. No sería lógico ni coherente responsabilizar al gobierno de turno por el deplorable estado de la IED en los dos últimos años, pues, el cuadro claramente indica que la tendencia de las inversiones se encuentra a la baja desde el año 2004. Sin embargo, en estas condiciones y frente a la actual crisis económica que aqueja al mundo entero, es importante que las autoridades asuman una postura integracionista, creando espacios de concertación y promoviendo la unión de esfuerzos de los actores económicos, públicos y privados, nacionales y

¹ E. YMAZ: *Protección de Inversiones Extranjeras Tratados Bilaterales Sus Efectos en las Contrataciones Administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 7.

extranjeros. Cualquier política opuesta, que conlleve el fraccionamiento o aislamiento del Ecuador de la comunidad internacional, solo producirá efectos negativos.

Históricamente, los Estados en desarrollo se han visto en la necesidad de establecer políticas que atraigan la inversión extranjera para promover el crecimiento y el desarrollo social y económico. Su necesidad imperante de atraer capital, y la falta de otras alternativas de financiamiento promueven la firma de tratados de inversión², pues éstos, constituyen el método tradicional más efectivo para facilitar y garantizar las relaciones comerciales entre Estados y atraer capital extranjero. Lógicamente, ningún Estado está obligado a permitir el establecimiento de inversiones ajenas en su territorio³, sin embargo las evidencias indican que la mayoría de países en desarrollo han procedido voluntariamente, no solo a permitir su entrada al país, sino a incentivar su permanencia y buscar alternativas que atraigan cada vez más inversión.

Los acuerdos bilaterales buscan establecer las condiciones adecuadas para atraer la inversión extranjera y encontrar posibles soluciones para los riesgos intrínsecos en las relaciones a largo plazo desprendidas de los proyectos de inversión. Su objetivo es proveer un ambiente estable y predecible, creando un clima amigable para la recepción de las inversiones⁴. Las empresas extranjeras y sus inversiones, buscan la protección expresa de estos tratados, en los que se establecen disposiciones específicas de protección para las inversiones que tienen jerarquía internacional y por lo tanto superior a las leyes nacionales⁵. De esta forma, se puede evidenciar que los Estados en desarrollo incorporan voluntariamente en sus tratados de inversión estándares internacionales, como el trato justo y equitativo, con el objetivo que estos altos parámetros de protección les brinde una buena reputación y se los pueda considerar países hospitalarios para los capitales extranjeros⁶.

² J. SALACUSE: *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*, 24 Int'l Law 655, 655 – 59 (1990). Citado en R. D. BISHOP, J. CRAWFORD, W. M. REISMAN: *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 31. (Traducción libre de la autora)

³ UNCTAD: *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, p. 5.

⁴ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 22.

⁵ E. YMAZ: *Protección de Inversiones...*, p. 7.

⁶ UNCTAD: *Fair ...*, p. 5.

Por muchos años, las autoridades ecuatorianas compartieron esta visión, aplicando políticas de apertura para las inversiones extranjeras, en especial para aquellas concernientes al sector energético. De igual forma, a partir de los años 90 se promovió la suscripción de tratados bilaterales de inversión con nuestros principales socios comerciales, logrando la concertación de más de dos decenas de acuerdos.

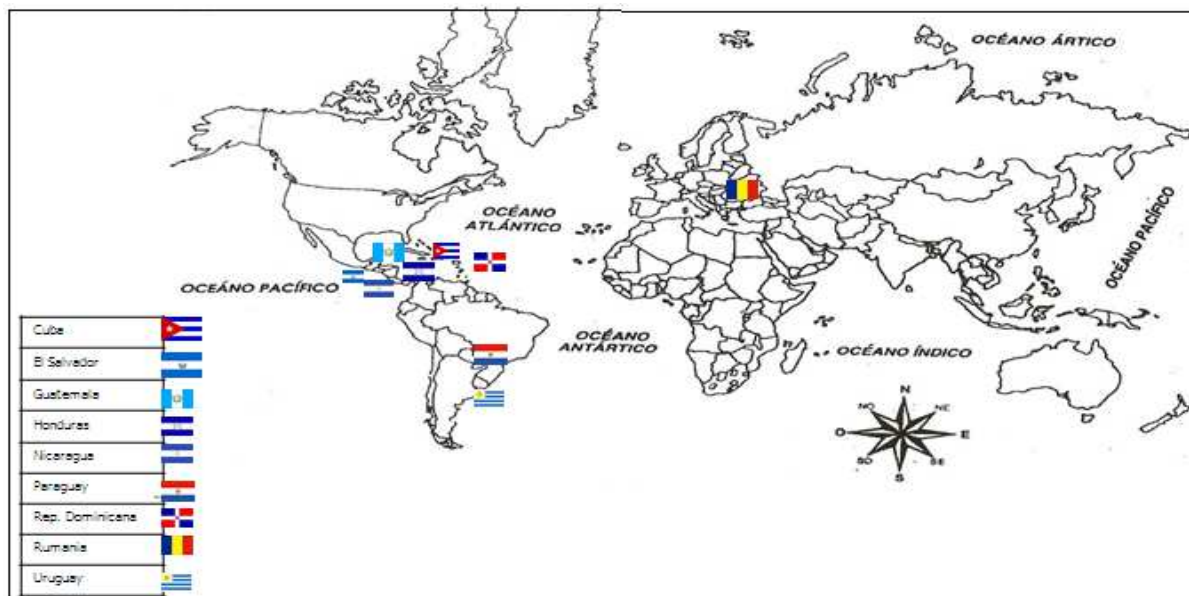


Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores, noviembre 2008.

Este cuadro indica los Estados con los que nuestro país mantiene tratados bilaterales de inversión vigentes.

Lamentablemente, el gobierno nacional actual discierne sobre la trascendencia de estos acuerdos, y en los últimos años ha procedido a denunciar varios de ellos⁷. En la misma línea, el Presidente ha advertido sobre la posible denuncia del resto de tratados de inversión, pues, a su criterio, los estándares de protección y mecanismos de solución de controversias se contraponen con la soberanía del Estado. El siguiente cuadro indica cuales son los tratados bilaterales que el gobierno ecuatoriano ha denunciado hasta la fecha.

⁷ Los tratados denunciados mantendrán su vigencia por el período de tiempo que su texto indique, pero su terminación es inevitable y definitiva.



Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores, noviembre 2008.

La mayoría de tratados de inversión, incluyendo los convenios ecuatorianos, contienen al trato justo y equitativo como uno de sus principales estándares de protección. Esta garantía ha resultado ser una de las más controvertidas, pues aún no se encuentra claramente definida, pero ha probado funcionar como una herramienta eficiente para los inversionistas en los procedimientos arbitrales en contra de los Estados importadores de capital. De igual forma, la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros es otro tema ampliamente discutido en los arbitrajes internacionales de inversión, pues, sin ser una garantía explícitamente contemplada en los tratados de inversión, ha provocado la sanción de varios Estados receptores, incluyendo el Ecuador.

Con estos antecedentes, el presente trabajo pretende responder una interrogante que todos los Estados receptores de inversión y todos los inversionistas extranjeros se deben plantear antes de entablar relaciones sinuosas de largo plazo, recibiendo o estableciendo grandes proyectos de inversión. ¿Pueden los Estados incurrir en responsabilidad internacional por violación a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros? Para responder esta pregunta, el primer capítulo estudiará el alcance de la protección del trato justo y equitativo, y su estrecha relación con la protección a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros. El segundo capítulo examinará los elementos de la responsabilidad internacional de los Estados, para proceder a valorar si la violación a las expectativas legítimas puede encajar en las

condiciones de responsabilidad estatal. Por último, el tercer capítulo, nos devolverá a la realidad ecuatoriana, analizando si las disposiciones de los tratados bilaterales de inversión vigentes protegen las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros que se encuentran establecidos en nuestro país. Este capítulo incluye un corto análisis del caso OXY 1 (IVA Petrolero), en el que el Ecuador fue condenado por violación al trato justo y equitativo, mediante una decisión arbitral que hizo referencia expresa a la frustración de las expectativas legítimas de la compañía petrolera.

El desarrollo de la presente tesina nos llevará a concluir que los tribunales arbitrales en materia de inversión muestran una cierta inclinación hacia la aplicación de estándares indefinidos o ambiguos, que permiten una protección mucho más amplia de los inversionistas extranjeros. En este sentido, consideramos que es perfectamente posible que los Estados incurran en responsabilidad internacional por la violación a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros, pues varios tribunales arbitrales internacionales han fallado en este sentido, y nada indica que cambiarán de parecer. Por lo tanto, es deber de todo Estado Receptor tomar las medidas necesarias, que prevengan cualquier tipo de sanción de esta naturaleza, particularmente delimitando claramente el alcance de los estándares de protección, sin necesariamente incurrir en políticas desmesuradas como la denuncia de los tratados.

Capítulo I

Premisas conceptuales

1.1 Aproximación al Concepto del estándar de Trato Justo y Equitativo

La mayoría de Tratados de Protección de las Inversiones requieren que los Estados concedan un trato justo y equitativo a los inversores del otro Estado Contratante como parte de las garantías ofrecidas para proteger su inversión. En la última década, su invocación se ha vuelto cada vez más común por parte de los inversionistas extranjeros dentro de procesos arbitrales planteados en contra de los Estados Receptores de inversión⁸, sin embargo de ello, es un estándar que aún no tiene una definición clara ni aplicación uniforme⁹. La ambigüedad que envuelve al trato justo y equitativo ha otorgado un alto margen de discrecionalidad a los tribunales arbitrales, que han debido valorar los hechos involucrados en cada caso específico, conjuntamente con las disposiciones del tratado de inversión aplicable, para llegar a una conclusión sobre su violación. Los resultados han sido diversos, por lo que en la actualidad no es posible dilucidar una única definición de esta garantía.

1.1.1 Desarrollo Histórico del Concepto

Varios autores coinciden en señalar que el origen del estándar del trato justo y equitativo se encuentra en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación firmado entre los Estados Unidos de América y Alemania en el año 1954¹⁰. El Art. I (1) de este convenio dispone que “Cada Parte debe conceder, en todo momento, un trato justo y equitativo a los nacionales y compañías del otro Estado Contratante y a sus propiedades, empresas y demás intereses”¹¹. Sin embargo, ya existían menciones a un trato justo y equitativo en documentos anteriores a ese tratado como la de la Carta de la Habana de 1948, que creó la Organización Internacional de Comercio con el objetivo de liberalizar el comercio para lograr un crecimiento equilibrado de la economía mundial. Esta Carta se refería en su primer Art. “a un trato justo y equitativo para los nacionales de las otras

⁸ J. KALICKI Y S. MEDEIROS: “Fair, Equitable and Ambiguous: What is Fair and Equitable Treatment in International Investment Law?” *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Volume 22, Number 1, Spring 2007, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., 2007, p. 24.

⁹ *Ibidem*, p. 25.

¹⁰ R. DOLZER, C. SCHREUER: *Principles ...*, p. 119, 120.

¹¹ Tratado de Amistad, Navegación y Comercio, 29 Octubre 1954, US – FRG, 273 UNTS 4. Citado en: R. DOLZER, C. SCHREUER: *Principles ...*, p. 120. (Traducción libre de la autora)

Partes”. Posteriormente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, foro de los Estados exportadores de capital, propuso un Borrador de Tratado para la Protección de la Propiedad Privada en 1967 en donde también se hizo referencia al trato justo y equitativo como una garantía para los nacionales de la otra Parte.

El desarrollo y proliferación de los tratados bilaterales de inversión (TBIs) consolidó el estándar del trato justo y equitativo como una de las principales garantías para los inversionistas extranjeros. En la década de los 50 Alemania se postuló como el pionero en la concertación de estos tratados, que buscaban proteger aquellas inversiones extranjeras que se fundamentaron en la normativa del Estado Receptor¹². Poco tiempo después, algunos Estados europeos como Suiza y Francia reprodujeron la iniciativa alemana firmando sus propios tratados bilaterales con el mismo objetivo. Esta práctica internacional se generalizó con el paso de los años, de forma tal, que hasta este momento, la mayoría de países han firmado tratados bilaterales para proteger la inversión de sus nacionales en otros Estados. Durante la última década, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) ha monitoreado y analizado el incremento en los TBIs a escala mundial, y ha logrado compilar más de 1800 tratados de inversiones vigentes¹³. Si bien, casi todos estos instrumentos internacionales garantizan un trato justo y equitativo para los inversionistas extranjeros, los textos difieren visiblemente, adaptándose a la intención y a la necesidad de las Partes Contratantes.

Sin duda, los tratados bilaterales de inversión constituyen el método más frecuente al que han recurrido los Estados para proteger a sus inversionistas en el exterior, sin embargo, en las dos últimas décadas también ha proliferado la suscripción de tratados regionales o tratados multilaterales, los cuales también se refieren a la protección de las inversiones extranjeras. Dos de los ejemplos emblemáticos de tratados multilaterales en

¹² R. DOLZER, C. SCHREUER; *Principles ...*, p. 19.

¹³ UNCTAD: “What are BITs?” *Investment Instruments Online*. United Nations Conference on Trade and Development. http://www.unctadxi.org/templates/Page_1006.aspx, visitada el 26 de Octubre de 2008.

este tema son el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994¹⁴ y la Carta Internacional de Energía ratificada por 46 Estados y que entró en vigor en 1998¹⁵.

Como se mencionó anteriormente, no es posible identificar un modelo único sobre el trato justo y equitativo en los diversos tratados internacionales que lo prescriben, por lo tanto, cada cláusula debe interpretarse de acuerdo al Art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶, teniendo en cuenta el objeto, el contexto y los preceptos establecidos en el Preámbulo y los Anexos. En varios TBIs, como los alemanes¹⁷, holandeses, suecos y suizos, podemos observar que simplemente se hace referencia a un “trato justo y equitativo”. Otros tratados como los estadounidenses y canadienses consideran que este estándar es uno de los elementos de las reglas de la Costumbre Internacional. Y bajo un tercer enfoque, algunos tratados de inversión lo han equiparado con los principios de Derecho Internacional, disponiendo que la garantía de

¹⁴ Art. 1105(1) TLCAN: 1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

¹⁵ La Carta de la Energía se refiere al estándar del *trato justo y equitativo* en un lenguaje elaborado: Art. 10(1): 1. Cada Parte Contratante deberá, de acuerdo a las disposiciones de este Tratado, fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de los otros Estados Contratantes inviertan en esta área. Estas condiciones deben incluir un compromiso irrevocable de otorgar a las inversiones de los inversionistas de las otras Partes Contratantes un *trato justo y equitativo*. (Traducción libre de la autora)

¹⁶ Art. 31 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

¹⁷ Art. 2(1) TBI Alemania – Chile: (1) Cada Parte Contratante, de acuerdo con sus disposiciones legales vigentes, permitirá, dentro de su respectivo territorio, las inversiones nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, promoviéndolas en lo posible. En todo caso *tratará justa y equitativamente* las inversiones.

trato justo y equitativo no debe, bajo ninguna circunstancia, otorgar una protección menor que la otorgada por el Derecho Internacional¹⁸.

1.1.2 Naturaleza y Concepto del Estándar del Trato Justo y Equitativo

El estándar de trato justo y equitativo es un concepto que se encuentra en constante desarrollo y evolución, y pese a su creciente importancia, su contenido y parámetros son todavía inciertos y sujetos a debate¹⁹. “A pesar de lo común de esta disposición, su significado exacto se ha vuelto difícil de capturar. En resumen, es un concepto que contiene varias aristas, y de cada una de ellas se desprenden diferentes interpretaciones dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso”²⁰.

Entre los factores que contribuyen a esta incertidumbre y falta de uniformidad encontramos, en primer lugar, al texto de las disposiciones en los TBIs sobre el trato justo y equitativo. Como se explicó en el acápite anterior, los diversos modelos de tratados de inversión utilizan diferentes acercamientos al estándar, por lo que la aplicación de cada uno produce resultados disímiles.

En segundo lugar, es un estándar que se expresa en términos abstractos y subjetivos, como lo justo y lo equitativo, sin que exista ningún parámetro técnico para delinear estos conceptos. Leathley sostiene en su obra “*International Dispute Resolution in Latin America*” que los conceptos de lo justo y lo equitativo reciben un trato distinto por los abogados del Common Law y los del Sistema Civil Romano. En concordancia, el informe de la UNCTAD sobre el trato justo y equitativo determinó que

Si se toma en cuenta el mero significado de las palabras, sin más, la interpretación del trato justo y equitativo satisfecerá solamente a una de las partes. Esto es aún más evidente

¹⁸ Art. II (3) (a) TBI Estados Unidos – Estonia: No se concederá, a ninguna inversión, un trato menos favorable que el requerido por el Derecho Internacional. Art. 4 (1) TBI España – México: “Los Estados Contratantes garantizarán, en su territorio, un trato justo y equitativo para las inversiones realizadas por inversionistas del otro Estado Contratante, de acuerdo al Derecho Internacional”.

¹⁹ J. KALICKI Y S. MEDEIROS: “Fair ...”, p. 25.

²⁰ C. LEATHLEY: *International Dispute Resolution in Latin America, an Institutional Overview*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2007, p. 20. (Traducción libre de la autora)

en casos en los que las partes provienen de Estados de distintas tradiciones legales y valoran el tema en base a diferentes costumbres culturales²¹.

Sin embargo, en el ámbito del Derecho Internacional de Inversiones el trato depende principalmente de los hechos del caso y de la historia de la negociación del TBI así como de la intención específica de los Estados Contratantes²². De conformidad con esta apreciación, el Tribunal del caso *Mondev c. Estados Unidos* señaló que “una determinación sobre lo que es justo o equitativo no puede ser alcanzada en abstracto; siempre dependerá de los hechos de cada caso particular”²³. En el mismo sentido, el Tribunal de *Waste Management c. México* sostuvo que “es un estándar flexible que debe adaptarse a las circunstancias de cada caso”²⁴.

En tercer lugar, dado que en el sistema arbitral las decisiones anteriores no son vinculantes para los tribunales subsiguientes, incluso cuando las disposiciones son idénticas, no es tarea fácil alcanzar uniformidad en su aplicación. Adicionalmente, a causa de los altos estándares de revisión judicial requeridos, la posibilidad de controlar las decisiones y posiciones que los tribunales arbitrales adoptan en sus laudos es casi inexistente, por lo que hay muy poco que se puede hacer ante una aplicación incorrecta de un estándar²⁵. “Esto se encuentra lejos del escenario ideal, especialmente porque tanto los Estados como los inversionistas demandan cada vez más certidumbre de los TBIs y del Derecho Internacional de Inversiones en general”²⁶.

Como ha quedado señalado, la falta de determinación del estándar de trato justo y equitativo ocasiona una serie de cuestionamientos que parecen no encontrar salida. Sin embargo, en ciertas ocasiones esta característica puede no resultar tan problemática, y su ambigüedad puede hasta ser considerada como una virtud, incluso algunos tratadistas afirman que “esta falta de claridad no ha impedido que se convierta en el estándar de

²¹ UNCTAD: *Fair ...*, p. 10, 11.

²² C. LEATHLEY: *International ...*, p. 22.

²³ *Mondev c. Estado Unidos*, Laudo Arbitral, 11 de Octubre 2002, 42 ILM (2003) 85, pár. 118. (Traducción libre de la autora)

²⁴ *Waste Management c. México*, Laudo Arbitral, 30 de abril 2004, 43 ILM (2004) 967, pár. 99. (Traducción libre de la autora)

²⁵ T. GRIERSON – WEILER; I. LAIRD: “Standards of Treatment” en C. SCHREUER, P. MUNCHLINSKI, F. ORTINO: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 267.

²⁶ UNCTAD: *Fair ...*, p. 53. (Traducción libre de la autora)

protección más importante en las controversias de inversiones”²⁷. En este sentido, uno de los propósitos de los inversionistas, al invocar esta garantía, puede ser el de rellenar los espacios vacíos y no abrigados por otras garantías más específicas del Derecho Internacional de Inversiones. “[El trato justo y equitativo] promueve la flexibilidad ya que no provee *a priori* una solución detallada a ciertas circunstancias que se pueden suscitar en el futuro”²⁸. Esta amplitud que caracteriza al trato justo y equitativo permite que su campo de aplicación sea más extenso que el de otras garantías internacionales. De esta forma, algunos de los tratados de inversiones atan el trato justo y equitativo al objetivo fundamental de la estabilidad legal. El TBI Estados Unidos – Argentina dispone en su Preámbulo que “se anhela un trato justo y equitativo para mantener un marco legal estable”²⁹. También se lo puede vincular a las otras garantías del Derecho de Inversiones,

Se debe tener en cuenta que el derecho a un trato justo y equitativo va mucho más allá que la protección de la Nación más Favorecida y del Trato Nacional. Una garantía tan general como esta puede llegar a ser suficiente para amparar todo tipo de casos y se podría hasta pensar que ciertas protecciones sustantivas establecidas en los tratados de inversión no son más que ejemplos específicos del estándar más amplio³⁰.

Si bien esta concepción del estándar no ha sido universalmente aceptada, permite explicar y justificar la amplia protección que ciertos tribunales arbitrales han otorgado a los inversionistas en casos donde no fue posible demostrar violaciones a estándares más específicos.

El trato justo y equitativo es un concepto que ha estado incluido en los tratados internacionales de inversión por más de 50 años, sin embargo, no fue sino hasta hace 10 años que los inversores lo empezaron a invocar como base de sus reclamos en contra de los Estados Receptores obteniendo, en muchas ocasiones, resultados favorables. Esta práctica arbitral de los inversionistas extranjeros se justifica al evidenciar que la garantía de trato justo y equitativo está vinculada a una serie de actos gubernamentales que afectan a las inversiones extranjeras, en donde no se percibe ningún otro método de

²⁷ F. COSTAMAGNA: “Investor’s Rights and State Regulatory Autonomy: the Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v. Argentina Case”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 2, April 2006, p. 5. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008. (Traducción libre de la autora)

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ (Traducción libre de la autora)

³⁰ T. Grierson – Weiler; I. Laird: “Standards of Treatment”, citado en C. SCHEREUER, P. MUNCHLINSKI, F. ORTINO: *The Oxford ...*, p. 261. (Traducción libre de la autora)

protección³¹. “Este estándar [trato justo y equitativo] resulta ser una fuente independiente de responsabilidad para el Estado, aún cuando no existen motivos suficientes para condenarlo por expropiación”³². En otros casos, tribunales arbitrales han expresado su deseo de no interferir con la facultad soberana de regulación del Estado, y en consecuencia han preferido limitar las declaraciones de violación a este estándar solo a los casos donde existe una violación evidente de normas procedimentales o un *shock* al concepto de justicia³³.

En cuanto a la valoración de este concepto, los tribunales arbitrales se enfrentan a la necesidad de efectuar consideraciones subjetivas sobre el tema, aplicando el estándar como lo consideren más adecuado.

Dado que las violaciones más comunes a este estándar normalmente se suscitan en Estados de economías emergentes, siempre existirá sensibilidad política en cuanto a la forma en que el trato justo y equitativo se aplique. Así, uno de los enfoques sobre este tema sostiene que los tribunales deben realizar un análisis subjetivo (en lugar de uno objetivo) sobre la violación de la garantía³⁴.

Sin embargo, un enfoque distinto, como el aplicado por el Tribunal en el caso CMS c. Argentina³⁵, sostiene que el trato justo y equitativo es un requisito objetivo y no relacionado al hecho de si el Estado tuvo una intención deliberada o mala fe al adoptar las medidas en cuestión. Claro que dicha intención y mala fe pueden agravar la situación, pero no constituyen un elemento esencial del estándar³⁶. En este sentido, los tribunales arbitrales deben realizar consideraciones objetivas de las violaciones al estándar, tomando en cuenta el Derecho Internacional, los principios generales de derecho y los argumentos de las partes.

Sobre la base del análisis realizado, y teniendo siempre en cuenta que no existe ninguna apreciación que se pueda considerar definitiva en este tema, considero que el razonamiento sobre la violación al trato justo y equitativo que se incluye en el ya citado Reporte de la UNCTAD es bastante ilustrativo. El análisis dice: “si un Estado actúa fraudulentamente, caprichosamente, con mala fe, discrimina voluntariamente a un

³¹ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles ...*, p. 121.

³² J. KALICKI Y S. MEDEIROS: “Fair ...”, p. 25. (Traducción libre de la autora)

³³ C. LEATHLEY: *International ...*, p. 22.

³⁴ *Ibidem*, p. 21. (Traducción libre de la autora)

³⁵ CMS c. La República de Argentina. ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005.

³⁶ R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles ...*, p. 122.

inversor extranjero o lo priva de sus derechos adquiridos en forma tal que ocasione un enriquecimiento ilícito al Estado, entonces existirá *prima facie* una violación al trato justo y equitativo”³⁷. De igual forma, es importante tener en cuenta las consideraciones de Vasciannie sobre lo justo y lo equitativo, “el trato es justo cuando está libre de corrupción, presión, fraude o injusticia, cuando es equitativo y legítimo, sin que se obtenga ventaja injustificada del mismo; bajo la misma moneda, el trato equitativo es aquel que se caracteriza por la equidad y la justicia, cuando es imparcial y razonable”³⁸. De la misma forma, se debe tomar en cuenta la recomendación de Stephen Schill sobre los elementos que se deben tener en cuenta al valorar las violaciones a este estándar:

- (i) la necesidad de estabilidad, predictibilidad y consistencia con el marco legal;
- (ii) el principio de legalidad;
- (iii) la protección a las expectativas legítimas del inversionista;
- (iv) debido proceso y negación de justicia;
- (v) protección contra arbitrariedades;
- (vi) la necesidad de transparencia; y,
- (vii) la necesidad de razonabilidad y proporcionalidad³⁹

1.1.3 El Trato Justo y Equitativo y el Estándar de Trato Mínimo Internacional (Costumbre Internacional)

Existe un intenso debate sobre el alcance de la aplicación del trato justo y equitativo frente al estándar de trato mínimo internacional del derecho consuetudinario. La primera teoría sostiene que el estándar mínimo internacional contiene al trato justo y equitativo como uno de sus elementos, de tal manera que éste “no otorga un trato más elevado o menor que aquel requerido por el estándar mínimo que se deriva de la costumbre internacional”⁴⁰. El segundo enfoque sostiene que el trato justo y equitativo es un estándar independiente y autónomo, que crea obligaciones y derechos distintos a los establecidos por el derecho consuetudinario. Frente a esta discusión, la mayoría de los

³⁷ UNCTAD: *Fair ...*, p. 12. (Traducción libre de la autora)

³⁸ S. VASCIANNE: *Fair and equitable Treatment*, 70 Brit. Y.B. Int'l Law 99 (2000) edited by I. Brownlie citado en R. D. BISHOP, J. CRAWFORD, W. M. REISMAN: *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, p. 1015. (Traducción libre de la autora)

³⁹ S. SCHILL: “Fair and Equitable Treatment' as an Embodiment of the Rule of Law”, NYU Law School, New York City, Working Paper 2006/6, p. 16. *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 5, December 2006, p. 11. (Traducción libre de la autora)

⁴⁰ C. LEATHLEY: *International ...*, p. 20. (Traducción libre de la autora)

tribunales arbitrales han consensuado en que el nivel de protección dependerá de las disposiciones específicas del tratado de inversión aplicable, atendiendo a la intención y objetivos de las Partes Contratantes.

Bajo este criterio, es posible observar que el TLCAN contiene un nivel de protección distinto al de la mayoría de TBIs. El afamado Capítulo 11 del TLCAN, dispone que

Art. 1105: Estándar mínimo de trato

1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

Al evaluar el contenido de este Art., se debe tomar en cuenta que su encabezado se refiere específicamente al estándar mínimo de trato, y su texto incluye al trato justo y equitativo como parte del Derecho Internacional. Este Art. fue interpretado oficialmente por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, un órgano compuesto por representantes de los tres Estados Parte que tiene el poder de adoptar decisiones vinculantes. Esta interpretación establece que el Art. 1105 refleja el estándar mínimo del derecho consuetudinario y que no comprende un trato más amplio que el establecido por el Derecho Internacional. La mayoría de los Tribunales del TLCAN han adoptado esta interpretación y la han aplicado en sus decisiones, sin embargo, ciertos Tribunales no han aceptado su obligatoriedad y han fallado de forma distinta⁴¹. De igual forma, los Estados Partes, Canadá y Estados Unidos específicamente, han aplicado esta interpretación a sus nuevos modelos de TBI⁴².

Sin embargo, en los casos que las disposiciones del tratado de inversión no hacen mención expresa al estándar mínimo del derecho internacional, debe considerarse que el trato justo y equitativo es un estándar de protección autónomo e independiente. En este sentido, Dolzer y Stevens indican que “el hecho que las partes hayan considerado

⁴¹ En el año 2002, el Tribunal del caso *Mondev c. Estados Unidos* determinó que el estándar mínimo internacional no está congelado en el tiempo, y se apartó de la interpretación de la Comisión de Libre Comercio.

⁴² El modelo americano del 2004 establece en su Art. 5(2) que: “el trato justo y equitativo se refiere al estándar mínimo de trato bajo la Costumbre Internacional y no requiere un trato más amplio ni menor al establecido por ese estándar”.

necesario estipular este estándar como una obligación expresa en lugar de simplemente ampararse en una referencia del Derecho Internacional, es un claro indicativo de la autonomía del trato justo y equitativo⁴³. Es también útil tomar en cuenta el criterio de FA Mann sobre este tema

El término “trato justo y equitativo” refleja una conducta que comporta mayores implicaciones que las del estándar mínimo, y conlleva un espectro más amplio de protección. Es un estándar más objetivo que el desarrollado por la Costumbre Internacional ya que el tribunal competente no deberá distinguir entre un estándar mínimo, máximo o regular, sino determinar si los hechos en discusión son justos y equitativos. Estos términos deben ser entendidos y aplicados de forma autónoma e independiente⁴⁴.

1.2 Jurisprudencia de los Tribunales Arbitrales acerca del Trato Justo y Equitativo

Como se mencionó anteriormente, los tribunales arbitrales son los llamados a determinar la aplicación pertinente del trato justo y equitativo, tomando en consideración las disposiciones del tratado de inversión aplicable y los hechos de cada caso. A continuación indico algunas decisiones de casos en los que los tribunales llegaron a la conclusión que el estándar de trato justo y equitativo debe interpretarse como estándar autónomo de protección.

1. En el caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos el Tribunal decidió:

El ámbito de aplicación del trato justo y equitativo debe provenir de una interpretación autónoma del estándar según lo dispuesto en el Art. 4(1)⁴⁵ del Acuerdo. Se debe tener en cuenta su significado ordinario (según el Art. 31(1) de la Convención de Viena), el principio de la buena fe y los principios de Derecho

⁴³ R. DOLZER y M. STEVENS: *Bilateral Investment Treaties*, p. 60 (1995). Citado en C. SCHREUER: “Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5, September 2007. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008. (Traducción libre de la autora)

⁴⁴ FA MANN: *British Treaties for the Promotion and Protection of Investments*, British Year Book of International Law, p. 241, 244. Citado en R. DOLZER, C. SCHREUER, *Principles ...*, p. 124. (Traducción libre de la autora)

⁴⁵ TBI España – México: Art. 4 (1): Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

Internacional para delimitar las obligaciones que se requieren en cumplimiento del Acuerdo.

[...] el ámbito de aplicación del trato justo y equitativo, bajo el Art. 4 (1) del Acuerdo, debe resultar de una interpretación autónoma del estándar. Si esta no fuera la intención pretendida, el Art. 4 (1) del Acuerdo quedaría privado de todo contenido propio y útil, semántico y práctico⁴⁶.

2. Al interpretar el Art. II (3)⁴⁷ del TBI entre Turquía y los Estados Unidos de América, el Tribunal del caso PSEG c. Turquía el Tribunal estableció que:

Evidentemente, [el trato justo y equitativo] permite alcanzar justicia ante la ausencia de violaciones a estándares más tradicionales del Derecho Internacional. Esta responsabilidad del estándar se deriva de su autonomía, independiente y distinta de cualquier otra garantía. Aún así, muchas veces son estándares relacionados, y en conjunto aseguran que la protección a las inversiones sea completamente resguardada⁴⁸.

3. El Tribunal del caso Azurix c. la República Argentina interpretó el Art. II (2)⁴⁹ del TBI Argentina – Estados Unidos que garantiza el trato justo y equitativo y la plena protección y seguridad. La disposición establece que “a las inversiones no se les podrá otorgar, bajo ninguna circunstancia, un trato inferior que el establecido por el Derecho Internacional”.

Al respecto el tribunal determinó:

La forma en la que está redactada esta cláusula, permite interpretar al trato justo y equitativo y a la plena protección y seguridad como estándares más elevados que los establecidos por el Derecho Internacional. El propósito de esta disposición es establecer una base, pero no un tope, y de esta forma evitar cualquier interpretación del estándar que pueda caer por debajo de lo requerido por el Derecho Internacional⁵⁰.

⁴⁶ Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. c. Los Estados Unidos Mexicanos, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 Award, May 29, 2003.

⁴⁷ TBI Turquía – Estados Unidos: Art. II (3): Las inversiones deberán gozar, en todo momento, de un trato justo y equitativo y disfrutar de plena protección y seguridad, de una manera consistente con el derecho internacional. Ninguna de las Partes impedirá, con medidas arbitrarias o discriminatorias, la operación, mantenimiento, uso, goce, adquisición, expansión o disposición de las inversiones. Las Partes observarán toda obligación que hayan adquirido en relación con las inversiones.

⁴⁸ PSEG v. Turquía, Laudo, 19 Enero 2007, <http://ita.law.uvic.ca/documents/PSEGGlobal-Turkey-Award.pdf>.

⁴⁹ TBI Argentina – Estados Unidos: Art. II (2) (a): A las inversiones se les debe otorgar, en todo momento, un trato justo y equitativo y deberán disfrutar de plena protección y seguridad, y no se les podrá otorgar, bajo ninguna circunstancia, un trato inferior que el establecido por el Derecho Internacional.

⁵⁰ Azurix Corp. v. The Argentine Republic, Award, 14 July 2006, <http://ita.law.uvic.ca/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>.

1.3 Expectativas Legítimas como uno de los Elementos del Trato Justo y Equitativo

1.3.1 Consideraciones sobre el Alcance de Protección de las Expectativas Legítimas

Queda claro que no existe una definición única del trato justo y equitativo ni consenso sobre el alcance de su protección, pese a ello, existe una tendencia importante y progresiva que incluye a las expectativas legítimas como uno de los elementos determinantes de este estándar. A criterio de Schreuer, “es ampliamente aceptado que la función más importante del trato justo y equitativo es la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros, a través de la creación de marcos jurídicos estables y transparentes”⁵¹. En el mismo sentido, el Tribunal de Saluka c. República Checa se refirió a las expectativas legítimas como el “elemento dominante del trato justo y equitativo”⁵². Tradicionalmente las expectativas de los inversionistas se vinculaban exclusivamente con los principios de transparencia, estabilidad y predictibilidad, sin embargo, el reciente tratamiento de la práctica arbitral ha desarrollado el alcance de las expectativas legítimas desde un principio de interpretación subsidiaria a una categoría independiente del trato justo y equitativo, lo suficientemente autónoma como para amparar un reclamo en contra del Estado Receptor⁵³.

La protección de las expectativas legítimas se origina en la confianza de los inversionistas extranjeros derivada de los actos administrativos y legislativos del Estado Receptor. La actividad gubernamental puede verse restringida por conductas de autoridades estatales que hayan dado lugar a expectativas razonables y justificables, pues una vez que el Estado establece ciertas condiciones en un convenio, o realiza ofrecimientos específicos, no puede simplemente invocar una alteración de condiciones para librarse de sus obligaciones⁵⁴. Es importante tener en cuenta que algunos tribunales

⁵¹ C. SCHREUER: “Fair ...”, p. 17. (Traducción libre de la autora)

⁵² Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award of Mar. 17, 2006, par. 297 Citado en S. SCHILL: “Fair ...”, p. 15. (Traducción libre de la autora)

⁵³ F. COSTAMAGNA: “Investor’s ...”, p. 7.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 13.

arbitrales han entendido la frustración a las expectativas legítimas como una violación del estándar de trato justo y equitativo, por lo que el Estado podría incurrir en responsabilidad internacional⁵⁵. Evidentemente, la valoración de este principio deberá hacerse caso por caso, y dependerá de los hechos determinantes de la controversia y del lenguaje que se haya utilizado en la redacción del tratado⁵⁶.

No todos los actos gubernamentales generan expectativas legítimas, pues para ello, es necesario que los inversionistas extranjeros hayan confiado en tales actos y fundamentado su decisión de invertir en las condiciones existentes al momento de llevar a cabo la iniciativa. En este sentido, el Tribunal de *Tecmed c. México* determinó que es necesario “proveer a las inversiones extranjeras un trato que no afecte las expectativas básicas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista para proseguir con su inversión”⁵⁷. En determinados casos, como los derivados de la crisis económica argentina⁵⁸, los inversionistas no solamente alegaron su confianza en las circunstancias presentes al momento de invertir, sino que afirmaron haber sido inducidos por el gobierno argentino mediante una serie de condiciones establecidas en favor de las inversiones extranjeras. De cualquier forma, para llevar adelante una reclamación exitosa sobre la violación de las expectativas legítimas, es necesario que el inversionista pueda probar las condiciones que se le presentaron fueron determinantes para su decisión de invertir, y que de otra forma no lo hubiera hecho. De la misma manera, es importante que el inversionista pruebe que el cambio que lo perjudicó fue fundamental y permanente⁵⁹, ocasionando un grave detrimento de sus expectativas, y consecuentemente, de sus intereses.

Las expectativas legítimas pueden derivarse de una serie de acciones atribuibles al Estado Receptor. En primer término, la violación de las expectativas legítimas se producirá cuando una conducta estatal se oponga a un ofrecimiento específico realizado por las autoridades competentes; estos ofrecimientos pueden estar contenidos en

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ S. FIETTA: *Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard: The Developing Role of the Investor’s “Expectations” in the International Investment Arbitration*, 23 J. Int’l Arb. 375, 388 (2006). Citado en J. KALICKI Y S. MEDEIROS: “Fair ...”, p. 46.

⁵⁷ S. SCHILL: “Fair ...”, p.15. (Traducción libre de la autora)

⁵⁸ CMS c. Argentina, LG&E c. Argentina, Sempra c. Argentina, entre otros.

⁵⁹ F. COSTAMAGNA: “Investor’s ...”, p. 10.

opiniones o declaraciones oficiales de la autoridad administrativa. Sin embargo, el fundamento de las expectativas no se limita a conductas administrativas individualmente dirigidas, pues, también se pueden originar de las normas del marco regulatorio general, siempre que la confianza que dicho marco genere sea suficientemente específico. En este sentido, las expectativas legítimas podrían hasta restringir la libertad del legislador para modificar la normativa vigente⁶⁰.

La legitimidad de las expectativas se deriva de la formalidad de la fuente que las genera. En *CMS c. Argentina*, uno de los casos eje en este tema, el Tribunal afirmó que “las expectativas básicas que se tomaron en cuenta por el inversionista extranjero para llevar a cabo la inversión se sustentaron en disposiciones legales y contractuales y no en ofrecimientos informales de agentes gubernamentales”⁶¹. Esto no quiere decir que las expectativas legítimas solo pueden originarse en marcos regulatorios altamente detallados, por el contrario, se debe tener en cuenta que este principio pretende proteger al inversionista de declaraciones o conductas ambiguas, que otros estándares de protección jamás podrían sancionar. Sin embargo, el nivel de formalidad de los actos gubernamentales si incide en el peso de las expectativas del inversionista, y mientras más fuertes éstas sean menos lugar tendrá el Estado para ejercer su potestad regulatoria. Así, el Tribunal del citado caso *CMS* sostuvo que “el marco legal siempre puede ser adaptado a las nuevas circunstancias, pero los compromisos específicos no pueden ser desechados por completo sin repercusión alguna”⁶².

Al igual que en el caso del trato justo y equitativo, son los tribunales arbitrales los llamados a interpretar las disposiciones contenidas en los tratados de inversión para determinar la pertinencia de la aplicación de las expectativas legítimas al caso determinado. En su análisis será necesario que tomen en cuenta el ya citado Art. 31 (1) de la Convención de Viena, atendiendo particularmente al objeto y propósito del convenio, elementos que pueden localizarse en los preámbulos o anexos⁶³. Existe un elemento importante que los tribunales también deberán tener en cuenta al momento de valorar el alcance de la protección de las expectativas legítimas, y tiene que ver con el hecho de que

⁶⁰ S. SCHILL: “Fair ...”, p. 16.

⁶¹ F. COSTAMAGNA: “Investor’s ...”, p. 8.

⁶² *Ibidem*, p. 9. (Traducción libre de la autora)

⁶³ Como se mencionó anteriormente, el TBI Argentina – Estados Unidos establece claramente en su Preámbulo que se anhela un trato justo y equitativo para mantener un marco legal estable.

los inversionistas no son partes en los tratados de inversión, pues estos son convenios firmados entre Estados. No sería aceptable pretender que los inversionistas extranjeros conozcan a profundidad la historia de la negociación del acuerdo, y mucho menos los detalles envueltos en el consentimiento de las partes. En este sentido, los inversionistas privados se encuentran en una posición de desventaja, ya que fundamentan sus expectativas en el texto explícito del tratado sin necesariamente tomar en cuenta la intención de las partes (es decir, la intención de los Estados al firmar el documento). De esta forma, “tales expectativas pueden ser erróneas pero al mismo tiempo legítimas” y este es un factor que no se debe dejar de tomar en cuenta al valorar los daños sufridos por el inversionista⁶⁴.

1.3.2 Límites al ámbito de protección de las expectativas legítimas

Si bien, algunos tribunales arbitrales han aplicado el concepto de las expectativas legítimas cada vez con un espectro más amplio de protección, también se puede identificar otras interpretaciones en las que los tribunales han preferido mantener una postura más cautelosa y restrictiva sobre la aplicación de este principio. Es así que Schill advierte que este concepto “no debe recibir un tratamiento rígido y absoluto, y en su lugar, los tribunales deben permitir a los Estados cierta flexibilidad para reaccionar”⁶⁵ ante situaciones complicadas.

En varias ocasiones, los Estados Receptores demandados en sedes arbitrales han alegado enfáticamente que la estabilidad requerida por las inversiones no debe traducirse en un congelamiento completo del marco legal local⁶⁶. En este sentido el Tribunal del caso *Eureko c. Polonia* sugirió que la afectación de las expectativas básicas no es una violación del trato justo y equitativo siempre y cuando existan buenos motivos por los que no se pudo cumplir con las expectativas del inversionista⁶⁷. De la misma forma, el Tribunal de *Saluka c. República Checa* advirtió sobre el peligro que se deriva de valorar el

⁶⁴ A. BARBUK: “The NAFTA Chapter 11 Arbitration and Protection of Legitimate Expectations”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 1, Issue 3, July 2004, p. 3. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008. (Traducción libre de la autora)

⁶⁵ S. SCHILL: “Fair ...”, p. 17. (Traducción libre de la autora)

⁶⁶ F. COSTAMAGNA: “Investor’s ...”, p. 4.

⁶⁷ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award of Aug. 19, 2005, par. 232. Citado en S. SCHILL: “Fair ...”, p. 17.

concepto de las expectativas legítimas en el sentido más estricto de la literalidad, pues esto podría implicar que los Estados se vean forzados a cumplir con obligaciones inconvenientes e irreales. El Tribunal prefirió delinear un balance entre las expectativas legítimas de los inversionistas y los intereses del Estado Receptor bajo una valoración de proporcionalidad más amplia. Observó que

Ningún inversionista puede esperar razonablemente que las circunstancias presentes al momento de la inversión se mantengan completamente estáticas. Para determinar si la frustración de las expectativas del inversionista extranjero fue justificada y razonable, también se debe tener en cuenta el derecho legítimo del Estado de regular asuntos internos de interés público. [...] Un inversionista protegido por el Tratado puede genuinamente esperar que el Estado Receptor implemente sus políticas de buena fe, que tales conductas se justifiquen en intereses públicos, y que no violen manifiestamente los principios de consistencias, transparencia, igualdad y no discriminación⁶⁸.

No queda duda sobre el derecho de los Estados de intervenir y adaptar sus marcos regulatorios a las nuevas circunstancias, especialmente cuando intereses ciudadanos fundamentales están en riesgo. Pero al mismo tiempo, los poderes soberanos y regulatorios deben ser ejercidos en concordancia con las obligaciones internacionales previamente consentidas por el Estado⁶⁹.

1.3.3 Violación a las Expectativas Legítimas por Incumplimientos contractuales

Un aspecto debatido y que ha causado mucha discordancia entre las partes arbitrales es el alcance de la protección de las expectativas legítimas es la implicación derivada del incumplimiento de cláusulas contractuales. Los contratos constituyen una herramienta jurídica esencial mediante la cual el Estado Receptor y los inversionistas extranjeros establecen las condiciones específicas que rigen la inversión, y garantizan su cumplimiento en virtud de los principios de estabilidad y predictibilidad. Frente a ello, y como se podía prever, los tribunales arbitrales tampoco han encontrado un consenso, por lo que es posible evidenciar dos tendencias con respecto a esta cuestión.

⁶⁸ Saluka Investments BV v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award of Mar. 17, 2006, par. 305. Citado en S. SCHILL: 'Fair ...', p. 17. (Traducción libre de la autora)

⁶⁹ F. COSTAMAGNA: "Investor's ...", p. 4.

Ciertos tribunales han considerado que un simple incumplimiento contractual por parte del Estado Receptor no constituye una violación del estándar de trato justo y equitativo. En contraposición, una repudiación absoluta del contrato, en ejercicio de las prerrogativas estatales soberanas, sí produciría tal violación. “Difícilmente una concepción que acepte todas los incumplimientos contractuales como violaciones al trato justo y equitativo prevalecerá”⁷⁰. Por ello, es necesario determinar si los incumplimientos han incidido negativamente en las expectativas de seguridad y estabilidad legal de los inversionistas, pues definitivamente, no todos los incumplimientos del contrato tendrían tales efectos⁷¹.

Bajo una perspectiva distinta, algunos tribunales han determinado que los incumplimientos contractuales pueden constituir una violación al trato justo y equitativo. En el caso *Mondev c. Estados Unidos* el Tribunal encontró que la protección del Art. 1105 (1) TLCAN sobre el trato justo y equitativo se extiende a reclamaciones contractuales.

Una prerrogativa gubernamental que permite al Estado violar los contratos de inversión parece ser inconsistente con los principios consagrados en el Art. 1105 y con estándares nacionales e internacionales contemporáneos sobre la responsabilidad estatal por el cumplimiento de contratos⁷².

De la misma forma, el Tribunal de CMS fue innovador al sancionar una falta contractual e incumplimiento legislativo aduciendo que ello se traduce en una violación a las expectativas legítimas y por lo tanto, una violación al trato justo y equitativo. “La clara determinación del Tribunal en CMS parece proveer una respuesta definitiva a esta cuestión: los incumplimientos legales y contractuales de disposiciones en las que el inversionista había confiado legítimamente no pueden ser considerados justos o equitativos”⁷³, y por lo tanto, no cumplen con los requisitos del estándar de protección.

Existe una severa crítica a la interpretación amplia de las expectativas legítimas pues constituye un análisis que permitiría que, en virtud de la protección del trato justo y

⁷⁰ C. SCHREUER: “Fair ...”, p. 20.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Mondev Intl. Ltd. c. Estados Unidos*, Laudo, 11 octubre 2002, 42 ILM 85 (2003). Citado en C. SCHREUER: “Fair ...”, p. 19. (Traducción libre de la autora)

⁷³ F. COSTAMAGNA: “Investor’s ...”, p. 10. (Traducción libre de la autora)

equitativo, se eleve todos los incumplimientos contractuales a una violación del tratado de inversiones, produciendo un efecto similar al de la cláusula paraguas⁷⁴. Frente a esto, se han producido una serie de argumentaciones, por ejemplo, que la extensión de las expectativas legítimas a los incumplimientos contractuales es errónea pues ocasionaría que la inserción de las cláusulas paraguas en los tratados de inversión sea completamente inútil⁷⁵. En el sentido contrario, se ha argumentado que la interpretación amplia no tendría ninguna incidencia real en aquellos tratados donde se haya incluido una cláusula paraguas, pues sería evidente la intención de las partes de brindar a los inversionistas una protección extensa⁷⁶.

Si bien estos argumentos han sido extensamente debatidos, es necesario tener en cuenta que la cláusula paraguas permite reclamar los incumplimientos contractuales *per se* ante el foro designado por el TBI, mientras que para reclamar un incumplimiento contractual en virtud del trato justo y equitativo, sería menester demostrar que tal incumplimiento ha frustrado las expectativas legítimas del inversionista. Esta distinción puede resultar casi imperceptible, pero tiene un importante efecto pues, el Tribunal estaría en la obligación de realizar una valoración minuciosa, que no necesariamente producirá los mismos resultados.

1.3.4 Acercamiento a la Definición de las Expectativas Legítimas por Parte de los Tribunales Arbitrales

A continuación se hará una revisión de dos de las decisiones que han sentado importantes precedentes en el tema de las expectativas legítimas como parte del trato justo y equitativo. En los dos casos se tratan de casos contra México, el primero en virtud de un TBI y el segundo en aplicación del TLCAN. En primer lugar, el Tribunal del caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Los Estados Unidos Mexicanos interpretó la obligación contenida en el TBI España - México de proveer un trato justo y equitativo como el deber de “brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las

⁷⁴ C. SCHREUER: “Fair ...”, p. 18.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ F. COSTAMAGNA: “Investor’s ...”, p. 9.

expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”⁷⁷.

De la evaluación del Tribunal sobre las características de estas expectativas, se desprende la importancia de la transparencia, previsibilidad, y correcta aplicación de las normas y uso de los recursos legales. El Tribunal sostuvo que el inversionista cuenta con que:

[...] el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. [...] El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación⁷⁸.

Al considerar que en este caso las expectativas legítimas del inversionista no fueron respetadas, el Tribunal determinó que existía una violación al trato justo y equitativo, y por lo tanto una violación a las disposiciones del tratado de inversión⁷⁹. Del análisis de este caso también se desprende que la doctrina de expectativas legítimas parece no requerir una promesa específica de parte del gobierno para crear estas expectativas, lo que se requiere es que exista transparencia en el funcionamiento de las autoridades y un marco previsible que se mantenga inmutable⁸⁰.

El segundo caso es *International Thunderbird Gaming Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos*, en donde el Tribunal definió los parámetros de las

⁷⁷ Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. c. Los Estados Unidos Mexicanos, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 Award, May 29, 2003.

⁷⁸ *Ibidem*, párr. 154.

⁷⁹ E. SNODGRASS: “Protecting Investors’ Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle”, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Volume 21, Number 1, Spring 2006, ICSID, 2006, p. 2.

⁸⁰ J. GREENAWAY, “Expectativas Legítimas – ¿dónde cabe este concepto en el derecho de las obligaciones bajo los tratados internacionales de inversión?”, *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, SERVILEX*. Disponible en <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/file.php?idarticulo=27>. Visitada el 15 de septiembre de 2008.

expectativas legítimas para que éstas puedan servir como base para los reclamos bajo el estándar de trato justo y equitativo de los tratados de inversión⁸¹. Si bien, en este caso no se encontró una violación a las expectativas legítimas del inversionista, permitió aclarar el rol que tienen estas expectativas en el contexto de los arbitrajes de inversión, particularmente bajo el TLCAN.

... el concepto de las “expectativas legítimas” se relaciona, en el contexto del TLCAN, a una situación en la que una conducta del Estado Receptor crea expectativas razonables y justificables al inversor extranjero para que actúe de acuerdo a tales condiciones. La falta de uno de los Estados Parte del TLCAN de honrar aquellas expectativas podría causar daños al inversionista o a la inversión⁸².

El caso nos presenta cuatro requisitos para que un reclamo por violación a las expectativas legítimas ante un foro arbitral pueda ser exitoso.

1. la conducta del Estado Receptor debe crear expectativas razonables y justificables al inversor;
2. el inversionista debe confiar en la aplicación de tal conducta del Estado;
3. el Estado Receptor debe fracasar al honrar las expectativas que fueron creadas por su conducta; y
4. el inversionista extranjero debe sufrir un daño.

Solamente en los casos en los que se cumplan estos cuatro requisitos el principio de las expectativas legítimas puede constituir una base para un reclamo de la violación al tratado de inversión. De este caso también se desprende que para que una expectativa legítima pueda surgir, el inversionista debe asegurarse que el Estado Receptor conozca de todos los hechos y la información pertinente a la inversión. Si la conducta del Estado se deriva de información incompleta o errónea que el inversor ha transmitido, no se debe presumir la responsabilidad del Estado por la creación de expectativas. De igual forma, declaraciones muy generales o condicionadas, generalmente no son suficientes para

⁸¹ S. FIETTA: “International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States: an indication of the limits of the “legitimate expectation” basis of claim under Article 1105 of NAFTA?”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 2, April 2006, p. 1. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008.

⁸² *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Arbitral Award of Jan. 26, 2006, par. 147

fundamentar un reclamo. Mientras más específicos sean los ofrecimientos, más sólidas son las bases para entablar un reclamo por frustración de las expectativas legítimas⁸³.

El fallo arbitral tuvo un voto salvado del Profesor Wälde quien consideró que el Estado Receptor debió haber sido sancionado por violación a las expectativas legítimas del inversionista extranjero. Según el Profesor, es posible observar un crecimiento significativo del rol y el ámbito de aplicación de las expectativas legítimas durante los últimos años, y los tribunales deben aceptar una aplicación amplia de este principio que permite proteger los intereses de los inversionistas extranjeros como fue la intención de las partes en el tratado de inversión.

Al analizar el tema de las expectativas legítimas, una de las principales consideraciones a tomarse en cuenta debe ser la razonabilidad del inversionista al confiar en una declaración u ofrecimiento del Estado. De igual forma, es importante que la relación entre el Estado y el inversionista se lleve a cabo siempre en un ambiente de apertura y transparencia, en donde ninguna de las partes oculte información relevante o cree falsas expectativas en el otro⁸⁴. La evolución de los principios en el Derecho Internacional de Inversiones es inevitablemente lenta, pero sin duda, los tribunales arbitrales deben ocuparse de definir los parámetros básicos de estándares tan importantes como el trato justo y equitativo y las expectativas legítimas, pues, tanto los Estados como los inversionistas deben tener la mayor certeza posible en el desarrollo de sus relaciones.

⁸³ S. FIETTA: "International ...", p. 7.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 8.

Capítulo II

Responsabilidad Internacional del Estado por Violación a las Expectativas Legítimas de los Inversionistas Extranjeros

Una de las instituciones fundamentales para el mantenimiento de la confianza en las relaciones internacionales es la responsabilidad internacional de los Estados. Esta responsabilidad se puede originar por la violación de obligaciones como son las contenidas en los Tratados de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras. Este capítulo pretende ilustrar cómo la violación a las expectativas legítimas de los inversores extranjeros puede generar responsabilidad internacional para los Estados.

2.1 Responsabilidad Internacional del Estado

La responsabilidad internacional se refiere a las consecuencias de actos ilegales en el orden internacional y a la obligación de los Estados de responder por los daños

causados⁸⁵. “Es la institución por la cual, un sujeto de Derecho Internacional (DI), al cual le es imputable un acto o una omisión contraria a sus obligaciones internacionales, es conducido a dar reparación al sujeto de Derecho Internacional que ha sido víctima, bien sea en él mismo, en las personas, o en los bienes de sus nacionales o agentes”⁸⁶. El artículo 1 de los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados (ARE), redactados por la Comisión de Derecho Internacional⁸⁷ (CDI) de las Naciones Unidas dispone que “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a las responsabilidad internacional de éste”. Como se puede observar, la responsabilidad internacional se concibe como la herramienta de compromiso para que los Estados actúen con sujeción al Derecho Internacional y a las obligaciones adquiridas para con otros sujetos de derecho internacional. Es uno de los conceptos más desarrollados por la comunidad internacional y una de las instituciones internacionales con más vigencia. Aún así, “las normas relativas a la responsabilidad internacional son todavía eminentemente consuetudinarias, sin perjuicio de algunas reglas convencionales que regulan aspectos muy concretos de las relaciones internacionales”⁸⁸.

2.1.1 Antecedentes

La regulación de la responsabilidad internacional surgió de las situaciones de incumplimiento en que ciertos Estados incurrieron con relación de sus obligaciones internacionales, causando daño a otros Estados o a nacionales de otros Estados. Ante esta situación, los Estados cuyos nacionales sufrieron el perjuicio se preocupaban por que el Estado infractor: cese su comportamiento ilícito, promueva una reparación adecuada

⁸⁵ J. GONZÁLEZ, L. SÁNCHEZ, P. SÁENZ: *Curso de Derecho Internacional Público*, CIVITAS, Madrid, 1998, p. 317.

⁸⁶ L. ÁLVAREZ: *Derecho Internacional Público*, Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 1998, p. 180.

⁸⁷ La Comisión de Derecho Internacional es un organismo creado por la [Asamblea General de las Naciones Unidas](#) en 1947 con el objetivo de [codificar](#) y promocionar el [Derecho internacional](#). Su trabajo ha sido fundamental en la adopción de diversos [tratados](#) u otros instrumentos internacionales, como la [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados](#) y la propuesta de la Corte Penal Internacional. Mediante resolución 799 de 1949 la Asamblea General solicitó a la CDI que iniciara la codificación y desarrollo progresivo de los principios de derecho internacional que regían la responsabilidad internacional. En 1966 se aprobó provisionalmente el proyecto que consistía de tres partes: el origen de la responsabilidad internacional; el contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional; y solución de controversias.

⁸⁸ A. BROTONS: *Derecho Internacional*, Mc. Graw – Hill, Madrid, 1997, p. 409

por medio del restablecimiento del *status quo ante* o de la percepción de una indemnización pertinente, y que se comprometía a que tal conducta no se volvería a repetir. Pero debe quedar claro que, aunque los perjuicios se causaran a los individuos, la lesión personal o patrimonial suponía, desde el punto de vista del Derecho Internacional, una infracción del derecho del Estado cuya nacionalidad ostentaban los particulares, dado que éstos no eran considerados sujetos de derecho internacional⁸⁹.

La responsabilidad internacional establece una relación bilateral entre Estado infractor sujeto activo del comportamiento ilícito, y Estado lesionado, sujeto pasivo, cuyos derechos han sido violados por el comportamiento del primero. La neutralidad de esta relación fue fuertemente cuestionada conforme a la evolución de las decisiones jurisprudenciales, principalmente porque la mayoría de fallos se inclinaban en favor de las potencias imperialistas y de las inversiones de sus nacionales. La influencia de los Estados desarrollados generó una estrecha conexión entre la responsabilidad internacional y la protección diplomática de los nacionales en el extranjero, y este desbalance de poder ocasionó una evidente parcialización de los tribunales. Ante esto, los Estados en desarrollo elevaron sus reclamos y se acogieron a las argumentaciones de algunos juristas latinoamericanos, que consideraban que las regulaciones internacionales no solamente favorecían a las potencias mundiales sino que estaban concebidas para perjudicar a los países en desarrollo.

La tarea encomendada a la CDI, de codificar, recopilar y delimitar los principios que rigen la responsabilidad internacional, era crucial para disminuir el malestar de los países en desarrollo, y neutralizar el poder que las naciones más industrializadas ejercían en las decisiones judiciales o arbitrales sobre el tema. Sin embargo, el esfuerzo de la Comisión por articular las bases de esta institución de Derecho Internacional se extendió por largos períodos. Un consenso entre los dos extremos de la relación bilateral parecía una meta inalcanzable. Por ello, en 1962 la CDI decidió apegarse a una nueva alternativa propuesta por el italiano Roberto Ago⁹⁰, según la cual ya no se pretendía crear una convención o un documento vinculante para los Estados signatarios, sino un marco referencial que solamente estableciera las condiciones base y la configuración de las

⁸⁹ *Ibidem*, p. 410

⁹⁰ Roberto Ago: (1907 – 1995) Académico, escritor y jurista de Derecho Internacional. Formó parte de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y presidió la Corte Internacional de Justicia.

violaciones a la responsabilidad internacional y sus consecuencias⁹¹. El trabajo de los relatores especiales se alineó bajo este esquema, y en 1996 la Comisión aprobó el primer borrador de los Artículos. Posteriormente, de 1998 hasta el 2001, la Comisión se embarcó en una segunda revisión de las reglas propuestas, considerando las acotaciones realizadas por los gobiernos, y aprobando el texto final de los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados con sus respectivos comentarios⁹².

El concepto de la responsabilidad internacional del Estado sufrió una alteración importante en su aplicación al Derecho Internacional de Inversiones, pues, los foros arbitrales que reciben las controversias en esta materia permiten que los inversionistas extranjeros comparezcan a los procedimientos arbitrales directamente, como sujetos de derecho internacional⁹³. Si bien, siempre se ha admitido la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos de personas naturales o jurídicas, nacionales de otro Estado, hoy en día la modalidad de los arbitrajes de inversión permiten que los reclamos se atiendan más rápida y efectivamente, pues se pueden hacer directamente.

2.1.2 Calificación de la Responsabilidad Internacional

En un inicio, la responsabilidad internacional se fundamentó en la intención o culpabilidad de los Estados al consumir sus ilícitos. Con el paso del tiempo este concepto evolucionó adoptando una valoración de carácter más objetivo, y hoy en día, la comisión del acto ilícito, desvinculado de culpa o dolo, constituye el fundamento indiscutido de la

⁹¹ J. CRAWFORD: *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, New York, 2002, p. 2.

⁹² *Ibidem*, p. 26.

⁹³ El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI), dio lugar a la creación del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Este Centro se caracterizó por cinco elementos esenciales: (a) las compañías extranjeras y personas naturales pueden demandar directamente al Estado receptor; (b) la inmunidad del Estado se restringe severamente; (c) se puede aplicar el Derecho Internacional en la relación Estado – inversor; (d) en principio, se excluyen los remedios locales; (e) los laudos arbitrales CIADI se pueden ejecutar directamente en los Estado Parte del Convenio CIADI. El Convenio entró en vigencia en 1966 y su éxito se vislumbró conforme se firmaban más acuerdos de protección de las inversiones extranjeras, los mismos que normalmente incluyen al CIADI como una de las opciones de foros para resolución de controversias. En 1990 la presencia del CIADI se consolidó, siendo el principal centro para la solución de controversias en materia de inversión. Para los Estados Miembros, una de las mayores ventajas de este sistema es que las soluciones se encuentran despolitizadas, lo cual brinda mayor seguridad a los inversionistas al momento de considerar la inversión.

responsabilidad internacional⁹⁴. En este sentido, el artículo 2 de los ARE establece que hay un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) es atribuible al Estado según el derecho internacional; y
- b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

De esta forma comprobamos que el hecho generador de la responsabilidad internacional descansa en la ilicitud del comportamiento, acompañada de la imputabilidad del Estado como sujeto de Derecho Internacional. Estos elementos, subjetivo y objetivo, son las condiciones necesarias para establecer la responsabilidad del Estado, y no existe ninguna referencia a la intencionalidad o al daño que nos indique que éstos podrían incidir en la determinación del acto en cuestión.

Se debe tener en cuenta que, como lo establece el literal b) del citado artículo, las violaciones se refieren exclusivamente a obligaciones internacionales del Estado, por lo que la calificación del ilícito internacional deberá realizarse de conformidad con las normas internacionales pertinentes. Uno de los principios generales más relevantes, del DI establece que ningún Estado puede incumplir obligaciones internacionales amparándose en disposiciones de su derecho interno. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. En concordancia, el artículo 3 de los ARE dispone que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional y que tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno. De esta forma, todos los Estados quedan irremediabilmente vinculados a sus obligaciones internacionales, y se limita el uso del derecho interno como justificación de un incumplimiento.

2.1.3 Reparación del Daño

⁹⁴ J. GONZÁLEZ, L. SÁNCHEZ, P. SÁENZ: *Curso ...*, p. 321.

Al determinar la responsabilidad internacional de un Estado, el Tribunal que conoce de la controversia impondrá una nueva obligación al Estado infractor, la obligación de cesar el ilícito y reparar al sujeto lesionado. Al respecto, la Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo que:

Es un principio de Derecho Internacional que la violación de un compromiso lleva consigo la obligación de reparar la falta cometida. La reparación es, pues, el complemento indiscutible para la debida aplicación de un convenio, sin que sea preciso que así se haya estipulado en el mismo⁹⁵.

La cesación pretende anular o poner fin al comportamiento ilícito, por tanto no será aplicable a todos los casos, sino solo a aquellos de carácter continuado o consecutivo que se prolonguen en el tiempo. La reparación busca, en la medida de lo posible, restablecer el estado que verosíblemente hubiera existido de no haberse producido el hecho ilícito⁹⁶. El término reparación se utiliza en sentido amplio para referirse a todas las medidas que el Estado autor del ilícito deba adoptar para impedir que ocurran sus consecuencias.

Dependiendo del daño ocasionado, la reparación se puede acoger a las siguientes modalidades: *restitutio in integrum*, restitución equivalente o compensación y satisfacción. La primera modalidad, también conocida como restitución en especie, supone la forma perfecta de reparación, pues prevé la recuperación del *status quo ante*, adoptando la acción en qué consistía la obligación violada o siguiendo otra acción que restablezca dicho estado de las cosas⁹⁷. “Sin embargo, se reconocen casos en los que no es posible la restitución en especie porque existe una imposibilidad física, material o de orden jurídico”⁹⁸ que impide contar con el bien de que se trate. “Aunque la restitución en especie continúa siendo la forma básica de reparación, en la práctica y en la mayoría de los casos, la compensación monetaria la sustituye”⁹⁹.

La reparación por equivalencia reviste la modalidad de una indemnización pecuniaria y consiste en el pago de una suma de dinero en compensación por el perjuicio

⁹⁵ Caso Fábrica Chorzov, serie A, No. 9, 1927, p. 21, citado en H. LLANOS MANSILLA: *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público El Estado como Sujeto de Derecho Internacional*. Tomo II, Volumen 2, Tercera Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 724.

⁹⁶ A. BROTONS: *Derecho ...*, p. 439.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 440.

⁹⁸ J. PALLARES BOSSA: *Derecho Internacional Público*, Primera Edición, LEYER, Bogotá, 1996, p. 376.

⁹⁹ M. SORENSEN: *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994, p. 537.

sufrido por el sujeto lesionado, que no ha sido reparado por otra modalidad, y que normalmente alcanza para el resarcimiento de los daños soportados por el sujeto pasivo.

Son indemnizables a través de estas dos modalidades de reparación todos los daños que demuestren un nexo de causalidad con el hecho ilícito. Al valorar tales daños es necesario considerar la intencionalidad del Estado, es decir, si contribuyó a causar el daño o a agravarlo. En cuanto a la determinación de la cuantía, existe unanimidad en la doctrina respecto a que la compensación deberá comprender la pérdida material ocasionada por el ilícito, es decir el daño emergente. No existe tal consenso con el lucro cesante pues es posible evidenciar una tendencia que se opone a que la compensación se extienda a la pérdida de la ganancia que se hubiera podido obtener¹⁰⁰.

Por último, la satisfacción como tercera modalidad de reparación, consiste en el remedio jurídico normal del daño moral, inmaterial y no pecuniario, causado directamente a un sujeto de derecho internacional. Esta reparación tiene un carácter más retributivo que compensatorio y pretende subsanar los daños y perjuicios ocasionados por la comisión del ilícito. El Derecho Internacional acepta cinco modalidades de satisfacción: a) las disculpas presentadas por el Estado infractor; b) el castigo de las personas responsables; c) la constatación de la ilicitud del acto realizado por un Estado, pronunciada por un organismo internacional, político o judicial; d) garantías de no repetición del hecho ilícito, y; e) la indemnización punitiva, es decir, el pago de una suma de dinero sin relación con la pérdida material¹⁰¹.

En el Derecho Internacional de Inversiones la forma de reparación escogida por la mayoría de tribunales arbitrales es la compensación, y en determinados casos, también la satisfacción. Si bien, la comunidad internacional reconoce que la *restitutio in integrum* es el método más adecuado para subsanar al sujeto afectado por los daños sufridos, la relación “Estado – inversionista privado” que se establece en los arbitrajes internacionales de inversión dificulta la aplicación de tal modalidad de reparación. Solicitar al Estado que adopte determinadas acciones para restituir íntegramente la situación anterior del inversionista puede generar una seria resistencia por parte de las autoridades involucradas,

¹⁰⁰ A. BROTONS: *Derecho ...*, p. 442.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 443.

pues el tribunal internacional estaría interviniendo directamente en su potestad de auto regulación. Las dificultades con el Estado serán aún mayores si la obligación que se le impone consiste en restituir contratos que fueron previamente terminados, o derogar determinada normativa que alteró el marco regulatorio de la inversión, tal sanción podría considerarse una grave violación a la soberanía del Estado. Por ello, los tribunales prefieren no aplicar la restitución íntegra, pues hasta resulta ilusorio intervenir en los actos estatales de esa forma¹⁰². En este sentido, Barbuk anota que “los árbitros no pueden declarar inválidos los actos estatales, pero el inversionista si puede solicitar una indemnización en lugar de la restitución íntegra”¹⁰³.

La indemnización pecuniaria es un método efectivo para reparar el daño a los inversionistas extranjeros, y es también la modalidad menos rechazada por los Estados infractores. La indemnización pretende reparar los daños ocasionados por el hecho ilícito, y su forma de determinación se derivará de las disposiciones de los TBIs y de los principios generales del Derecho Internacional, tomando también en cuenta la intencionalidad del Estado en la comisión del acto. En las relaciones contractuales, a más de reparar el daño y cubrir las pérdidas, la indemnización pretende restablecer el equilibrio económico del contrato¹⁰⁴, salvaguardando los intereses de los inversionistas, y el sostenimiento de la relación contractual.

2.1.4 Los Elementos del Hecho Internacionalmente Ilícito

2.1.4.1 Hecho atribuible al Estado

La responsabilidad internacional requiere que el comportamiento sea atribuible al Estado según el Derecho Internacional. La primera consideración que se debe hacer al

¹⁰² A. WRAY: “Los Actos de Autoridad, la Soberanía del Estado y el Arbitraje Internacional”, Conferencia de Arbitraje Internacional y Derecho Administrativo, Procuraduría General del Estado, Quito, 1 y 2 de diciembre de 2008.

¹⁰³ A. BARBUK: “The NAFTA ...”, p. 5. (Traducción libre del autor)

¹⁰⁴ A. GALINDO: “La Adopción de la *Summa Divisio* entre Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración por Parte de los Árbitros”, Conferencia de Arbitraje Internacional y Derecho Administrativo, Procuraduría General del Estado, Quito, 1 y 2 de diciembre de 2008.

respecto es que el Estado puede incurrir en responsabilidad tanto por sus acciones como por sus omisiones. Evidentemente, los ilícitos por omisiones se suscitan en menor proporción, y para que se materialicen es necesario que la obligación expresamente indique que el Estado debe cumplir con una conducta determinada.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que los Estados son internacionalmente responsables por los actos o ilícitos que se les pueda imputar o atribuir, por tanto, es necesario determinar aquellos hechos que se pueden, efectivamente imputar al Estado. Brotons sostiene que “serán hechos de un Estado los comportamientos activos u omisivos realizados por uno o varios órganos de dicho Estado actuando en el ejercicio de las prerrogativas del poder público”¹⁰⁵. En virtud del principio de la responsabilidad unitaria del Estado, no hay justificación para diferenciar entre los órganos del Estado una categoría de entidades capaces de comprometer tal responsabilidad frente a otra cuya acción no tendría repercusiones de esta índole¹⁰⁶. El Estado es una unidad, y el DI lo reconoce como una persona jurídica singular, es así que “de acuerdo con el Derecho Internacional son imputables a un Estado todos los comportamientos de sus órganos, cualquiera que sea la naturaleza de los poderes públicos de que sean titulares: legislativos, ejecutivos, administrativos y judiciales”¹⁰⁷. También se debe tener en cuenta que la atribución de la responsabilidad no se limita a los órganos centrales del gobierno, ni a sus oficiales de más alto nivel, sino que se puede extender a cualquier nivel jerárquico, incluyendo órganos provinciales y municipales¹⁰⁸.

Entre los órganos internos que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, encontramos que los más importantes son los legislativos, ejecutivos y judiciales. Ciertamente, no son los únicos cuyos actos acarrearán responsabilidad, pero dado el nivel de influencia que ejercen dentro del Estado, sus actos tienen gran incidencia en las relaciones internacionales. A continuación se delinearán las repercusiones de los actos ejecutivos y legislativos en la responsabilidad del Estado por su pertinencia al análisis de la violación de las expectativas legítimas.

¹⁰⁵ A. BROTONS: *Derecho ...*, p. 418.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 418.

¹⁰⁷ F. MARIÑO MENENDEZ: *Derecho internacional público Parte General*, Editorial Trotta, 4ª edición, Madrid, 2005. Citado en J. PALLARES BOSSA: *Derecho ...*, p. 367.

¹⁰⁸ J. Crawford: *The International ...*, p. 95.

i) actos del poder ejecutivo

“Un Estado incurre en responsabilidad por todos los actos contrarios al derecho internacional cometido por cualquiera de sus agentes ejecutivos o administrativos”¹⁰⁹. Los actos del poder ejecutivo y administrativo representan la voluntad de los gobernantes de turno, por tanto, constituyen la manifestación de las políticas de Estado. Los tribunales han consensuado en que los actos del poder ejecutivo comprometen la responsabilidad del Estado de forma directa e indiscutible, pues los órganos administrativos son, en esencia, los representantes directos del Estado. “La aptitud de los órganos ejecutivos o administrativos para comprometer con su comportamiento la responsabilidad internacional queda fuera de discusión dado su abundantísimo respaldo jurisprudencial”¹¹⁰.

Anteriormente se consideraba que la comisión de actos ilícitos por parte de las más altas autoridades del Estado producía responsabilidad directamente, mientras que los actos de los empleados subordinados no comprometían al Estado inmediatamente, pues podía producirse una aprobación o rechazo posterior por parte de los superiores. De igual forma, se consideraba que el castigo o sanción al agente responsable por parte del Estado podía incidir en su responsabilidad. Sin embargo, “a pesar de haberse pretendido efectuar una distinción respecto a la jerarquía administrativa del funcionario, tratándose de eximir de toda responsabilidad al Estado por aquellos actos cometidos por funcionarios subalternos, esta calificación no ha sido respaldada por la práctica”¹¹¹.

Hoy en día, la distinción entre los niveles jerárquicos es severamente rechazada por la jurisprudencia arbitral. Los tribunales han enfatizado en la equivalencia de los órganos ejecutivos y administrativos de distintos rangos, aseverando que las acciones ilícitas de todos ellos producen responsabilidad directa del Estado. Los ARE no hacen ninguna distinción entre los oficiales de más alta o más baja categoría en relación con la responsabilidad internacional, pero si aclaran que los funcionarios solo comprometen al Estado mientras actúen dentro de los límites de su autoridad¹¹².

¹⁰⁹ M. SORENSEN: *Manual* ..., p. 518

¹¹⁰ A. BROTONS: *Derecho* ..., p. 419.

¹¹¹ H. LLANOS MANSILLA. *Teoría* ..., p. 737.

¹¹² M. SORENSEN: *Manual* ..., p. 518

ii) actos del poder legislativo

Los actos legislativos constituyen la expresión de la voluntad soberana de los Estados, por lo que, indiscutiblemente, comprometen su responsabilidad internacional. El órgano legislativo puede incidir en la responsabilidad del Estado al no promulgar la legislación necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales o mediante la promulgación de actos legislativos contrarios a tales obligaciones¹¹³.

El primer caso se refiere a una ilicitud por omisión, y se produce en los casos específicos en donde el único medio para cumplir con la obligación internacional que ha sido explícitamente establecida, es aprobando un acto legislativo determinado. En tal caso, es indiscutible que la omisión del Estado constituye una ilicitud, por lo que éste incurre en responsabilidad internacional. Sin embargo, si el requerimiento de aprobar un acto legislativo no fuera explícito, y existiera cualquier otra opción para satisfacer la obligación, la simple omisión del órgano legislativo no se derivaría directamente en responsabilidad internacional¹¹⁴. Por tanto, es necesario tener en cuenta las alternativas para verificar obligación internacional y recordar que la omisión legislativa es muy restrictiva en su aplicación.

El segundo caso se presenta cuando el órgano legislativo promulga un acto contrario a un tratado en vigor o cuyas medidas se sitúan por debajo del estándar mínimo establecido por el Derecho Internacional¹¹⁵. Esta ilicitud ha generado un amplio debate en la comunidad internacional pues no se ha logrado un consenso en cuanto al momento efectivo en que el Estado incurre en responsabilidad internacional¹¹⁶. La primera hipótesis sostiene que la promulgación constituye *per se* un acto ilícito, por lo que el Estado es internacionalmente responsable desde el momento en que la norma se aprueba. Quienes se inclinan por esta tendencia consideran que no tiene sentido esperar a que el Estado aplique la norma para denunciar la violación internacional, sostienen que los actos legislativos se promulgan para ser aplicados por lo que se presume que así será, y que los daños causados por dicha aplicación podrían ser irreparables. La hipótesis contraria afirma que el Estado solo incurre en responsabilidad desde el momento en que se aplica

¹¹³ *Ibidem*, p. 517

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ A. BROTONS: *Derecho ...*, p. 419.

¹¹⁶ M. SORENSEN: *Manual ...*, p. 517

la norma, y que su simple promulgación no constituye un ilícito que viole la obligación internacional¹¹⁷. Esta tendencia asevera que las reclamaciones en contra del Estado deben producirse una vez que la norma lesiva haya sido aplicada, y que solo podrá iniciar la acción quien haya sido efectivamente perjudicado por tal aplicación.

Frente a este debate debe tenerse en cuenta el daño no constituye una de las condiciones necesarias para determinar la responsabilidad internacional de un Estado, por tanto, en principio no sería necesario probar el daño para responsabilizar al Estado de la consumación del ilícito. Sin embargo, esta postura no refleja las consideraciones reales que un tribunal deberá hacer al momento de decidir sobre una controversia internacional. La responsabilidad del Estado genera la obligación de reparar, y tal obligación solo puede ser útil en el caso que exista un daño comprobado. Por tanto, al juzgar la violación de la obligación internacional por un acto normativo si se deberá tener en cuenta no solo la expedición de la norma, sino también los efectos de su aplicación.

2.1.4.2 Violación de una Obligación Internacional

El segundo elemento determinante de la responsabilidad es la violación de una obligación internacional por parte del Estado. El artículo 12 de los ARE establece que hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no es conforme con lo que de él exige esa obligación. En este sentido, la base para la existencia de la violación es la disconformidad entre el hecho del Estado con el hecho que debía haber adoptado para cumplir con una obligación internacional¹¹⁸. Evidentemente, esta constituye una reflexión abstracta, y para la determinación objetiva de la violación es necesario considerar los términos precisos de la obligación, teniendo en cuenta su propósito, su objetivo, y las circunstancias del caso.

Al observar la terminología utilizada por el DI, es interesante tomar en cuenta que el ilícito internacional se refiere a la violación de una obligación y no de una regla o norma de Derecho Internacional. Sobre este particular, la CDI sostuvo que

¹¹⁷ J. CRAWFORD: *The International ...*, p. 12, 13.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 124.

[...] la expresión elegida no sólo era la que se empleaba más corrientemente en la jurisprudencia internacional y en la práctica de los Estados, sino que además era más exacta, pues la regla era el derecho en sentido objetivo en tanto que la obligación era una situación jurídica subjetiva, y el comportamiento del sujeto intervenía en relación con esa situación, tanto si era conforme a la obligación como si la trasgredía¹¹⁹.

La práctica ha producido una clasificación de las obligaciones internacionales según el modo por el que cada una debe ser satisfecha. En primer lugar están las obligaciones que requieren que el Estado cumpla con un comportamiento específicamente determinado; en segundo lugar, encontramos las obligaciones que se concentran en el logro de un resultado acordado, sin tomar en cuenta el método aplicado para la consecución de tal resultado; y en tercer lugar están las obligaciones que exigen que el Estado prevenga un acontecimiento particular¹²⁰. La violación deberá determinarse considerando el tipo de acción u omisión requerida por la obligación, tomando en cuenta que en ciertas ocasiones se definirá una conducta específica, mientras que en otros casos solamente se establecerá estándares mínimos sobre los cuales el Estado puede actuar libremente¹²¹. Entre las conductas requeridas por las obligaciones internacionales encontramos: la obligación de promulgar un acto legislativo, ejecutar un acto administrativo o una decisión judicial, aplicar prohibiciones, delinear instrucciones específicas, entre otras. Como se mencionó anteriormente, la valoración de la conducta real en contraposición con estas conductas requeridas sentará el parámetro para determinar la violación internacional.

La última consideración que se debe tener en cuenta al analizar las violaciones internacionales es la fuente u origen de las mismas. El citado artículo 12 de los ARE establece que la violación a las obligaciones internacionales se producirá sin perjuicio del origen o la naturaleza de esa obligación. Es decir, no causa diferencia alguna la fuente que origina la obligación internacional afectada, pues, el Estado incurrirá en responsabilidad internacional ya sea por obligaciones de la costumbre internacional, de fuente convencional, o de cualquier otra fuente reconocida por el Derecho Internacional. En este sentido, la labor de los administradores de justicia es verificar la existencia de la obligación invocada, y consecuentemente, el derecho subjetivo del demandante.

¹¹⁹ J. GONZÁLEZ, L. SÁNCHEZ, P. SÁENZ: *Curso de Derecho ...*, p. 330, 331.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ J. CRAWFORD: *The International ...*, p. 125.

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define las fuentes reconocidas por el Derecho Internacional en el siguiente orden:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

Entre estas fuentes debemos tomar en cuenta que solo las dos primeras son verdaderas fuentes de producción jurídica, mientras que las tres últimas son fuentes de referencia que informan la decisión de los tribunales internacionales al momento de resolver las controversias¹²². Existe un acuerdo general de la doctrina en cuanto a que el citado artículo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia omite dos fuentes de creación de derecho internacional, las decisiones de las instituciones internacionales a las que el tratado constitutivo de la Organización atribuye un efecto obligatorio para sus miembros, y los actos o declaraciones unilaterales de un Estado que, frente a otros sujetos, pueden crear una obligación jurídica.

2.1.5 Circunstancias que Excluyen la Ilicitud

“Hay casos en que la conducta de un Estado supone la violación de una obligación internacional y, sin embargo, no cabe considerar que esa conducta comporte una ilicitud que haga nacer su responsabilidad”¹²³. Las circunstancias de excepción pueden anular o eliminar la obligación, pero en la mayoría de los casos solo proveen una excusa para no cumplir con lo requerido mientras la condición perdure. La doctrina no ha alcanzado un consenso sobre el número ni el contenido de las circunstancias excluyentes, sin embargo, la CDI ha recopilado en el Capítulo V de los ARE las siguientes: consentimiento, legítima defensa, contramedidas, fuerza mayor, peligro extremo y necesidad. Esta enumeración no es restrictiva por lo que se admite que las partes establezcan sus propias circunstancias de excepción en los tratados o convenios,

¹²² J. GONZÁLEZ, P. SÁENZ, L. RODRÍGUEZ: *Curso ...*, p. 119.

¹²³ A. BROTONS: *Derecho ...*, p. 442.

siempre y cuando lo hagan de forma clara y expresa. De igual forma, las partes pueden pactar, libre y voluntariamente en contra de la aplicación de las mencionadas circunstancias como excepciones a la responsabilidad internacional.

a) Consentimiento

En principio, el consentimiento de un Estado de una conducta particular de otro Estado excluye la ilicitud de tal acto, siempre que el consentimiento sea válido y la conducta se enmarque dentro de los límites de tal consentimiento. En este sentido, los elementos del consentimiento son: validez en DI, real, atribuible internacionalmente al Estado y anterior o simultáneo a la comisión del acto cuya ilicitud se pretende excluir. Por lo tanto, el consentimiento retroactivo constituye una renuncia al derecho de reclamar reparación, pero no repara la violación de Derecho Internacional que ha tenido lugar¹²⁴. El consentimiento puede ser implícito siempre que sea indudable, no puede estar viciado de error, fraude, corrupción o coerción y debe ser internacionalmente atribuible al Estado, es decir, provenir de un órgano que al efecto pueda expresar su voluntad¹²⁵.

No se puede invocar el consentimiento del Estado lesionado cuando se trate de una obligación derivada de una norma imperativa de DI general. Frente al ilícito que supone una violación de *ius cogens* no hay consentimiento que valga, y en todos los casos, es una situación de suma cautela por lo que su interpretación debe ser restrictiva.

b) Legítima defensa

El Derecho Internacional reconoce que ciertos actos, que normalmente serían ilegales, cuando se cometen en defensa propia son legítimos y no dan lugar a la responsabilidad¹²⁶. Este principio se aplica normalmente a casos de guerra o de uso de la fuerza, pero es completamente inválido en los casos de violaciones a obligaciones de derecho humanitario o de derechos humanos. Los límites de este principio han sido ampliamente desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia internacional de tal forma que el artículo 21 de los ARE, que se refiere a este tema, se remite expresamente a las acciones de las Naciones Unidas, lo que evidentemente prevé también la sumisión al resto de normas del Derecho Internacional.

¹²⁴ M. SORENSEN: *Manual ...*, p. 514.

¹²⁵ A. BROTONS: *Derecho ...*, p. 434.

¹²⁶ M. SORENSEN: *Manual ...*, p. 514.

c) Contramedidas

El artículo 22 de los ARE establece que la ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado a causa de un hecho internacionalmente ilícito del segundo. Las contramedidas se deben interpretar como una especie de sanción o reacción ante un hecho internacionalmente ilícito, “la aplicación de una sanción autorizada por el Derecho Internacional es un acto legítimo que no da lugar a la responsabilidad”¹²⁷. Para su aplicación es necesario que se satisfagan ciertas condiciones como la proporcionalidad, la temporalidad y carácter reversible. Por lo tanto, no es un principio lo suficientemente amplio como para abarcar todo tipo de medidas, sustantivas y procesales, en este sentido, el análisis de los tribunales competentes debe ser restrictivo. La aplicación de una contramedida no suspende, y mucho menos liquida la obligación internacional. Su cumplimiento se difiere mientras la naturaleza y los motivos de la contramedida así lo requieran¹²⁸.

d) Fuerza mayor

Los ARE han incluido entre las circunstancias de excepción de la responsabilidad internacional a la fuerza mayor. El artículo 23 establece que la responsabilidad queda excluida en los casos de fuerza mayor, es decir, en casos en los que una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, hacen materialmente imposible que se cumpla con la obligación. Esta circunstancia presenta una diferencia sustancial del resto de exclusiones previstas por el Derecho Internacional, pues no involucra un acto voluntario del Estado sino que constituye un acontecimiento sobreviniente.

La fuerza mayor solo se produce en los casos en los que se cumplen con tres condiciones: a) el acto se produce a causa de una fuerza irresistible o de un evento imprevisto; b) está fuera del control del Estado, y; c) es materialmente imposible cumplir con la obligación en esas circunstancias. El término “irresistible” se refiere a la necesidad de una fuerza inquebrantable que el Estado no es capaz de evitar o resistir por sus propios medios. Por el otro lado, el término “imprevisto” supone la imposibilidad de

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ J. CRAWFORD: *The International ...*, p. 125.

conocer o suponer el acontecimiento de tales eventos. Pero en cualquiera de los dos casos, es menester que exista una imposibilidad material de cumplir con la obligación¹²⁹.

La imposibilidad material puede derivarse de eventos naturales, de una intervención humana, o de una combinación. En cualquier caso, es necesario que el Estado quede completamente imposibilitado de cumplir con su obligación, y no basta con que el cumplimiento se haya dificultado, como por una crisis política o económica¹³⁰.

El ya citado artículo 23 también dispone que la fuerza mayor no se podrá invocar si la situación se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que cometió el ilícito. Con respecto a esta disposición, es necesario aclarar que esta excepción solo es aplicable si la fuerza mayor se originó por un acto voluntario del Estado que la invoca. Por lo tanto, si el Estado ha contribuido involuntariamente a la elaboración de la imposibilidad inmaterial, la excepción no será aplicable. De igual forma, el artículo 23 dispone que la fuerza mayor tampoco podrá ser solicitada en los casos en los que el Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación.

e) Peligro extremo

Esta exclusión se refiere a situaciones en donde la vida o la integridad personal del agente estatal, o de alguna persona que dependa de él, se ve amenazada. Un Estado estará en un peligro extremo cuando el órgano que adopta un comportamiento determinado no tiene en ese momento otro medio de salvarse o salvar a las personas confiadas a su cargo que actuar de una manera no conforme con una obligación internacional que le incumbe. En este caso, el órgano estatal podría optar por respetar la obligación internacional en lugar de infringirla, pero de hacerlo, su supervivencia o la de otras personas a su cargo quedaría en entredicho¹³¹.

El artículo 24 de los ARE ha previsto las siguientes condiciones para que el peligro extremo pueda excluir la responsabilidad internacional: a) el comportamiento escogido por el órgano estatal, aunque ilícito, debe ser el único posible para salvar las vidas; b) dicho comportamiento no debe crear un peligro comparable o superior al que se

¹²⁹ *Ibidem*, p. 170.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 171.

¹³¹ J. CRAWFORD: *The International ...*, p. 175.

pretende evitar, debiendo ser el interés sacrificado de menor rango que el que se pretende proteger; c) debe tratarse de una situación extrema, y; d) el Estado que lo invoca no debe haber contribuido, intencionalmente o por negligencia, a crear la situación de peligro.

f) Estado de Necesidad

La CDI entiende por estado de necesidad un comportamiento libre y voluntariamente adoptado por un órgano de un Estado que viola los derechos de otro sujeto de Derecho Internacional con la finalidad de salvaguardar un interés esencial del primero, amenazado por un peligro grave e inminente¹³². “Un Estado no podrá invocar un estado de necesidad a menos que concurren los siguientes requisitos: 1) debe existir un peligro grave e inminente; 2) que amenace con dañar un interés esencial del Estado; 3) que no haya sido provocado por éste; 4) que sólo puede atajarse mediante una conducta contraria a lo establecido por el DI; y, 5) tal conducta no debe afectar, a su vez, un interés esencial del sujeto víctima”¹³³.

Si un Estado comete un acto ilícito con el fin de salvarse de un peligro grave e inminente, ello lo eximiría de toda responsabilidad internacional. El peligro debe ser de tal naturaleza que debe amenazar la propia existencia del Estado, su independencia, su gobierno o su forma de gobierno, o hasta su personalidad internacional¹³⁴. Hay un acto ilícito voluntario del Estado para proteger un interés vital amenazado, y que exige el pago de una compensación adecuada. Algunos sostienen, que el fundamento se encuentra, no en la doctrina de la necesidad, sino en consideraciones meramente humanitarias.

En materia de inversiones es posible evidenciar la existencia de una gran cantidad de casos en los que los Estados Receptores han invocado el estado de necesidad para justificar sus ilícitos internacionales. Especialmente, los casos que se derivan de la crisis argentina de principios de esta década han desarrollado sus argumentaciones en torno a esta excepción de responsabilidad, obteniendo en ciertos casos, resultados favorables.

Normalmente, los tratados de inversión incluyen entre sus disposiciones algunas referentes al estado de necesidad, demarcando las condiciones para que tal exoneración se

¹³² A. BRETONS: *Derecho ...*, . 436.

¹³³ *Ibidem*, p. 437.

¹³⁴ M. SORENSEN: *Manual ...*, p. 514.

aplique. Algunos tratados disponen que los estándares de protección, como el trato justo y equitativo, deben respetarse aún en situaciones de emergencia, a menos que la situación desemboque en un colapso económico y social total¹³⁵. Ciertos tribunales, como el de CMS c. Argentina, han establecido estándares muy elevados, y han realizado una apreciación muy restrictiva al considerar el estado de necesidad invocado por el gobierno argentino. En este caso particular, el Tribunal determinó que no concurrieron todos los elementos necesarios, y a pesar de reconocer la fuerte crisis que atravesaba Argentina, reconocieron a sancionar al Estado por violación a ciertos estándares de protección.

2.2 Verificación de la responsabilidad internacional por violación a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros

Tomando en cuenta los antecedentes expuestos, es pertinente determinar si los actos u omisiones que frustran las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros constituyen hechos internacionalmente ilícitos, y si generan o no responsabilidad internacional del Estado.

2.2.1 Elemento Subjetivo.- Violación a las Expectativas Legítimas por un Acto u Omisión Estatal

El análisis realizado en el primer capítulo nos permitió esbozar los actos estatales que, a criterio de los tribunales arbitrales, pueden crear expectativas legítimas para el inversionista extranjero, y por tanto, una obligación al Estado Receptor de no frustrar tales posibilidades. Es necesario recalcar que no existe unanimidad de criterios en este tema, por lo que a continuación se considerarán los casos en los que el Estado podría llegar a ser sancionado, sin ánimo de inferir que los tribunales siempre decidirán en este sentido.

a) Actos administrativos

¹³⁵ F. COSTAMAGNA: *Investor's...*, p. 12.

Los actos administrativos obligan al Estado de forma directa e inmediata, cumpliendo de esta forma con el elemento subjetivo de la responsabilidad internacional. Todo inversionista extranjero está sujeto a varios procedimientos o decisiones administrativas durante las diferentes etapas de un proyecto de inversión. Entre ellos es posible identificar promesas específicas, compromisos formales, autorizaciones o derogaciones de licencias o permisos de operación y otras de similar naturaleza. La confianza generada por tales actos o conductas podrían limitar el libre accionar del Estado, pues generarán expectativas legítimas en favor del inversionista.

En la misma línea, las expectativas legítimas podrían contraponerse o restringir la facultad discrecional administrativa en la expedición de sus actos ya que el trato justo y equitativo requiere que las autoridades consideren las consecuencias o efectos que sus decisiones pueden tener en la inversión extranjera. En este sentido, los actos administrativos siempre deben ser consistentes con los estándares mínimos internacionales, y en la medida de lo posible, no frustrar cualquier expectativa que se haya generado en el inversionista¹³⁶.

b) Alteración del marco regulatorio aplicable a la inversión

En el primer capítulo se evidenció que las expectativas legítimas pueden verse frustradas por la modificación del marco regulatorio aplicable a la inversión. En este sentido, el trato justo y equitativo podría restringir significativamente la potestad legislativa estatal por concepto de la protección debida a la confianza y las expectativas legítimas del inversionista extranjero.

En CMS c. Argentina el tribunal afirmó que “no tiene jurisdicción sobre las medidas generales de política económica y tampoco tiene la potestad de juzgar si son correctas o erróneas, pero si tiene jurisdicción para determinar si tales medidas violan compromisos vinculantes establecidos en el tratado de inversión, en la legislación o en los contratos”¹³⁷. En el mismo sentido, este Tribunal especificó que aquellas medidas que alteren significativamente el marco regulatorio en el que el inversionista se amparó y confió para hacer su inversión, constituyen una violación a las expectativas legítimas, y al

¹³⁶ S. SCHILL: ‘Fair ...’, p. 26.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 27. (Traducción libre de la autora)

trato justo y equitativo¹³⁸. En este sentido, Reiriz considera que “no es que el Estado no pueda modificar la organización económica del país. Pero, una vez modificada, no puede desentenderse de los perjuicios que haya provocado, violando derechos adquiridos de los particulares”¹³⁹.

Sin embargo, esta protección a la confianza no debe ser interpretada como una garantía absoluta. El Tribunal en *Saluka c. República Checa* señaló que “ningún inversor puede legítimamente esperar que las circunstancias presentes al momento de la inversión se mantengan completamente inalteradas”¹⁴⁰. Aunque, la estabilidad legal del marco aplicable es un factor esencial de motivación al inversionista para invertir en el Estado Receptor, no se debe presumir que las autoridades estatales han renunciado a su derecho de legislar y modificar la normativa legal acoplándolas a las nuevas circunstancias del interés público.

Al considerar la incidencia de las expectativas legítimas en la potestad legislativa del Estado, se debe diferenciar aquellas situaciones en las que el Estado ha incitado la confianza en la estabilidad de ciertas regulaciones y situaciones, de aquellos casos en los que el inversionista confía en el marco regulatorio de forma más general. En el primer caso, un reclamo fundamentado en las expectativas legítimas será completamente pertinente y justiciable pues, no solo fueron generadas por un acto estatal específico, sino que el Estado conocía de la importancia de tales expectativas en el establecimiento y desarrollo de la inversión. “Si bien prevalece el derecho del Estado a modificar la situación, éste no puede desentenderse de restablecer – mediante la correspondiente indemnización – el derecho de los particulares sacrificados en aras de la utilidad pública general”¹⁴¹.

Sin embargo, en los casos en los que el inversionista genera sus expectativas a partir de las disposiciones normativas generales, la aplicación del principio de las expectativas legítimas será más restrictiva¹⁴². “La ley es una norma general, que no ataca situaciones jurídicas de personas determinadas; se aplica genéricamente y beneficia o

¹³⁸ *Ibidem*, p. 28.

¹³⁹ M. REIRIZ: *Responsabilidad del Estado*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969, p. 37.

¹⁴⁰ *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award of Mar. 17, 2006, par. 305. (Traducción libre de la autora)

¹⁴¹ M. REIRIZ: *Responsabilidad ...*, p. 55.

¹⁴² S. SCHILL: ‘Fair ...’, p. 28.

perjudica a todos por igual. Nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de un orden jurídico dado”¹⁴³.

Como se indicó anteriormente, los actos legislativos obligan al Estado de forma directa e inmediata pues representan la voluntad soberana del pueblo. De esta forma, si el tribunal determina la violación a las expectativas legítimas y al trato justo y equitativo en virtud de tales actos legislativos, la condición del elemento subjetivo se verificaría, por lo que el Estado podría incurrir en responsabilidad internacional.

c) Incumplimiento contractual

El primer capítulo contiene un detallado análisis sobre el debate existente acerca de la aplicación de las expectativas legítimas a los incumplimientos contractuales. Aunque es claro que no existe un consenso sobre este particular, se debe tener en cuenta que, en el análisis de la responsabilidad internacional del Estado, solo se deberán tener en cuenta aquellos actos u omisiones atribuibles a órganos estatales, por medio de los cuales se incumpla o modifique las condiciones contractuales.

Analizando específicamente el caso de los contratos de inversión, el acto violatorio atribuible al Estado deberá provenir de la administración central o de una entidad pública o privada que ejerza potestades administrativas. Por el contrario, si el incumplimiento se produce por un órgano privado, el inversionista no podría alegar una frustración a sus expectativas legítimas por parte del Estado Receptor.

2.2.2 Elemento Objetivo.- Expectativas Legítimas Reconocidas como una Obligación Internacional

La obligación internacional que nos concierne es el respeto a las expectativas legítimas del inversionista extranjero. A continuación se analizará el origen de esta obligación, y se determinará si cumple con el elemento objetivo para establecer la responsabilidad internacional del Estado.

¹⁴³ M. REIRIZ: *Responsabilidad ...*, p. 54.

El concepto de las expectativas legítimas no se encuentra expresamente contemplado en los TBIs, ni en el TLCAN, ni demás tratados de inversión. Por tanto, es pertinente aclarar cómo este principio llega a constituirse en una obligación internacional para el Estado, por el que podría incurrir en responsabilidad internacional. En el primer capítulo se comprobó que la reciente práctica arbitral ha aceptado en varios casos que las expectativas legítimas forman parte del trato justo y equitativo, por lo que una violación a estas expectativas constituirá una violación al mencionado estándar de protección. Consiguientemente, la obligación se derivaría del tratado de inversión aplicable, y deberá justificarse como una violación del trato justo y equitativo, estándar de protección contenido en el convenio.

Sin embargo, para que proceda tal situación, el tribunal arbitral competente deberá realizar una serie de consideraciones, y solo tras comprobar determinados supuestos podría proceder a sancionar al Estado. El primer supuesto es que el tratado de inversión aplicable contenga una disposición acerca del trato justo y equitativo. En segundo lugar, el tribunal deberá valorar el ámbito de aplicación que el tratado, y las partes, le dan al trato justo y equitativo, y determinar si es lo suficientemente amplio como para contener a las expectativas legítimas como uno de sus elementos. El tercer supuesto tiene que ver con una valoración fáctica del caso en cuestión, mediante la cual el tribunal deberá decidir si el Estado dio lugar a la generación de expectativas en el inversionista, y procederá a comprobar la legitimidad de las mismas. Por último, los miembros del tribunal deberán descartar todas las circunstancias de excepción de la responsabilidad internacional, pues la presencia de cualquiera de ellas exoneraría al Estado de toda esa responsabilidad y eliminaría la pretendida obligación de reparar.

Solamente en caso que el tribunal arbitral compruebe la concurrencia de estos cuatro elementos podría dictaminar la responsabilidad internacional del Estado y determinar las reparaciones con las que deberá cumplir para compensar al inversionista por las pérdidas sufridas.

En el próximo capítulo analizaré los TBIs suscritos por el Ecuador con algunos de sus principales socios comerciales, para determinar si las disposiciones relativas al trato justo y equitativo permiten proteger las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros en el territorio ecuatoriano.

Capítulo III

Aplicabilidad de la Responsabilidad Internacional del Estado por Violación a las Expectativas Legítimas al Caso Ecuatoriano

Tras haber realizado el análisis sobre la responsabilidad internacional del Estado por violación a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros, este capítulo considerará la aplicabilidad de tal circunstancia al caso ecuatoriano. Para ello, en primer término, se analizará las disposiciones referentes al trato justo y equitativo en algunos de los TBIs suscritos por el Ecuador, para de esta forma determinar los casos en que el principio de las expectativas legítimas podría constituir una obligación internacional para el Estado ecuatoriano. En segundo lugar, se estudiará el caso *Occidental Exploration and Production Company – OECP-* contra la República del Ecuador. Esta decisión permitirá

evidenciar la vulnerabilidad del Estado ante la posibilidad latente de una demanda por violación a las expectativas legítimas y el trato justo y equitativo.

3.1 Estándar de Trato Justo y Equitativo en los Tratados de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras Suscritos por la República del Ecuador

Del estudio realizado en los dos capítulos precedentes, queda claro que el trato justo y equitativo no tiene una definición absoluta ni una aplicación uniforme, y su determinación por parte de los tribunales arbitrales competentes debe derivarse de la evaluación de las disposiciones del tratado de inversión aplicable y de la valoración de los hechos fácticos de cada caso.

Entre los TBIs suscritos por la República del Ecuador con algunos de sus principales socios comerciales encontramos disposiciones diversas acerca del trato justo y equitativo. A continuación estudiaremos algunas de estas disposiciones con el afán de determinar si alguna de ellas ofrece una protección lo suficientemente amplia como para abarcar las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros.

1. TBI Ecuador - Estados Unidos¹⁴⁴

El Tratado de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras suscrito por la República del Ecuador con los Estados Unidos de América establece en el Preámbulo que “a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones”. Reconociendo que el Preámbulo evidencia el objetivo e intención de las partes, los tribunales arbitrales le han dado una interpretación amplia a la protección del trato justo y equitativo. El Art. 2 del presente tratado dispone que:

¹⁴⁴ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Registro Oficial No. 153 Suplemento, de fecha 25 de noviembre de 2005.

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

El único parámetro que esta norma establece para la valoración del trato justo y equitativo señala que las medidas estatales no concederán al inversionista un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional. Por consiguiente, y dado que la protección de las expectativas legítimas es evidentemente superior a la prevista por la costumbre internacional, no existe impedimento para que los árbitros incluyan estas expectativas bajo el trato justo y equitativo garantizado por el tratado de inversión.

2. TBI Ecuador – Canadá.¹⁴⁵

El Tratado de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras suscrito por los Gobiernos de Ecuador y de Canadá dispone:

Artículo 2.- Establecimiento, Adquisición y Protección de las Inversiones.

(2) Ambas Partes Contratantes tratarán a las inversiones o los beneficios de los inversionistas de la otra Parte Contratante:

(a) De modo justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional;

Esta disposición es aún más amplia que la del TBI Ecuador – Estados Unidos, pues no establece requisitos mínimos ni máximos y solo hace una alusión general a los principios del derecho internacional. En este sentido, y teniendo en cuenta el análisis de la presente tesina, sería posible incluir a las expectativas legítimas bajo el trato justo y equitativo, de tal forma que constituirían una obligación internacional para el Estado Receptor en virtud de la aplicación del TBI. Tales expectativas se derivarían del compromiso asumido por el Ecuador al suscribir dicho tratado, por medio del cual se obligó a tratar a las inversiones canadienses de un modo no solamente justo sino equitativo y con sujeción al Derecho Internacional.

3. TBI Ecuador - Reino Unido.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Convenio entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones, Registro Oficial No. 105, de fecha 10 de julio de 1997.

¹⁴⁶ Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones, Registro Oficial No. 153 Suplemento, de fecha 25 de noviembre de 2005.

El Tratado de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras suscrito por la República del Ecuador y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte establece con referencia al trato justo y equitativo que:

Artículo 2.- Promoción y Protección de Inversiones

(2) Las inversiones de nacionales y compañías de cada una de las Partes Contratantes recibirán un tratamiento justo y equitativo y deberán gozar de total protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante podrá de ninguna manera impedir mediante medidas irrazonables o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante en su territorio. Las Partes Contratantes deberán observar cualquier obligación que puedan haber adquirido en relación con inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante.

Esta disposición acerca del trato justo y equitativo debe ser analizada en dos partes. La primera dispone que la Parte Contratante no podrá impedir mediante medidas irrazonables o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante. Bajo esta disposición un tribunal arbitral podría ceñir las expectativas legítimas al trato justo y equitativo, pero siempre bajo la condición que el acto ilícito constituya una medida irrazonable o discriminatoria. En este sentido, la valoración del Tribunal deberá ser minuciosa y comprobar la existencia de todas las condiciones necesarias, tanto para el principio de las expectativas legítimas, como la referente a la discriminación o irracionalidad¹⁴⁷.

La segunda parte del artículo establece que las Partes Contratantes deberán observar cualquier obligación que puedan haber adquirido en relación con inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante. Este texto si permitiría incluir a las expectativas legítimas bajo el ámbito de protección del trato justo y equitativo, pues la referencia a “cualquier obligación que puedan haber adquirido” es lo suficientemente amplia como para abarcar promesas, compromisos contractuales, ofrecimientos de

¹⁴⁷ El TBI Ecuador – Argentina contiene una disposición similar: “Art. III (1).- Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de Inversores de la otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias”. De la misma forma, el TBI Ecuador – Perú dispone que su Art. 3 (1) que: “Cada Parte Contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante realizadas de conformidad con el presente Convenio y no impedirá, con medidas arbitrarias o discriminatorias, la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones de los inversionistas de esa Parte Contratante”. En todos estos casos podría determinarse una protección a las expectativas legítimas solo si el Estado ha tomado medidas discriminatorias o arbitrarias.

estabilidad del marco regulatorio aplicable, y demás actos que podrían generar expectativas al inversionista.

4. TBI Ecuador – Francia.⁻¹⁴⁸

En el caso del Tratado de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras suscrito por Ecuador y Francia es posible evidenciar una situación distinta a todos los tratados considerados anteriormente. Este Tratado dispone en su Art. 4 que:

Cada una de las Partes Contratantes, se compromete a garantizar un trato justo y equitativo, conforme a los principios del Derecho Internacional a las inversiones y sociedades de la otra Parte Contratante y, a hacer lo necesario para que el ejercicio del derecho así reconocido no se vea obstaculizado ni en derecho ni en hecho.

En particular aunque no exclusivamente, se considerará como obstáculo de derecho y de hecho al trato justo y equitativo, cualquier restricción a la adquisición y al transporte de materias primas y materiales auxiliares, de energía y combustibles, así como de medios de producción y explotación de cualquier tipo, igualmente cualquier obstáculo a la venta y al transporte de los productos dentro y fuera del país y en el extranjero, así como cualquier otra medida que tuviere efecto análogo.

Resulta evidente que en este caso las Partes Contratantes prefirieron limitar el ámbito de aplicación del trato justo y equitativo. El texto contiene una serie de ejemplos de los actos que podrían violar este estándar de protección, y si bien se aclara que no es una enumeración taxativa, es importante tener en cuenta que, en la última parte, requiere que el acto ilícito produzca un efecto análogo al de los ejemplos propuestos. En este sentido, no sería posible que un Tribunal incluya a las expectativas legítimas bajo el trato justo y equitativo, pues tales expectativas no son comparables en lo más mínimo a aquellos casos que los Estados Parte pretenden abarcar. Con una norma de esta naturaleza, los Estados pueden limitar efectivamente toda sanción que se derive del incumplimiento de las expectativas legítimas.

Este análisis nos revela que ciertos tratados de inversión suscritos por el Ecuador si podrían dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado por frustración de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros. A continuación se hará un breve

¹⁴⁸ Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, Registro Oficial No. 749, de fecha 31 de julio de 1995.

estudio del caso “Oxy I” por el cual el Ecuador fue sancionado por la violación al trato justo y equitativo, y donde el tribunal también determinó que se violó las expectativas legítimas del Demandante.

3.2 Caso Occidental Exploration and Production Company – OECP- c. la República del Ecuador

3.2.1 Hechos

En el año 1999 la empresa OECP suscribió el Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos con la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR). Este contrato se conoce como Contrato Modificatorio pues transformó la relación contractual de prestación de servicios que la empresa petrolera mantenía con PETROECUADOR a la modalidad de participación petrolera. Bajo la nueva modalidad, OECP asumió todos los costos de las actividades de exploración y exportación a cambio de un porcentaje del petróleo producido.

En cumplimiento de sus obligaciones, OECP realizaba compras locales e importaba bienes y servicios del exterior para llevar a cabo la producción de petróleo, que posteriormente era exportado según las disposiciones del Contrato. Desde el momento en que se produjo la modificación, la Contratista solicitó periódicamente al Servicio de Rentas Internas (SRI) la devolución del Impuesto al Valor Agregado (IVA) por las compras e importaciones de bienes y servicios utilizados en sus actividades de exploración y explotación en relación con las inversiones derivadas del contrato. Hasta el año 2001 el SRI cumplió con las devoluciones sin ninguna objeción, sin embargo, el 28 de agosto de 2001 las autoridades tributarias negaron a Occidental la devolución del IVA correspondiente al período de octubre 2000 - mayo 2001. El SRI fundamentó su decisión en la Resolución 664, en la que se argumenta que el artículo 69 a) de la Ley de Régimen Tributario Interno, incorporado en 1999 por la Ley 99 – 24¹⁴⁹, no podía ser aplicada al caso específico de la empresa, es decir, a exportaciones petroleras. El mencionado artículo establece que

¹⁴⁹ Ley 99 – 24. Registro Oficial 181 del 30 de abril de 1999.

Art. 69 a): IVA pagado en actividades de exportación.- Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado Impuesto al Valor Agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado sin intereses en un tiempo no mayor a 90 días, a través de la emisión de la respectiva nota de crédito, cheque u otro medio de pago. Se reconocerán intereses si vencido el término antes indicado, no se hubiesen reembolsado el IVA reclamado. El Servicio de Rentas Internas deberá devolver lo pagado contra la presentación formal de la declaración del representante legal del sujeto pasivo, que deberá acompañar las copias certificadas de las facturas en las que conste el IVA pagado.

De igual forma se argumentó que la ley 99 – 41, expedida en noviembre de 1999, introdujo el Art. innumerado agregado a continuación del Art. 55 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, que la referirse al crédito tributario y a la devolución de IVA para exportadores, expresa: “La actividad petrolera se regirá por sus leyes específicas”¹⁵⁰.

Según la Administración Tributaria “el IVA estaba incluido en los costos, y por tanto restituido a la compañía a través del porcentaje de participación en el contrato [...] la empresa tenía derecho a un ajuste a través de la cláusula de estabilidad económica en caso de producirse cualquier variación en la carga impositiva”¹⁵¹. Ante estos argumentos, y frente a la negativa de pago, en septiembre de 2001 la OECP interpuso un juicio de impugnación a la Resolución 664 ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal de Quito.

En el mismo año, la Directora del SRI revocó las Resoluciones en las que se aceptaba la devolución del IVA a OECP correspondientes a los períodos comprendidos entre julio de 1999 hasta septiembre de 2000. La Directora afirmó que era necesario rectificar el error cometido por la Administración Tributaria al cumplir con los reembolsos anteriores y ordenó a OECP a que restituya los montos indebidamente devueltos por concepto de IVA. La Contratista inició acciones en contra estas resoluciones. En total, Occidental propuso cuatro acciones en el Tribunal Distrital Fiscal de Quito, objetando el contenido de las Resoluciones del SRI, argumentando que tales actos normativos violaban la ley ecuatoriana, y en especial los artículos 65 y 69A de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

¹⁵⁰ Servicio de Rentas Internas: “Demanda de Occidental – OECP – Relativa al IVA en Contra del Servicio de Rentas Internas.” Disponible en: Descargas.sri.gov.ec/download/pdf/informe_congreso_iva_petrolero.pdf. Visitada el 10 de diciembre de 2008.

¹⁵¹ The Republic of Ecuador and Occidental Exploration and Production Company, Case Number 2004 FOLIO 656, Royal Courts of Justice Strand, London, WC2A 2LL, par. 7.

El 11 de noviembre de 2002 Occidental notificó al Ecuador la intención de iniciar un procedimiento de arbitraje internacional para solucionar la controversia al amparo del TBI Ecuador – Estados Unidos suscrito en 1997. De esta forma, el mismo año la OECP inició un arbitraje bajo las reglas CNUDMI (también conocido como UNCITRAL por sus siglas en inglés) ante la London Court of International Arbitration. La inversionista argumentó que el gobierno ecuatoriano actuó de forma arbitraria y discriminatoria al rehusarse a reembolsar los montos correspondientes al IVA pagado, que violó el estándar de trato justo y equitativo, el principio de trato nacional, y la garantía de no expropiación establecidos en el tratado de inversión.

3.2.2 Consideraciones con respecto al Trato Justo y Equitativo y las Expectativas Legítimas del Inversionista Extranjero

Como se mencionó anteriormente, entre las reclamaciones propuestas por la inversionista ante el Tribunal Arbitral se alegó la violación al trato justo y equitativo establecido en el citado artículo II (3) (a) del TBI Ecuador - Estados Unidos.

La OECP considera que al revocar decisiones preexistentes, en las que la inversionista confió legítimamente al momento de asumir sus compromisos y proyectar su plan comercial, el Ecuador frustró las expectativas legítimas que fundamentaron la inversión de Occidental, y por lo tanto, violó la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo¹⁵²

Ante las alegaciones presentadas, el Tribunal destacó que si bien el tratado de inversión no contiene una definición del trato justo y equitativo, el Preámbulo sí refleja el acuerdo de las Partes sobre que este estándar “es deseable para mantener un marco estable para la inversión y la utilización eficaz de los recursos económicos”. Por lo tanto, a criterio del Tribunal, la estabilidad del marco jurídico y económico es un elemento esencial del trato justo y equitativo¹⁵³.

A partir de esta consideración, el Tribunal señaló que el marco regulatorio y bajo el cual OECP realizó su inversión, fue alterado significativamente por las decisiones adoptadas por el SRI. Adicionalmente, al momento que la inversionista realizó una Consulta a la Administración Tributaria para despejar sus dudas acerca de la aplicación del IVA a su caso particular, recibió una respuesta insatisfactoria y completamente

¹⁵² Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador; Final Award of July 1, 2004, in Case No. Un 3467, par 181. (Traducción libre de la autora)

¹⁵³ *Ibidem*, par 183.

ambigua por parte del SRI. Por último, el Ecuador modificó su normativa tributaria sin aclarar sus motivos ni explicar el alcance de la reforma, y tanto la práctica como regulaciones estatales subsiguientes fueron inconsistentes con tales cambios¹⁵⁴.

En su Decisión el Tribunal Arbitral citó la decisión del caso *Metalclad c. México* en la que el Tribunal sostuvo que el Estado Receptor “falló al asegurar un marco transparente y predecible para el plan comercial y la inversión. Las circunstancias demuestran una grave falta de disposición para cumplir con las expectativas del inversionista de que se lo trate justa y equitativamente”¹⁵⁵. De igual forma el Tribunal citó el caso *Tecmed c. México*, el mismo que ha sido previamente considerado en el desarrollo del presente estudio¹⁵⁶.

El Tribunal resolvió que en este caso la interrogante principal no tenía que ver con la potestad del Estado de reembolsar el IVA o no, y que en realidad la atención debía centrarse en la valoración del marco legal y económico para determinar si cumplió con los requisitos de estabilidad y predictibilidad del Derecho Internacional. Se confirmó que el Derecho Internacional no requiere que los Estados reembolsen el IVA en casos similares, pero ciertamente si exige que el marco regulatorio, bajo el que se realizó la inversión, se respete y no sean alterado¹⁵⁷.

Por todos estos antecedentes, fue claro para el Tribunal que el Estado Receptor no cumplió con las condiciones requeridas por el trato justo y equitativo, resaltando que se trata de requerimientos objetivos, por lo que no dependen de la buena o mala fe del Estado. Por tanto, concluyó que el Ecuador violó el trato justo y equitativo del artículo II (3) (a) del TBI¹⁵⁸.

La decisión del Tribunal en este caso es una clara muestra del alcance que las disposiciones del trato justo y equitativo de los TBIs ecuatorianos pueden tener con respecto a la protección de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros. El laudo del caso *Occidental c. Ecuador* contiene una decisión que ha sentado precedente a nivel internacional, pues varios tribunales arbitrales, así como expertos doctrinarios, se

¹⁵⁴ *Ibidem*, par 184.

¹⁵⁵ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of Aug. 30, 2000, par. 99. (Traducción libre del autor)

¹⁵⁶ *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador...*, *op. cit.*, par 185.

¹⁵⁷ *Ibidem*, par 191.

¹⁵⁸ *Ibidem*, par 187.

han referido a sus consideraciones en el desarrollo del tema de las expectativas legítimas de los inversionistas, así como el trato justo y equitativo.

Conclusiones

El Ecuador es un país con un magnífico potencial de crecimiento y desarrollo tanto en lo social como en lo económico. Las características únicas que nos enriquecen y nos diferencian deben ser aprovechadas al máximo para sacar adelante un país, que en las últimas décadas se ha visto inagotablemente asediado de tendencias y controversias políticas que no parecen encontrar tregua, frente a una población que demanda políticas estables y transparentes que les garanticen mejores condiciones de vida, y que sienten bases sólidas para el progreso integral de la sociedad ecuatoriana.

Como todos los países en desarrollo, el Ecuador necesita de la inversión extranjera privada, que garantice la entrada y circulación de capital en la economía local, generando de esta forma, plazas de trabajo, incremento de la producción y comercio, e impulsando el crecimiento económico interno. Pero atraer capital extranjero requiere de ciertas condiciones mínimas que le brinden al inversionista la confianza suficiente para establecer su inversión en este país, al mismo tiempo que requiere la aplicación de regulaciones transparentes y justas que aseguren al inversor extranjero el tratamiento adecuado que lo

incentivará a mantener la estadía de su capital por más tiempo en el Ecuador. Los tratados de inversión han probado ser el método más común y efectivo para que los Estados Receptores se obliguen a otorgar determinadas garantías internacionales y estándares de protección que satisfacen la demanda de confianza de los inversionistas y los motivan a invertir con tranquilidad.

Entre las garantías contenidas en los tratados de inversión encontramos al trato justo y equitativo, como uno de los estándares de mayor importancia para los inversionistas extranjeros, pues su aplicación por parte de los tribunales arbitrales ha permitido sancionar a los Estados Receptores en determinadas casos en donde no fue posible probar violaciones a otros estándares de protección. Entre las características predominantes de este estándar, ciertos tratadistas han resaltado su ambigüedad y falta de uniformidad, sosteniendo que las diversas apreciaciones resultantes de la práctica arbitral demuestran que las relaciones en materia de inversión tendrán que continuar soportando la incertidumbre que se deriva de la valoración subjetiva de los árbitros. Sin embargo, al estudiar el trabajo de varios doctrinarios del más alto renombre en temas de arbitraje internacional, es posible evidenciar que existe un consenso mayoritario por el cual se determina que aunque no es posible establecer una definición única de este estándar de protección, cada tribunal arbitral debe valorar las violaciones al trato justo y equitativo según las disposiciones específicas del tratado de inversión aplicable y las circunstancias particulares de cada caso. Dicha valoración deberá tomar en cuenta la intención y objetivo de las Partes Contratantes al suscribir estos convenios, pues son los Estados quienes delimitan el alcance de la protección para sus inversionistas en territorio extranjero, y los tribunales no deberán extender ni reducir el alcance dicha protección en sus decisiones arbitrales.

Una apreciación amplia y extensiva del trato justo y equitativo, como aquella que han realizado los tribunales arbitrales en los últimos tiempos, permite incluir a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros como uno de sus elementos. La protección a estas expectativas se origina de la confianza que el Estado Receptor fomenta en los inversionistas extranjeros sobre las condiciones que le serán aplicables para el establecimiento de su inversión, así como para el desenvolvimiento de la misma. Las expectativas legítimas pueden derivarse de actos administrativos, legislativos o

contractuales, que establezcan determinadas condiciones, lo suficientemente específicas, para la inversión extranjera establecida en el territorio del Estado Receptor. Para que se configure una violación a tales expectativas, es necesario que el acto estatal frustre la confianza garantizada a la inversión, y es necesario también que el inversionista pueda probar que las condiciones que se le presentaron fueron determinantes en su decisión de invertir, y que de lo contrario, no lo hubiera hecho. De la misma forma, el inversionista deberá probar un detrimento grave de sus intereses, ocasionado por un cambio fundamental que frustró permanentemente sus expectativas.

La protección a las expectativas legítimas se deriva de una creciente tendencia arbitral que busca brindar cada vez mayor protección a los inversionistas extranjeros. Es posible evidenciar varios casos en los que Estados Receptores han resultado sancionados por alteraciones contractuales, por incumplimiento de ofrecimientos o promesas específicas, e incluso, por modificación de marcos normativos concernientes a la inversión. De esta forma, se debe tener en cuenta que la protección a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros conlleva una restricción de la actividad gubernamental, condicionando la potestad de tomar ciertas decisiones administrativas o legislativas que puedan vulnerar las condiciones establecidas para los inversionistas.

La aplicación de este estándar ha evolucionado de tal forma que, anteriormente solo podía ser considerado un elemento subsidiario de la transparencia y estabilidad, y en la actualidad se lo puede considerar una categoría independiente del trato justo y equitativo, lo suficientemente autónoma como para amparar un reclamo en contra del Estado Receptor. Ciertos tribunales y doctrinarios han determinado casos de excepción por los cuales la alteración de las condiciones regulatorias no constituiría una violación a las expectativas de los inversionistas, y resaltan la importancia de respetar el derecho de los Estados a reaccionar ante ciertos cambios graves del entorno. En la mayoría de casos estas excepciones se relacionan directamente con asuntos internos de protección del interés público, por lo cual es necesaria la intervención Estatal para adaptar los marcos regulatorios a las nuevas circunstancias, especialmente cuando intereses ciudadanos fundamentales están en juego. Sin embargo, es necesario considerar que los límites a la protección de las expectativas legítimas no han quedado claramente definidos, y es

posible evidenciar varias decisiones arbitrales en las que los argumentos de interés público por parte del Estado, no fueron suficientes para evitar la aplicación de sanciones.

La violación de las expectativas legítimas, consideradas como una categoría independiente del trato justo y equitativo, puede constituir una violación de una obligación internacional del Estado, y por tanto, ocasionar la responsabilidad internacional del mismo. La presente tesina estudió los dos elementos necesarios para la configuración de esta responsabilidad, y demostró como la violación a las expectativas legítimas puede encajar perfectamente en los requisitos planteados. En primer lugar, la violación a las expectativas legítimas, ya sea por alteración contractual, por incumplimiento de ofrecimientos específicos o por modificación de marcos normativos, es el resultado de un acto estatal, y por lo tanto, se cumple con la condición del elemento subjetivo de la responsabilidad internacional. En segundo lugar, las expectativas legítimas pueden constituir una obligación internacional del Estado, pues forman parte del trato justo y equitativo, un estándar de protección contenido en los tratados de inversión. Es decir, los tribunales la pueden apreciar como una obligación derivada de un contrato, a la cual Estado se obligó libre y autónomamente al suscribir aquel convenio con el otro Estado Contratante.

En cada caso, los tribunales arbitrales deberán realizar las consideraciones necesarias que les permita comprobar la existencia de responsabilidad internacional estatal por violación a las expectativas legítimas. Primeramente deberán comprobar que el tratado de inversión aplicable contenga una disposición del trato justo y equitativo, y valorar el alcance de protección de tal disposición, determinando si las expectativas legítimas pueden ser protegidas bajo tal ámbito. Después deberán realizar un análisis fáctico del caso en cuestión, para determinar si el Estado dio lugar a la generación de expectativas y valorar la legitimidad de las mismas. Por último, se deberá descartar las circunstancias de excepción de la responsabilidad internacional, por las que el Estado quedaría exonerado de cualquier obligación de reparar al inversionista.

El Estado ecuatoriano ha suscrito alrededor de dos decenas de tratados bilaterales de protección y promoción de las inversiones extranjeras, y en cada uno de ellos ha incluido disposiciones referentes al trato justo y equitativo. En el tercer capítulo se realizó

una valoración acerca del posible alcance de las disposiciones relativas a este estándar de protección en algunos de los TBIs y se demostró que varios de ellos podrían dar lugar a la protección a las expectativas legítimas. Esta apreciación no constituye una posibilidad remota o ilusoria pues, el Ecuador estuvo ya involucrado en un caso en el que se discutió la protección de las expectativas legítimas del inversionista extranjero, y lamentablemente el resultado fue contrario a los intereses de nuestro país. En *Occidental Exploration and Production Company – OECP – c. la República del Ecuador*, el tribunal arbitral determinó que el Ecuador violó el trato justo y equitativo contenido en el TBI Ecuador – Estados Unidos, en virtud de la frustración de las expectativas legítimas de la compañía petrolera. Esta decisión se convirtió en un referente para varios tribunales arbitrales internacionales y doctrinarios que han considerado el tema, demostrando de esta forma, la trascendencia que este tipo de casos tiene ante la comunidad internacional. Esta es una situación lamentable pues aparte de la carga económica impuesta al Estado ecuatoriano, su credibilidad internacional también se afecta directamente, repercutiendo negativamente en sus relaciones internacionales.

La latente inestabilidad política que perturba a nuestro país permite que los gobiernos de turno irrespeten ciertas obligaciones asumidas por el Ecuador en épocas pasadas, sin tomar en cuenta las consecuencias negativas que se pueden derivar de tales decisiones. Por ello, es perfectamente posible que el Estado ecuatoriano tenga que volver a enfrentar un arbitraje internacional por violación al trato justo y equitativo, en virtud de la frustración de las expectativas legítimas de los inversionistas. Ciertos actos estatales, como la promulgación de la Ley 42¹⁵⁹, y especialmente de su Reglamento de Aplicación¹⁶⁰, han sido concebidos entre las empresas petroleras, importantes inversionistas de nuestro país, como una violación absoluta de sus expectativas legítimas. Ante ello, es necesario considerar que tales actos normativos si produjeron un cambio determinante en el marco regulatorio aplicable a las inversiones en materia de hidrocarburos, agregando una disposición sustancial, inexistente al momento de la

¹⁵⁹ Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 257 del 25 de abril del 2006.

¹⁶⁰ Reglamento de Aplicación de Ley 42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 312 del 13 de julio de 2006.

inversión¹⁶¹. De esta forma, ante el supuesto de una demanda arbitral sobre este tema, los tribunales arbitrales podrían volver a determinar la responsabilidad internacional del Ecuador.

La violación a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros puede generar la responsabilidad internacional del Estado, y la consiguiente obligación de reparar los daños ocasionados a través de graves indemnizaciones pecuniarias. Por este motivo, las autoridades gubernamentales deben tener en cuenta que cada uno de sus actos y decisiones pueden conllevar graves consecuencias para los intereses del Estado, desestabilizando y ahuyentando la inversión existente en el país, e impidiendo la atracción de nueva inversión extranjera directa. Por lo tanto, antes de modificar cualquier marco regulatorio, ya sea contractual o normativo, es necesario que se agote toda posibilidad de negociación, acordando con el inversionista las nuevas condiciones aplicables a su inversión.

Recomendaciones

1. Asumir con objetividad los beneficios de la inversión extranjera directa. Es importante que todos los actores de la sociedad se ilustren acerca de la importancia y la incidencia real de las inversiones extranjeras directas en el desarrollo, crecimiento económico y bienestar social del país. Para ello, es

¹⁶¹ La Ley 42 y su Reglamento de Aplicación determinaron que la participación sobre el excedente de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos en los Contratos de Participación, debía repartirse a razón de 99 – 1. Es decir, 99% del excedente para el Estado y 1% del excedente para los inversionistas extranjeros. La Ley de Hidrocarburos, con las disposiciones vigentes al momento de la inversión, no contenía ninguna disposición relativa a la distribución de tales excedentes.

necesario transmitir una concepción positiva de la inversión extranjera, dejando entrever que mientras existan regulaciones claras y transparentes, y las políticas de Estado se mantengan consistentes con dichas regulaciones, los inversionistas no “abusarán” de los beneficios que nuestro país les brinda.

2. Promover la estabilidad de legal y económica de las regulaciones aplicables a las inversiones extranjeras, y transparencia en las políticas de Estado y actos de los órganos estatales que afectan la inversión. La confianza es una de las características esenciales para el éxito de la relación Estado – inversionista extranjero, por lo que es recomendable mantener, en la medida de lo posible, marcos normativos estables y políticas económicas y regulatorias consistentes y así evitar violaciones a las expectativas legítimas de los inversionistas. La alteración continua de la normativa y el desgaste de las relaciones con los inversores contribuye al incremento del índice de riesgo país, situación que incide negativa y directamente en la atracción de nueva inversión.
3. No denunciar más Tratados de Promoción y Protección de Inversiones. Este tipo de tratados son esenciales para que los inversionistas extranjeros decidan invertir en el Ecuador, lo que favorece directamente a todos los sectores de nuestra economía. Sin embargo, si se debe buscar la renegociación de ciertos estándares de protección, que brinde confianza para atraer inversión extranjera y que al mismo tiempo precautele los intereses del Estado.
4. En la renegociación o suscripción de nuevos Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (en caso de ser posible nuevamente), el Ecuador debe procurar incluir una restricción al trato justo y equitativo, y específicamente a las expectativas legítimas de los inversionistas, delimitando expresamente el alcance de su protección. Los Estados son las Partes Contratantes, por lo tanto tienen la potestad de delimitar los estándares de protección induciendo una interpretación restrictiva a los tribunales arbitrales.
5. Habiendo evidenciado que el Ecuador podría ser sancionado por violación a las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros, es necesario tomar todas las precauciones posibles para que los tribunales arbitrales no tengan base para tal determinación. Por ello, es importante prever todas las consecuencias posibles de cada acto estatal que afecte la inversión, y aplicar métodos de composición amigable de controversias. En este sentido, considero que el Estado debe renegociar sus contratos antes de modificarlos unilateralmente por la aplicación de una ley o de un acto administrativo, y en el caso que no haya forma alguna de evitar la frustración de las expectativas, será mejor negociar el pago de una

compensación justa antes que soportar todas las cargas que conlleva un procedimiento arbitral internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, LUÍS FERNANDO, *Derecho Internacional Público*, Centro Editorial Javeriano, Bogotá, 1998.

BARBOSA, JUAN, GALARZA, WENDY, “Arbitraje Internacional en materia de Impuestos: la Cláusula de Excepción Tributaria”, *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

BARBUK, ALEXEI, “The NAFTA Chapter 11 Arbitration and Protection of Legitimate Expectations”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 1, Issue 3, July 2004. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008.

BISHOP, R. DOAK, CRAWFORD, JAMES, REISMAN, W. MICHAEL, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.

BROTONS, ANTONIO REMIRO, *Derecho Internacional*, Mc. Graw – Hill, Madrid, 1997.

COSTAMAGNA, FRANCESCO, “Investor’s Rights and State Regulatory Autonomy: the Role of the Legitimate Expectation Principle in the CMS v. Argentina Case”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 2, April 2006. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008.

CRAWFORD, JAMES, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, New York, 2002.

DOLZER, RUDOLF, SCHREUER, CRISTOPH, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008.

FIETTA, STEPHEN, "International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States: an indication of the limits of the "legitimate expectation" basis of claim under Article 1105 of NAFTA?", *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 2, April 2006. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008.

GALINDO, ALVARO, "La Adopción de la *Summa Divisio* entre Contratos Administrativos y Contratos de Derecho Privado de la Administración por Parte de los Árbitros", Conferencia de Arbitraje Internacional y Derecho Administrativo, Procuraduría General del Estado, Quito, 1 y 2 de diciembre de 2008.

GONZÁLEZ, GONZALO, "La Polémica Ley 42: ¿Peor el remedio que la enfermedad?", *Legisla*, GP&A Abogados, Quito, 2008.

GONZÁLEZ, JULIO, GONZÁLEZ, LUÍS, SÁENZ, ANDRÉS, *Curso de Derecho Internacional Público*, CIVITAS, Madrid, 1998.

GREENAWAY, JOANNE, "Expectativas Legítimas – ¿dónde cabe este concepto en el derecho de las obligaciones bajo los tratados internacionales de inversión?", *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, SERVILEX. Disponible en <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/file.php?idarticulo=27>. Visitada el 15 de septiembre de 2008.

KALICKI, JEAN, MEDEIROS, SUZANA, "Fair, Equitable and Ambiguous: What is Fair and Equitable Treatment in International Investment Law?" *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Volume 22, Number 1, Spring 2007, International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington D.C., 2007.

LEATHLEY, CHRISTIAN, *International Dispute Resolution in Latin America, an Institutional Overview*, Kluwer Law International, Amsterdam, 2007.

LLANOS MANSILLA, HUGO, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público El Estado como Sujeto de Derecho Internacional*. Tomo II, Volumen 2, Tercera Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

PALLARES BOSSA, JORGE, *Derecho Internacional Público*, Primera Edición, LEYER, Bogotá, 1996.

REIRIZ, MARÍA, *Responsabilidad del Estado*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969.

SCHILL, STEPHEN, “Fair and Equitable Treatment’ as an Embodiment of the Rule of Law”, NYU Law School, New York City, Working Paper, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 5, December 2006. Disponible en: www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008.

SCHREUER, CHRISTOPH, “Fair and Equitable Treatment: Interactions with other Standards”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 5, September 2007. Disponible en www.transnational-dispute-management.com. Visitada el 10 de octubre de 2008.

SCHREUER, CHRISTOPH, MUNCHLINSKI, P., ORTINO, F., *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008.

SNODGRASS, ELIZABETH, “Protecting Investors’ Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle”, *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Volume 21, Number 1, Spring 2006, ICSID, 2006.

SORENSEN, MAX,, *Manual de Derecho Internacional Público*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1994.

SORNARAJAH, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, The Hague, 2000.

UNCTAD: “What are BITs?” *Investment Instruments Online*. United Nations Conference on Trade and Development. Disponible en http://www.unctadxi.org/templates/Page_1006.aspx, visitada el 26 de Octubre de 2008.

UNCTAD: *Fair and Equitable Treatment*, UNCTAD, Series on issues in international investment agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999.

WRAY, ALBERTO, “Los Actos de Autoridad, la Soberanía del Estado y el Arbitraje Internacional”, Conferencia de Arbitraje Internacional y Derecho Administrativo, Procuraduría General del Estado, Quito, 1 y 2 de diciembre de 2008.

YMAZ, E., *Protección de Inversiones Extranjeras Tratados Bilaterales Sus Efectos en las Contrataciones Administrativas*, La Ley, Buenos Aires, 1999