

SERIE   
*Magíster*  
VOLUMEN 139

*El trato justo  
y equitativo  
en el derecho  
internacional  
de inversiones*

---

*Gustavo Prieto*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

El trato justo y equitativo en el derecho  
internacional de inversiones

SERIE   
*Magíster*  
VOLUMEN 139

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR  
Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 322 8085, 299 3600 • Fax: (593 2) 322 8426  
[www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec) • [uasb@uasb.edu.ec](mailto:uasb@uasb.edu.ec)

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL  
Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador  
Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4558 • Fax: ext. 12  
[www.cenlibrosecuador.org](http://www.cenlibrosecuador.org) • [cen@cenlibrosecuador.org](mailto:cen@cenlibrosecuador.org)

Gustavo Prieto

# El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador



**CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL**

Quito, 2013

**El trato justo y equitativo en el derecho  
internacional de inversiones**

Gustavo Prieto

SERIE   
*Magister*  
VOLUMEN 139

Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador  
Corporación Editora Nacional  
Quito, junio de 2013

Coordinación editorial:

*Quinche Ortiz Crespo*

Armado:

*Graciela Castañeda*

Impresión:

*Taller Gráfico La Huella,  
La Isla N27-96 y Cuba, Quito*

ISBN Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador:  
978-9978-19-582-6

ISBN Corporación Editora Nacional:  
978-9978-84-678-0

Derechos de autor:

Inscripción: 041601

Depósito legal: 004945

---

Título original: *El estándar del trato justo y equitativo en las obligaciones  
internacionales del Ecuador*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Derecho,  
con mención en Derecho Internacional Económico  
Programa de Maestría en Derecho, 2010

Autor: *Gustavo Prieto Muñoz* (correo e.: [njoe80@gmail.com](mailto:njoe80@gmail.com))

Tutora: *Carmen Amalia Simone*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-0928

---

# Índice

## **Introducción / 11**

### *Capítulo I*

#### **Los estándares de protección y la inversión extranjera directa / 13**

Concepto de inversión extranjera directa / 13

Riesgo político / 15

Evolución histórica del derecho de inversiones / 16

Los estándares de trato en el derecho de inversiones / 19

Estándar mínimo internacional / 26

### *Capítulo II*

#### **El estándar del trato justo y equitativo / 31**

Orígenes y evolución del trato justo y equitativo / 32

Fuentes del trato justo y equitativo / 40

Interpretación del contenido del trato justo y equitativo / 45

Contenido del trato justo y equitativo / 48

### *Capítulo III*

#### **El trato justo y equitativo y las obligaciones del Ecuador / 61**

Antecedentes del derecho de inversiones y el trato justo y equitativo en Ecuador / 61

El trato justo y equitativo en los tratados de inversiones del Ecuador / 64

El trato justo y equitativo y los litigios internacionales del Ecuador / 72

### *Capítulo IV*

#### **Perspectivas del trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones / 91**

La limitación de arbitrajes extranjeros en Ecuador / 91

Hacia una nueva concepción en el derecho de inversiones / 100

**Conclusiones / 103**

**Bibliografía / 109**

**Anexos / 119**

*A mis padres, Washington y Elminia,  
por su ayuda incondicional.  
A mi esposa Alina y a Alenka,  
por ser una fuente constante de inspiración.  
A Juan, Diana, Matías y Martín.*



Un agradecimiento especial a la profesora Carmen Simone por su motivación permanente para llevar adelante esta investigación.



# Introducción

Uno de los temas, dentro de la agenda contemporánea, que más controversia ha generado es el de la inversión extranjera, debido tal vez a que esta ha sido sometida a un gran debate con una evidente polarización ideológica. Algunos han concebido a la inversión extranjera como la respuesta a los problemas de crecimiento de una economía; mientras que para otros es un mecanismo de evidente opresión de las potencias dominantes hacia los países débiles, llegando hasta al punto de satanizarla. El presente trabajo no busca aportar a este ya acalorado debate, sino que, partiendo de la premisa de que los flujos de capitales tienen una incidencia en la economía de un Estado o región, pretende analizar este fenómeno económico desde el punto de vista objetivo del derecho.

Se debe entonces partir de una realidad incontrastable, que es el hecho de que desde el año 1990, la inversión extranjera directa fue en considerable aumento. Solo en los últimos diez años del siglo XX, los flujos de inversión extranjera se cuadruplicaron.<sup>1</sup> Junto a este crecimiento, se empezó a evidenciar un desarrollo normativo tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En el contexto internacional se crearon una gran cantidad de tratados tanto bilaterales como regionales. Para el año 2011 existían más de 6 mil tratados que regulan directa o indirectamente la inversión extranjera directa. La estructura de estos tratados es muy variada y la gran mayoría usa en su formulación un tipo de normas propias del derecho internacional económico, denominadas estándares de trato.

Existen varios estándares utilizados en instrumentos internacionales, pero entre ellos está uno que ha sido utilizado en casi todos los litigios de inversiones. Es el denominado trato justo y equitativo. Este enigmático estándar ha estado presente en los diferentes instrumentos internacionales desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Concretamente, la terminología fue introducida por primera vez en la Conferencia de La Habana en 1948, pero no fue sino hasta la década de los 90 cuando este estándar empezó a ser utilizado como

1. Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 1.

punta de lanza en casi cualquier disputa en materia de inversiones, lo cual generó una desarticulada jurisprudencia arbitral sobre su contenido.

El presente trabajo estudia este complejo estándar y analiza la presencia del mismo desde el punto de vista de la experiencia ecuatoriana en litigios de inversiones. Esta experiencia es relevante por tres motivos: el ecuatoriano es un Estado en vías de desarrollo con presencia de inversión extranjera; tiene una experiencia única en litigios de inversiones, esto debido a controversiales actos gubernamentales y legislativos; y está alineado con una tendencia en la región latinoamericana junto con Bolivia, Venezuela y Argentina, que representa una postura defensiva hacia el régimen de inversiones establecido.

El estudio tiene tres capítulos. En el primero, se tratan conceptos fundamentales del derecho internacional de inversiones y se busca explicar la teoría del estándar como técnica jurídica en los tratados internacionales. En el segundo, se estudia pormenorizadamente el estándar, analizando sus orígenes y evolución. En el tercero, se desarrolla un detallado estudio del trato justo y equitativo desde el punto de vista de los principales litigios del Estado ecuatoriano, para finalmente arribar a una conclusión que busca establecer la función del estándar del trato justo y equitativo frente a las diferentes dinámicas que moldean al derecho internacional de inversiones.

## CAPÍTULO I

# Los estándares de protección y la inversión extranjera directa

### CONCEPTO DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

La definición de inversión extranjera representa un problema, no necesariamente por su desarrollo histórico o sus elementos conceptuales, sino porque su alcance amplía o disminuye la gama de posibles conflictos que pueden accionar mecanismos de protección de inversiones como el arbitraje. En muchos instrumentos como el tratado de creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), se ha evitado dar una definición exacta, lo que ha permitido a los tribunales apreciar cada caso concreto y determinar la existencia o no de una inversión.

En un principio se puede afirmar que inversión es toda utilización de activos, de una entidad económica, destinados a obtener un beneficio económico o una ganancia. Partiendo de este concepto, podemos afirmar que inversión extranjera directa es cualquier utilización de activos, sean estos tangibles o intangibles, en uno o varios países distintos al país del propietario del activo, que mantiene un control sobre los mismos. Así, el elemento que permite diferenciar a este tipo específico de inversión es el control que ejerza el inversor en el país receptor del capital. Este elemento de control ha sido destacado por diferentes sectores de la doctrina. Por ejemplo, Sornarajah define a la inversión como: «Transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro con el propósito de uso en ese país para generar riqueza bajo el control parcial o total del dueño del activo».<sup>2</sup> Por su parte, Dolzer y Shreuer<sup>3</sup> establecen como los elementos de la inversión extranjera directa: transferencia de fondos; un proyecto a largo plazo; propósito de beneficios regulares; cierta participación en la administración, y riesgo en el negocio.

Con este antecedente, podemos llegar a la distinción entre los dos principales tipos de inversión extranjera: la inversión extranjera directa y la de portafolio o cartera. La diferencia entre ellas es precisamente el elemento de con-

2. Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 7.
3. R. Dolzer y Christoph Schreuer, *op. cit.*, p. 60.

tro y administración sobre la inversión. La inversión de portafolio o cartera consiste en la adquisición de compañías a través de paquetes accionarios, sin que exista control o sin que el inversor intervenga directamente en la administración del negocio. Por ello, se puede considerar a la inversión extranjera directa como la más compleja, y sus elementos permiten diferenciarla de otro tipo de operaciones como la inversión de portafolio, que carece del elemento de administración; la compra venta internacional, que carece de largo plazo, beneficios regulares y administración, y cualquier otra operación comercial que no involucre todos los elementos.

Para determinar el elemento de control sobre una inversión –lo que significa establecer si se trata de una inversión extranjera directa o de cartera– se aplica la regla de 10% que ha sido utilizada ampliamente por organizaciones internacionales, gobiernos y la doctrina.<sup>4</sup> Esta regla establece que si un inversor realiza una adquisición de un paquete accionario de una entidad económica en un monto igual o superior a 10%, se presumirá la intención de control y el valor invertido, y se contabilizará como inversión extranjera directa.

En 1970, la Corte Internacional de Justicia, dentro del caso de Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, resolvió que un Estado, Bélgica carecía de *jus standi* para ejercitar la protección diplomática de los accionistas de una sociedad canadiense respecto a las medidas adoptadas contra esa sociedad en España.<sup>5</sup> Adicionalmente, como comenta Sornarajah, la Corte determinó que «solo el Estado en el que la compañía estaba incorporada podía interceder en nombre de la compañía y que los accionistas [...] no tenían intereses protegidos por el derecho internacional».<sup>6</sup> Este caso ejemplifica la diferencia entre las inversiones de portafolio y la inversión extranjera directa.

Sin embargo, también generó la necesidad de los Estados de proteger la mayor cantidad posible de transacciones internacionales en las que sus particulares intervinieran. Esto permitió el desarrollo de la idea de ampliar el alcance de la inversión protegida, que es aquella que permite accionar los mecanismos del derecho internacional. La forma escogida fue incluir en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), conceptos tan amplios de inversión que incluyen a casi cualquier operación comercial como tal. Por ejemplo, el TBI firmado entre Ecuador y EUA, contiene el siguiente concepto de inversión: «inversión significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y

4. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Londres, Oxford University Press, 2010, p. 21.
5. Corte Internacional de Justicia, «Sumario del Caso Barcelona Traction Light and Power Company Ltd. Segunda fase», Madrid, 5 de febrero de 1970, en *Cátedra I de Derecho Internacional Público*, Facultad de Derecho Universidad Católica de la Plata, en <<http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/45.pdf>>, consultado el 1 de junio de 2008.
6. M. Sornarajah, *The International...*, p. 10.

los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades».

Luego, en el mismo artículo se enlistan no taxativamente diferentes ejemplos concretos de lo que es considerado, para fines del TBI, como inversión. Pero estas definiciones amplias de los tratados corresponden a las inversiones protegidas y debe considerárselas como una modificación del concepto original.

## RIESGO POLÍTICO

Otro elemento importante que trae consigo la inversión extranjera directa es el largo plazo, ya que se entiende que si un inversionista pretende adquirir el control sobre una actividad económica en un medio extraño, buscará que dicha actividad se extienda en el tiempo. Por lo expuesto, este tipo de inversión está sometida a un riesgo que se lo denomina político.

La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) por sus siglas en inglés, ha definido al riesgo político como «La probabilidad de interrupción de las operaciones de compañías por fuerzas políticas y eventos, ya sea que estos ocurran en los países receptores o como resultado de cambios en el ambiente internacional».<sup>7</sup> Esta misma organización identifica siete escenarios<sup>8</sup> que son entendidos como riesgo político:

1. Transferencias y convertibilidad, entendido como la inhabilidad de trasladar al país de origen las utilidades de una inversión.
2. Expropiación, entendida como la pérdida de propiedad y control como resultado de acción directa del Estado receptor.
3. Incumplimientos contractuales.<sup>9</sup>
4. No honrar obligaciones financieras soberanas.
5. Terrorismo.
6. Guerra. Disturbios civiles.
7. Cambios regulatorios adversos.

El derecho internacional ha tenido como fin la protección de las inversiones frente al riesgo político, empleando básicamente dos tipos de normas:

7. Multilateral Investment Guarantee Agency, *2011 World Investment and Political Risk Report*, Washington DC, The International Bank for Reconstruction and Development, 2011, p. 21.
8. *Ibid.*
9. En este concepto se incluyen las pérdidas posibles por la falta de cumplimiento de laudos arbitrales que resulten de incumplimientos contractuales.

1. Procesales o de foro, en las que se utiliza primordialmente el arbitraje como mecanismo de solución de disputas.
2. Normas sustantivas o materiales, que se manifiestan en el uso de estándares de trato, como el del trato justo y equitativo.

Sin embargo, este enfoque del marco jurídico internacional, que se ha limitado únicamente a la protección de la inversión, atraviesa un momento de cuestionamiento, ya que deja de lado otros temas que surgen de la inversión como el desarrollo sustentable, derechos humanos, protección ambiental y la capacidad regulatoria de los Estados.

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE INVERSIONES

La evolución del derecho internacional de inversiones puede dividirse en tres períodos. El primero, desde el fin de la Colonia hasta el principio de la Primera Guerra Mundial; el segundo, durante el desarrollo de las dos guerras mundiales y, el tercero, desde el período de la reconstrucción de la economía global hasta el presente. A continuación se hace una breve referencia a este proceso.

El primer período puede remitirse al tiempo de la Colonia, cuando los primeros europeos viajaban a los países conquistados para iniciar emprendimientos comerciales. El riesgo político era mínimo ya que las autoridades administrativas eran dependientes de las respectivas coronas europeas. Sin embargo, luego de la independencia sistemática de las colonias, esta situación mutó a un extremado ambiente nacionalista, que incrementó el riesgo político sobre las operaciones comerciales y los intereses de extranjeros en estos territorios. Adicionalmente, a partir del año 1820, se produjo una expansión económica de los países europeos, que duraría casi un siglo y que se interrumpiría únicamente con la Primera Guerra Mundial. Vandenvelde identifica al menos tres factores<sup>10</sup> que determinaron este despertar de la economía global:

1. El fin de las guerras napoleónicas, que trajo un período de relativa paz en Europa.
2. El advenimiento de la revolución industrial, que directa o indirectamente trajo consigo mejoras tecnológicas claves para la expansión económica, como la locomotora, el bote a vapor, el telégrafo, entre otros.
3. El remplazo del mercantilismo por la teoría de economía liberal.

10. Kenneth J. Vandenvelde, *Bilateral Investment Treaties. History, Policy and Interpretation*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 649.

En definitiva, la expansión de la economía europea junto con la presencia de riesgo político en América, produjo una pugna entre el país receptor y el inversionista extranjero, la misma que se ha traducido, desde un inicio, en el interés del primero por nacionalizar la relación jurídica y, por el otro lado, la intención del inversionista por internacionalizarla. El primer método utilizado por los países exportadores para mitigar el riesgo político fue el empleo de la denominada diplomacia de los cañones, es decir el uso de la fuerza para la resolución de disputas.

Un ejemplo de esta actuación fue la disputa entre Mackintosh y la Gran Colombia. El primero, un empresario británico, en 1822 vendió y envió a la naciente república armamento, provisiones y recibió una posterior negativa de pago que debía realizarse en bonos del gobierno. La negativa de pago derivó en que el gobierno británico enviara un escuadrón de cinco naves, las mismas que se dirigieron a Cartagena y en 1857 emitieron un ultimátum al gobernador Narciso Jiménez «amenazando de bombardear la ciudad si no pagaba la deuda»,<sup>11</sup> como relata Blackaby. Como fin anecdótico de la historia, curiosamente los tripulantes de los barcos británicos sufrieron una enfermedad tropical que les obligó a pedir auxilio a las personas a quienes tenían que bombardear originalmente.<sup>12</sup>

Con el transcurso de los años, los EUA, que en su tiempo fueron también una colonia, se convirtieron en actores importantes como exportadores de capital y exigían un trato a sus nacionales que sea acorde con el derecho internacional. Esto provocó una respuesta por parte de los países latinoamericanos, que como Blackaby comenta, «evidenciaba un esfuerzo de poner fin a esta diplomacia por la fuerza».<sup>13</sup> En especial, resalta el esfuerzo de Carlos Calvo, quien estableció que «la responsabilidad de los gobiernos hacia extranjeros no puede ser mayor que aquella que los gobiernos tienen hacia sus propios ciudadanos, y al inversor no se le puede otorgar mejores derechos que a los ciudadanos locales y las disputas de inversiones serán juzgadas por las cortes locales aplicando el derecho doméstico».<sup>14</sup> Esta doctrina tuvo un impacto en todos los países de la región, los mismos que incorporaron esta línea de pensamiento en sus constituciones y legislaciones.

11. Nigel Blackaby, «El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio», en Fabricio Mantilla Espinosa, coord., *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, 2005, p. 285.

12. El bombardeo nunca se produjo, ya que el oficial a cargo de la operación, en agradecimiento, solicitó a su gobierno la revocatoria de la orden de bombardeo, la misma que fue concedida.

13. N. Blackaby, *op. cit.*, p. 286.

14. Citado por Adriana Sánchez Mussi, *International Minimum Standard of Treatment*, Georgetown, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2008, p. 4, en <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>, consultado el 1 de abril 2012.

El segundo período, que se desarrolló durante las guerras mundiales, constituye uno de extremado caos, donde primó el nacionalismo y el proteccionismo de los diferentes actores mundiales. Un acontecimiento que empezó a definir este contexto mundial y que incidió en este ámbito fue la Revolución rusa de 1917, la misma que introdujo teorías económicas que justificaban expropiaciones que afectaron a inversores y que se expandieron por toda Europa Oriental junto con el comunismo. En este período se produjeron una serie de nacionalizaciones en muchos otros países, como en el caso mexicano, cuando el presidente Lázaro Cárdenas expropió empresas petroleras extranjeras en 1938. Este evento generó una fuerte reacción internacional que solo se vio aplacada con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial y, en contraste, provocó un sentimiento nacionalista en México que brindó a Cárdenas grandes réditos políticos. La expropiación petrolera en México permitió el nacimiento de la denominada fórmula Hull, que es usada en la actualidad para cuantificar las indemnizaciones que deben pagarse luego de una expropiación. Esta fórmula nace de las palabras del Secretario de Estado de los EUA, Cordell Hull, quien ante la decisión de Cárdenas envió una nota diplomática a México en la que exigía una compensación a los inversionistas estadounidenses que sea «pronta, adecuada y efectiva».<sup>15</sup>

Un tercer período comenzó luego de la Segunda Guerra Mundial, cuando se buscó la reconstrucción de la economía. Se puede ubicar el inicio de este período con la conferencia de Bretton Woods, en 1944, cuando se definieron los pilares de la reconstrucción económica mundial, que formalmente empezó con la suscripción de la Conferencia o Carta de la Habana, en 1948. Este instrumento determina el punto de partida de lo que en 1994 fue la Organización Mundial del Comercio. El período se caracteriza por la institucionalización del derecho internacional. Concretamente, en el tema de inversiones se evidenció un continuo debate sobre los estándares de protección efectiva para la inversión.<sup>16</sup>

La inclusión del estándar del trato justo y equitativo se produce en este período. En el presente trabajo se explorarán ampliamente varios acontecimientos durante esta etapa de evolución en el marco jurídico.

En resumen, la historia de la tutela jurídica de las inversiones puede figurarse como un péndulo en el tiempo, que sintetiza la pugna de internacionalizar la relación jurídica por parte del exportador de capital y luego la reacción del importador de nacionalizarla. En los momentos actuales se puede observar una primacía de la tesis de internacionalizar las relaciones inherentes de inversiones, lo que hace latente un predominio de la jurisprudencia

15. K. Vandeveld, *op. cit.*, p. 960.

16. M. Sornarajah, *The International...*, p. 22.

arbitral sobre el tema. Sin embargo, el análisis histórico de las tendencias en la materia hace prever un cambio, el mismo que se está evidenciando en las decisiones de Bolivia de denunciar al Convenio del CIADI en 2007, por un lado, y de Ecuador, que anunció su salida de este mismo instrumento en 2009. Adicionalmente, en su nueva Constitución, Ecuador estableció una prohibición para el Arbitraje inversor-Estado, disposición que originó el dictamen de la Corte Constitucional ecuatoriana, que ordena la denuncia de varios TBI.

## LOS ESTÁNDARES DE TRATO EN EL DERECHO DE INVERSIONES

Probablemente una de las instituciones jurídicas menos entendidas en la realidad jurídica de tradición romanista ha sido la figura de los estándares, ya que estos han sido limitados en su verdadero alcance y funciones, dejando a un lado su esencia como técnica jurídica, desarrollada bajo la razón del *common law*, de adaptación del derecho a los casos concretos.

El primer paso hacia definir su naturaleza jurídica es la aproximación etimológica del término. La palabra puede ser utilizada tanto como adjetivo: «Que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia», como sustantivo: «tipo, modelo, patrón, nivel». <sup>17</sup> El origen de esta palabra en español es la traducción del inglés *standard*, cuyas raíces pueden remontarse al siglo XII, y que actualmente en este idioma es «algo establecido por la autoridad, costumbre o consentimiento general como modelo o ejemplo». <sup>18</sup> En definitiva, por su significado literal, expresa la idea de algo concreto, de un modelo o referencia, que en muchos documentos es entendido como un mínimo de algo, independientemente de la complejidad que se deba alcanzar en la técnica pero, al fin y al cabo, un mínimo que debe ser entendido en el sentido de lo concreto. Un ejemplo de esto son las normas de calidad en la industria, en especial las normas ISO, <sup>19</sup> que son un conjunto de procesos y características que deben obtener ciertos productos o servicios para ser considerados de una determinada calidad. El elemento fundamental es que estos deben ser concretos, es decir,

17. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Libros, 2011, 22a. ed., en <[http://buscon.rae.es/drae/?type=3&val=umbral&val\\_aux=&origen=RE DRAE](http://buscon.rae.es/drae/?type=3&val=umbral&val_aux=&origen=RE DRAE)>, consultado el 1 de julio de 2008.

18. Traducción del original, en inglés: «something established by authority, custom, or general consent as a model or example», Merriam-Webster an Encyclopedia Britannica Company, *Merriam-Webster Online Dictionary*, Londres, 2012, en <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/standard%5B1%5D>>, consultado el 7 de abril de 2012.

19. Siglas en inglés para International Organization for Standardization.

quien pretenda que sus productos o servicios alcancen este mínimo de calidad, debe saber exactamente cuáles son los procesos y exigencias que debe cumplir.

Estas exigencias son establecidas por un tercero, que bien puede ser una organización, el Estado o el mismo mercado. La naturaleza de estos estándares, por lo tanto, no es jurídica, ya que no son obligatorios, lo que los haría comparables a convencionalismos sociales o normas de etiqueta. Sin embargo, cuando estos estándares adquieren una obligatoriedad, esta proviene de su inclusión en una norma jurídica independiente, como es el caso de las regulaciones que una autoridad imparta por la naturaleza de sus funciones, para la consecución de un interés común.

### *El estándar como técnica jurídica*

En el derecho anglosajón ha existido siempre el razonamiento jurídico de que la norma no es estática, sino que esta se adapta a la realidad de la sociedad donde rige y no al revés. Dentro de esta lógica, se entiende que es el juez el llamado a realizar el salto de la norma hacia la realidad, y que mantiene una función más creativa dentro de un determinado sistema. Roscoe Pound, en 1921, sintetizaba la esencia de este derecho de la siguiente manera:

conviene tener en cuenta que la fuerza del *common law* reside en su manera de tratar los casos concretos, mientras que la fuerza de su rival, el moderno derecho romano, radica en el desarrollo lógico de conceptos generales. Por ello, cuando la administración de justicia está en manos de jueces del *common law*, sea de manera mediata o inmediata, su hábito de aplicar al caso debatido la experiencia judicial del pasado, en lugar de intentar que la causa se ajuste a su casilla lógica exacta contenida en un sistema abstracto, socava poco a poco el sistema jurídico que se presenta como antagonista y favorece una lenta pero persistente invasión del *common law*.<sup>20</sup>

Dentro de este derecho se desarrolló una técnica jurídica denominada *standard*, que difiere del sentido que normalmente se le atribuye en la lógica romanista, y que busca que el derecho no permanezca estático ante los cambios propios de la sociedad. Ioana Tudor comenta sobre esta técnica: «la palabra *standard* abarca dos significados diferentes: una técnica legal y un adjetivo. El estándar es una herramienta importada de la sociología que presenta características de ser capaz de absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad mientras preserva la seguridad que la ley tiene que ofrecer».<sup>21</sup> La naturaleza del

20. Roscoe Pound, *El espíritu del «Common Law»*, Barcelona, Bosch, 1954, p. 18.

21. Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard in The International Law of Foreign Investment*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 115.

estándar, por lo tanto, es crear una norma que le permita perdurar en el tiempo y adaptarse, a través de su aplicación a los diversos casos, y no esperar que estos se adapten a la norma.

De lo expuesto, se entiende la diferencia de los dos significados de estándar: como mínimo concreto o adjetivo, en palabras de Tudor y, como técnica jurídica, que debe ser por el contrario abstracto, necesario, para que el juez pueda delinear sus contenidos y su evolución.

Los llamados a practicar esta evolución son precisamente los jueces, quienes deben dar vida a una expresión y otorgarle un contenido acorde con la realidad histórica del momento de su aplicación. Sin embargo, muchos jueces, bajo la influencia positivista, no se han desenvuelto en un sistema que fomente esta creatividad evolutiva y se han limitado a cumplir lo que Montesquieu calificaba como ser «la boca que pronuncia las palabras de la ley».<sup>22</sup>

Un ejemplo de esta técnica en el derecho romano es la figura del buen padre de familia que ha sobrevivido en el tiempo. En el Código Civil ecuatoriano todavía existe esta figura para tratar la culpa leve, cuando se hace referencia acerca de que quien «debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa».<sup>23</sup> Estas palabras han sido repetidas por medio de muchos textos sin que exista un desarrollo sobre cuál es su real contenido. La idea de evolución, en este ejemplo, significa que las conductas atribuibles a un buen padre de familia, en Roma, hace muchos siglos, evidentemente no son las mismas que en nuestros días, por lo que es labor del juez el utilizar esta técnica jurídica para ajustar la evolución de un comportamiento en el tiempo y frente al derecho.

La mayor cantidad de normas son aquellas que tienen supuestos de hecho, donde en caso de verificarse este, generan una consecuencia. Las normas estándares constituyen una herramienta distinta de la teoría jurídica ya que no contienen un supuesto de hecho, sino una técnica jurídica adaptable a la evolución de una sociedad. Para diferenciar este tipo de técnica jurídica con las normas que contienen un supuesto de hecho, se puede emplear la siguiente analogía que utiliza Von Ihering:

Los chinos tienen para cada idea un signo especial, de suerte que es preciso conocerlos todos, y las ideas nuevas reclaman nuevos signos, mientras nosotros con un pequeño número de letras podemos componer y leer todas las palabras viejas y nuevas. De la misma manera, un derecho reducido a sus elementos ló-

22. Rodrigo Correa, «El gobierno judicial ante la Constitución», en *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 6, Santiago, Facultad de Derecho-Universidad de Chile, 2002, p. 117, <<http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/EL%20GOBIERNO%20JUDICIAL%20ANTE%20LA%20CONSTITUCION.pdf>>, consultado el 1 de abril de 2012.

23. Registro Oficial, Sup. 46, Codificación Código Civil, art. 29, Quito, 24 de junio de 2005.

gicos nos ofrece su alfabeto para descifrar los diferentes modos de la vida por difíciles que pudieran ser.<sup>24</sup>

Existen normas que contienen un supuesto hipotético para cada caso, como caracteres chinos para cada idea, por lo que se necesita un gran número de normas con supuestos de hecho para poder prever los hipotéticos casos a los que un ordenamiento jurídico puede enfrentarse. Por el contrario, la naturaleza del estándar le permite adaptarse a un sinnúmero de características especiales. Los tratados internacionales actualmente están compuestos por un grupo limitado de estándares de trato, los mismos que pueden ser aplicados a un gran número de situaciones, de la misma manera en que un alfabeto puede ser utilizado para representar muchas ideas.

### ***Definición de estándar***

Luego de diferenciar los dos usos de la palabra, como adjetivo o como técnica, queda la labor de tratar de definir el segundo significado. Tudor expresa que el desarrollo de la doctrina del estándar propiamente dicha empezó en 1920 y recoge las definiciones de tres de los primeros tratadistas en abordar en el tema. Sanhoury define al estándar como «comportamiento general que permite cierta libertad de acción y mucho más flexible adaptación a los cambiantes circunstancias de la vida social».<sup>25</sup> Para Rials es un «concepto indefinido, que se refiere a los valores fundamentales de una sociedad y analiza el comportamiento de los actores legales al referirse a conductas promedio».<sup>26</sup> Finalmente para Juliard, el estándar es «un principio general del derecho internacional que tiene una característica específica: es un estándar, en el sentido que sirve para evaluar el grado de conformidad del derecho nacional con el derecho internacional».<sup>27</sup>

Por otro lado, Schwarzenberger se refiere a los estándares como normas opcionales que incorporan «formas fijas de limitaciones auxiliares de la jurisdicción nacional [...] pueden denominarse standards para distinguirlos de

24. Rudolph Von Ihering, *Abreviatura del espíritu del derecho romano*, trad. Fernando Vela, Madrid, Revista de Occidental, 2a. ed., 1962, p. 29.
25. A. Sanhoury, «general behavior that allows a certain freedom of action and much more flexible adaptation to the changing circumstances of social life», en I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 114.
26. «indefinite concept, which refers to the fundamental values of a society and that analices the behaviors of the legal actors by reference to an average conduct», en I. Knoll-Tudor, *op. cit.*
27. Patrick Juillard, «General Principle of International Law, which has a specific characteristic: It is a standard in the sense that it serves to evaluate the degree of conformity on national law to International law», en I. Knoll-Tudor, *op. cit.*

principios opcionales y otras reglas opcionales que no se han cristalizado todavía en patrones estereotipados». <sup>28</sup> Van Themaat razona, en cambio, sobre la necesidad de que en cualquier ordenamiento internacional económico existan principios y reglas claras de conducta que puedan ser aplicadas a todos los Estados. <sup>29</sup> Eduardo Zuleta, en un contexto más contemporáneo, se refiere a estos como «obligaciones internacionales que buscan garantizar un nivel de seguridad a la inversión y sus rendimientos». <sup>30</sup> Finalmente se puede utilizar una aproximación a este tipo de normas desde el punto de vista de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, que ha despertado gran curiosidad en los últimos años, especialmente dentro del estudio de normas constitucionales.

De las definiciones expuestas, lo primero que llama la atención es que no existe una definición uniforme en la doctrina, la misma que se refiere al estándar como principio general, concepto indefinido, comportamiento general, norma opcional, obligación internacional, etc., razón por la cual muchos tratadistas que han escrito sobre los estándares, lo han hecho de forma específica, evadiendo la escabrosa tarea de su conceptualización. En todo caso, los elementos expuestos no son necesariamente contradictorios, ya que simplemente constituyen perspectivas diferentes sobre una misma institución. Se puede concluir, coincidiendo con Ioana Tudor, que el estándar es una técnica jurídica que busca proveer de un umbral o un campo en el que se evalúe el comportamiento de distintos sujetos de derecho, llámense personas en un contexto sociológico o Estados en un contexto internacional.

El siguiente punto a esclarecer es si esta técnica constituye en sí una norma de derecho vinculante, que se sintetiza en el debate sobre si es obligatoria o no. Al respecto, podemos acotar que se debe distinguir entre la técnica y las normas que esta genera. Es decir, la técnica necesita de alguna de las fuentes del derecho para poder generar normas, o como manifiesta Schwarzenberger <sup>31</sup> «no son, sin embargo, los principios que son obligatorios u opcionales sino las reglas que son abstraídas de estos principios». Esto se produce, por ejemplo, cuando dos partes de un tratado deciden incluir en el texto un determinado estándar; la norma que se crea en este tratado es obligatoria, mas no el estándar por sí solo. Este proceso se denomina codificación de estándares.

28. Georg Schwarzenberger, *The Principles and Standard of International Economic Law*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1966, p. 66 y 67.

29. Pieter Verloren Van Themmat, *The Changing Structure of International Economic Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1981, p. 17.

30. Eduardo Zuleta Jaramillo, «El arbitraje de inversión en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos», en Fernando Mantilla, coord., *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales*, Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, 2007, p. 129.

31. G. Schwarzenberger, *The Principles...*, p. 66.

### *Naturaleza jurídica*

Las normas emanadas a través de esta técnica tienen una particularidad especial que puede ser extraña para el positivismo. Estas no llevan consigo un supuesto hipotético o de hecho, pero no por eso pierden su obligatoriedad. Zagrebelsky en el marco del derecho constitucional, hace una diferencia entre normas-regla y normas-principio y manifiesta:

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas.<sup>32</sup>

Esto nos permite concluir que no solo las normas que llevan consigo un supuesto de hecho pueden ser consideradas normas, sino también existe otro tipo de normas que están diseñadas para darnos pautas sobre cómo actuar en una determinada situación. En este sentido, el concepto de principios es el más similar de nuestra realidad al concepto de estándares, ya que los dos adquieren un carácter operativo únicamente cuando son aplicados a un caso concreto.

Esta característica operativa nos permite concluir que los estándares y los principios poseen un elemento objetivo y otro subjetivo. El primero constituye la norma en sí, sea esta de la fuente que provenga, «si la fuente es convencional, el artículo que contiene el estándar es aquel que forma el elemento normativo».<sup>33</sup> El elemento subjetivo, por otra parte, es la aplicación al caso concreto; es lo que trae a la vida al estándar. En palabras sobre los principios de Zagrebelsky, «su significado no puede determinarse en abstracto, sino solo en los casos concretos, y solo en los casos concretos puede entender su alcance».<sup>34</sup>

Se puede concluir que en su naturaleza jurídica los principios y estándares son muy similares, casi idénticos, ya que los dos no poseen un supuesto hipotético o de hecho; poseen elementos subjetivos y objetivos, y tienen una capacidad de adaptabilidad al caso concreto. Sin embargo, pueden diferenciarse, ya que el principio contiene derechos cuyo valor justificativo es la justicia<sup>35</sup> y que son fundamentales dentro del marco de la Constitución de un Estado; por ejemplo, el principio del debido proceso.

32. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2005, p. 110.

33. I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 118.

34. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 111.

35. Zagrebelsky distingue entre los derechos cuyo valor fundamental es la libertad y que son «la armadura jurídica de la voluntad, un modo de hacerla eficaz protegiéndola de sus enemigos» y, por otro, los derechos cuyo valor es la justicia. G. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 82.

El estándar, por otro lado, contiene una técnica de evaluación de comportamiento de actores, que puede o no estar enmarcada dentro de derechos fundamentales, como en el caso de los estándares internacionales, que evalúan si un determinado comportamiento de un Estado está o no al nivel exigido por la comunidad internacional. Por ejemplo, en el estándar de nación más favorecida, se busca únicamente establecer que no exista un comportamiento discriminatorio de un Estado con respecto a dos actores económicos.

Así, podemos denominar a las normas que provienen de esta técnica jurídica como normas-umbral o normas-marco, porque realmente delimitan un campo de acción de un determinado actor. «La noción de estándar parte de la presunción de que existen más de una forma de comportarse en la misma situación, dependiendo de las circunstancias».<sup>36</sup> En el ámbito internacional, el salir fuera de ese campo, resulta en un ilícito internacional, que genera la responsabilidad en un Estado de reparar al afectado. Esto puede formar una suerte de pirámide, en la cual la base es la aplicación de una técnica que se codifica en una norma-umbral, y esta a su vez incide en el nivel de reglas con supuesto de hecho, creando nuevas o dejando sin efecto a otras.

### ***Crítica a la aplicación de los estándares***

Para comprender los riesgos de la aplicación de estándares es necesario entender las funciones superiores que persigue el derecho y que muchas veces generan fricciones, estas son «la necesidad de seguridad y estabilidad que contrasta con la necesidad de flexibilidad y adaptabilidad».<sup>37</sup> En otras palabras, todo derecho busca otorgar una seguridad mínima, que deriva en la garantía constitucional de la seguridad jurídica, definida como «conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros. Propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre».<sup>38</sup> Sin embargo, paralelamente a esta seguridad jurídica, se busca que el derecho sea práctico, flexible y adaptable a distintas circunstancias; es decir, que el derecho sirva al ser humano y no al revés.

Estas dos funciones primordiales han sido adoptadas en la forma de interpretación de los dos sistemas jurídicos dominantes. Por un lado, la bandera

36. I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 120.

37. *Ibid.*, p. 118.

38. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, «Recurso de casación», Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Serie 17, en *Gaceta Judicial*, No. 11, 11 julio de 2002 o en *Lexis*, <www.lexis.com.ec>, consultado el 12 de junio de 2012.

del derecho de tradición romana, en especial la corriente positivista, ha sido precisamente la de brindar seguridad jurídica, que se hace evidente en la forma de interpretar la norma. Visto desde el punto de vista de Kelsen: «La cuestión acerca de cuál de las posibilidades existentes en el marco de una norma es la justa, es una cuestión que, por naturaleza, escapa al conocimiento jurídico; no es un problema de teoría sino, de teoría de política del Derecho».<sup>39</sup>

La interpretación otorgada por el *common law*, por el otro lado, persigue la función más ágil del derecho, la que le permite adaptarse a las necesidades del caso práctico, alejándose de solo buscar una aplicación mecánica de la ley. En palabras de Pound: «No olvidemos que la llamada interpretación no consiste solamente en la comprobación de la voluntad legislativa. Si fuese así, se trataría de la más fácil y no de la más difícil de las tareas judiciales».<sup>40</sup>

El estándar se ubica dentro de las opciones destinadas a brindar flexibilidad, razón por la cual no ha sido comprendido muchas veces en los sistemas de tradición romana. Sin embargo, un desequilibrio en ambas funciones degenera evidentemente en que una de estas no se cumpla. Por ejemplo, si existe demasiada ductibilidad del derecho, puede decaer en inseguridad. Un ejemplo de este desequilibrio es lo que sucede actualmente en el desarrollo del estándar del trato justo y equitativo, el cual cada vez incorpora mayores contenidos a través de decisiones tomadas por tribunales arbitrales internacionales.

En otras palabras, el razonamiento de flexibilidad desde el punto de vista de los estándares puede derivar en arbitrariedad, ya que quien resuelve sobre un caso puede, a pretexto de buscar el carácter evolutivo de los estándares, llegar a convertirse en una especie de colegislador. El riesgo de la aplicación extensiva de esta institución ha sido percibido especialmente por los países receptores de capital, e incluso por los exportadores, cuando han sentido estos efectos. Así se evidenció en la interpretación extensiva de la Comisión de Libre Comercio del North American Free Trade Agreement (NAFTA) del art. 1105 de este tratado, luego de los primeros laudos arbitrales en el caso *Pope & Talbot contra Canadá*.<sup>41</sup>

## ESTÁNDAR MÍNIMO INTERNACIONAL

Este concepto engloba la necesidad de tener una base de condiciones elementales para el trato que un extranjero debe recibir en otro Estado. El

39. Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho*, México DF, Colofón, 1994, p. 63.

40. R. Pound, *op. cit.*, p. 174.

41. Se extiende el análisis en el desarrollo del estándar de trato justo y equitativo.

incumplimiento o la violación de estas condiciones básicas de trato, se consideran como un ilícito internacional y generan responsabilidad para el Estado infractor. Por lo tanto, este estándar confiere un estatus o calidad de sujeto a las personas dentro del derecho internacional público. Este estándar mínimo puede sintetizarse de la siguiente manera: Es potestativo para un Estado el permitir el ingreso de un extranjero, pero una vez que lo hace y este extranjero ingresa, el Estado anfitrión queda obligado internacionalmente a otorgarle un determinado trato que cumpla lo que Murphy denomina un «estándar razonable de decencia».<sup>42</sup>

El problema es que no existe un concepto unánime sobre las acciones que están por debajo de ese mínimo trato. La razón para esta ausencia es que la costumbre de un país no necesariamente es la costumbre de otro. Adicionalmente, la naturaleza misma de la técnica jurídica del estándar le permite a este evolucionar en el tiempo, y definir exactamente el contenido del trato mínimo puede ser muy controversial, porque en la aplicación de un estándar los tribunales juegan un papel fundamental, ya que son estos quienes lo hacen aplicable.

En el caso del estándar mínimo internacional, sus orígenes se pueden encontrar en la antigua Grecia. Por ejemplo, el principio de la denegación de justicia,<sup>43</sup> que consistía en las acciones que un extranjero podía seguir ante sus propias autoridades cuando no tuviera medios para acceder a la tutela jurídica del Estado anfitrión. Posteriormente, como señala Sánchez Mussi,<sup>44</sup> este principio fue comentado por Hugo Grocio y De Batel, en la Ley de las Naciones. Así podemos considerar a la denegación de justicia como el primer pilar histórico en el que se fundamentaría el estándar mínimo dentro del derecho internacional.

Posteriormente, se introdujeron dos elementos adicionales al acceso a la justicia: la protección a la integridad física del extranjero en el país anfitrión y la protección de su propiedad. Todos estos elementos configuraron el estándar mínimo en el derecho internacional, que es la base sobre la cual se moldearon los diversos estándares.

Sin embargo, los límites sobre los que acciones concretas de un Estado pueden ser atentatorias a este mínimo internacional nunca han sido del todo claros. Aun cuando existen elementos sobre cómo apreciar el estándar mínimo internacional, no existe una definición universal de este, debido a su naturaleza consuetudinaria, lo que generaba cierta relatividad en su aplicación. Por ejemplo, lo que para un Estado era un procedimiento arbitrario y atentatorio al

42. Sean D. Murphy, *Principles of International Law*, St. Paul, Concise Hornbooks, 2006, p. 296.

43. A. Sánchez Mussi, *op. cit.*, p. 5.

44. *Ibid.*

acceso de justicia, para otro era un procedimiento normal, inclusive para sus nacionales.

A principios del siglo XX se tomaron algunas decisiones que aportaron al tema. Una de estas fue, en 1926, la decisión sobre el caso de Paul Neer, un ciudadano estadounidense que fue asesinado en territorio mexicano. En este caso, existió aparentemente negligencia por parte de las autoridades mexicanas para encontrar a los culpables, situación que fue conocida por un tribunal internacional. Al respecto, este tribunal manifestó que para que las acciones de un Estado sean consideradas como ilícito internacional, debían ser tan flagrantemente negligentes hacia un extranjero, que cualquier hombre razonable e imparcial no tendría la más mínima duda del incumplimiento de los estándares mínimos internacionales. En el caso concreto, aunque habría sido preferible que el Estado mexicano actuara más eficientemente, esto no podía ser visto como materia de responsabilidad internacional. El pronunciamiento exacto del tribunal fue:

El trato a un extranjero, para que pueda constituirse un ilícito internacional debe llevar consigo una cantidad de indignación, mala fe, una negligencia dolosa del deber, o una insuficiencia en la acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que cualquier hombre racional e imparcial podría claramente reconocerla como insuficiente.<sup>45</sup>

Este caso también aportó en un problema que es generado por la aplicación de estándares internacionales: el límite en el que los tribunales internacionales pueden decidir sobre el derecho interno de un Estado. En otras palabras, si no se establecen lineamientos claros sobre el alcance del derecho internacional, los tribunales pueden decidir sobre cuestiones de competencia interna, tanto administrativa como jurisdiccional. Este pronunciamiento fue aplicado por muchos años y conocido como el estándar Neer y sirvió de base para separar las competencias internacionales e internas de los Estados, limitando las primeras únicamente a violaciones evidentes y claras al acceso a justicia como parte de ilícitos internacionales.

Con el paso de las décadas y en el contexto liberalizador de la segunda mitad del siglo XX, especialmente con el incremento de las inversiones en los años 90, los países exportadores de capital sintieron la necesidad de buscar otras vías de protección para la inversión de sus actores económicos, lo que

45. El texto es una traducción personal del original en inglés: «The treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency», citado por Sean D. Murphy, *op. cit.*, p. 297.

significó que diversos tribunales empiecen a cuestionarse hasta qué punto se debía tomar el parámetro Neer como vigente a las necesidades actuales o, dicho de otra forma, de qué manera estos estándares mínimos del derecho internacional podían aplicarse al derecho de inversiones contemporáneo.

Para cierto sector de la doctrina no existe ni siquiera una certeza de que en el derecho internacional de inversiones exista un estándar mínimo de trato, cuya violación genere responsabilidad a un Estado por sí solo, ya que la inclusión del mismo debe ocurrir necesariamente por la fuente convencional, a través de un TBI o de un acuerdo multilateral.

La aplicación de este principio en el derecho de inversiones, tomando como fuente la costumbre internacional, sin la presencia de una fuente convencional, puede ser polémica, ya que la costumbre solo podría manifestarse en un caso donde exista negligencia y mala fe flagrante, como las expresadas en el razonamiento del caso Neer. En otras palabras, solo en un caso evidente de un ilícito internacional se podría justificar el usar la costumbre internacional como fuente de aplicación en un caso concreto.

El debate sobre el contenido del estándar mínimo internacional en litigios contemporáneos coincidió con la inclusión paralela de las palabras *trato justo y equitativo* en diversos instrumentos multilaterales y bilaterales, que sin ser aplicadas a un contexto concreto pueden devenir en ambigüedad e imprecisión. Los cuestionamientos de la doctrina y los tribunales hacia el uso de esta terminología resultaron en dos visiones. La primera, considerar a estas palabras como un estándar independiente y con un alcance mayor al mínimo del derecho internacional. La segunda, asimilar a esta expresión simplemente como sinónimo o equivalente al estándar mínimo internacional. Esta confrontación de visiones ha influido en la interpretación que diferentes tribunales han realizado sobre casos particulares llegando inclusive a conclusiones contradictorias.



## CAPÍTULO II

# El estándar del trato justo y equitativo

En los últimos años, el objeto de la mayor parte de disputas en materia de inversiones conocidas por tribunales arbitrales ha sido el incumplimiento de estándares, y ya no solo hechos concretos como, por ejemplo, la expropiación de propiedad. Dentro de estos estándares ha ganado gran importancia el trato justo y equitativo, terminología que aparece en un sinnúmero de instrumentos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales.

Una característica que llama la atención de este estándar es que a diferencia de otras obligaciones internacionales, quienes pueden provocar un incumplimiento con la correspondiente responsabilidad, no son únicamente los órganos del Estado encargados de manejar las relaciones internacionales o los que ejercen la política exterior de un país, sino toda autoridad que represente al Estado internamente, entiéndase alcaldes, prefectos, asambleístas, jueces, etc., quienes pueden irrogar –sin conocimiento alguno de las disposiciones internacionales– un incumplimiento de los tratados de protección de inversiones, cuando sus actuaciones violentan un estándar como el trato justo y equitativo. Un caso evidente de esta característica del incumplimiento de estándares por autoridades locales se produjo en el laudo Chevron Texaco contra la República del Ecuador,<sup>46</sup> en el cual el Tribunal sujeto a las reglas de arbitraje de la United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), determinó la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por la demora en administrar justicia. En otras palabras, Ecuador fue sancionado por la actuación de los jueces, ya que ellos no emitieron un fallo en un tiempo razonable, lo cual fue suficiente, por parte del tribunal internacional, para determinar la correspondiente indemnización a favor de los demandantes.

Este estándar representa, por lo tanto, un desafío para los Estados que lo han incorporado a sus obligaciones internacionales sin tener el menor conocimiento de su contenido y peor aún de sus alcances, ya que la interpretación del

46. Tribunal Arbitral ad hoc del caso «Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company contra [la] República del Ecuador», Laudo Parcial de Méritos, 30 de marzo de 2010, en *International Treaty Arbitration (ITA)*, en <<http://ita.law.uvic.ca/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>>, consultado el 1 de abril de 2012.

mismo depende de un sinnúmero de factores, razón que determina que actualmente no exista un consenso ni en la doctrina, ni en los diferentes instrumentos internacionales y tampoco en los tribunales que se han pronunciado sobre el mismo, respecto a si constituye una extensión del estándar mínimo internacional o de un estándar independiente con sus propios elementos y límites. Lo expuesto nos permite, inclusive, plantear la problemática de que no se trate ni siquiera de un solo estándar, sino de varios con diferente contenido, lo cual está determinado por el contexto y forma en que ha sido redactado en los diferentes tratados multilaterales o bilaterales relativos a la protección de inversiones.

## ORÍGENES Y EVOLUCIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Al referirse al trato justo y equitativo, Christoph Schreurer realiza una analogía que sintetiza la historia y desarrollo de este estándar. El autor lo compara con el cuento de la bella durmiente<sup>47</sup> ya que estuvo presente en diferentes instrumentos internacionales desde hace décadas, pero recién en los últimos años fue «despertado» por diferentes actores, especialmente multinacionales, como medio para encauzar demandas contra Estados por conductas que no se podían encuadrar en otras formas de incumplimiento o para reforzar reclamos por expropiación o denegación de justicia. Como se verá, es más fácil probar el incumplimiento del trato justo y equitativo en un tratado, que demostrar que en un determinado momento existió una expropiación, especialmente cuando esta es indirecta.

La historia de este estándar puede resumirse en dos etapas: la primera, en la que es mencionado en varios instrumentos multilaterales y, la segunda, que consiste en su amplia difusión mediante su inclusión en la mayor parte de tratados bilaterales.

### *El trato justo y equitativo en acuerdos multilaterales*

En relación a la primera etapa, existe un consenso de la doctrina.<sup>48</sup> Las investigaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>49</sup> manifiestan que el origen de la terminología «justo

47. Christoph Schreurer, *Investment Treaty Law Current Issues II*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 92.

48. R. Dolzer y C. Schreurer, *op. cit.*, p.120.

49. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, «Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law», en *Working papers on International Invest-*

y equitativo» puede remontarse a los tiempos de la Conferencia o Carta de La Habana en 1948, instrumento con el cual se buscaba el nacimiento de la Organización Internacional de Comercio.<sup>50</sup> En mayo de ese mismo año, la terminología «justo y equitativo» también fue empleada en el Convenio Económico de Bogotá, dentro de la Novena Conferencia Internacional Americana, tomando como punto de partida el impulso de los EUA para incluir garantías para la inversión privada luego de la Segunda Guerra Mundial. Concretamente, el art. 22 de este instrumento establece:

Los capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los Estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que estos hubieren suministrado.<sup>51</sup>

Sin embargo, tanto el Convenio Económico de Bogotá, como la Carta de La Habana de 1948, no tuvieron el apoyo internacional necesario, por lo que su importancia radica únicamente en ser los primeros instrumentos internacionales en los que se utilizó la terminología «justo y equitativo». Adicionalmente, constituyen un antecedente que fue utilizado en los posteriores intentos de regular las inversiones. Entre estos intentos cabe resaltar el de la Convención de 1967 de la OCDE sobre Protección a la Propiedad Extranjera. También los términos fueron incorporados en el Código de Conducta de Transnacionales de la ONU en 1983 y en el texto constitutivo de la MIGA. Este último organismo fue creado por el auspicio del Banco Mundial en 1985<sup>52</sup> y buscó brindar garantía a los inversores frente a riesgos políticos en países en vías de desarrollo. El trato justo y equitativo es introducido como una condición a verificarse en el otorgamiento de la mencionada garantía.<sup>53</sup> Sin embargo, el MIGA tuvo la resistencia de varios países. Esteban Restrepo señala:

*ment*, No. 2004/4, septiembre de 2004, citado por Gabriel Cavazos Villanueva, *The Fair and Equitable Treatment Standard in international Investment Law: The Mexican Experience*, Saarbrücken, VDM Verlag, 2008, p. 71.

50. Esta institución fue la antecesora de lo que es hoy la Organización Mundial de Comercio.
51. Organización de los Estados Americanos, «Convenio Económico de Bogotá los Estados Americanos representados en la Novena Conferencia Internacional Americana», Bogotá, 2 de mayo de 1948, en *Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos*, en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>, consultado el 3 de abril de 2012.
52. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *International Investment Law. A Changing Landscape. A companion Volume to International Investment Perspectives*, París, OECD Publishing, 2005, p. 79.
53. MIGA, «Article 12. Eligible Investments: [d] In guaranteeing an investment, the Agency shall satisfy itself as to: [iv] the investment conditions in the host country, including the availability

Algunos países industrializados ya habían desarrollado esquemas de protección a las inversiones extranjeras de sus nacionales, de manera que un esquema de protección multilateral significaba una competencia potencial. Por el lado de los países en vías de desarrollo, para algunos el establecimiento de un mecanismo de esta naturaleza representaba conflictos relacionados con el ejercicio de su soberanía y con su autodeterminación.<sup>54</sup>

En los esfuerzos de la OCDE, las Naciones Unidas y el Banco Mundial para establecer un marco normativo para las inversiones, se hizo latente la continua disputa de países en vías de desarrollo y desarrollados, que impidió la consolidación de cualquiera de estos intentos multilaterales. Dentro de estos intentos, tal vez el más importante ha sido el Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI) impulsado por la OCDE desde 1995, el mismo que tampoco entró en vigencia; sin embargo, como destaca Cavazos Villanueva, «hasta ahora, el MAI es el único instrumento que ha tratado de universalizar y estandarizar un marco normativo de las expectativas de los inversores con respecto del tratamiento de sus inversiones en el extranjero».<sup>55</sup> De igual forma, es importante destacar que cualquier mención sobre un trato justo y equitativo, otorga un antecedente para la introducción de este en esferas bilaterales y regionales.

Dentro del ámbito multilateral-regional, la terminología «justo y equitativo», ha sido utilizada en los procesos internacionales y de coordinación en todo el mundo. En el caso de América Latina, el trato justo y equitativo no es empleado en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), pero sí lo es en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), donde se incluye en el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1994, con el siguiente texto: «Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias».<sup>56</sup>

Posteriormente, el trato justo y equitativo en el MERCOSUR también es extendido a Estados no contratantes mediante la Decisión No. 11/94, que en el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de

of fair and equitable treatment and legal protection for the investment», en <[http://www.miga.org/news/index\\_sv.cfm?stid=1506&aid=1347#3](http://www.miga.org/news/index_sv.cfm?stid=1506&aid=1347#3)>. Consultado el 1 de abril de 2012.

54. Esteban Restrepo Uribe, «Mecanismos multilaterales de protección [MIGA, ICSID] y OPIC», en Philippe De Lombaerde, coord., *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997, p. 21.
55. Traducción personal del texto de Gabriel Cavazos Villanueva, op. cit., p. 49.
56. «Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR», art. 3, Colonia, suscrito el 17 de enero de 1994, en *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*, Organización de los Estados Americanos, <[http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia_s.asp)>, consultado el 1 de abril de 2012.

Estados no Partes del MERCOSUR, introduce la siguiente disposición: «Cada Estado Parte asegurará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de Terceros Estados [...]»,<sup>57</sup> con lo cual se establece la presencia del trato justo y equitativo en el marco jurídico del MERCOSUR, tanto para flujos de capital internos como para capitales externos a la región.

Adicionalmente, el trato justo y equitativo es mencionado en el art. 159 del Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA),<sup>58</sup> que es el acuerdo comercial de 1994 que agrupa a 19 Estados<sup>59</sup> de África oriental y austral. Esta simple mención del acuerdo original es aclarada en el año 2007, cuando los países miembros de esta organización adoptaron un acuerdo de inversiones, que en su art. 14, expresamente se limita al trato justo y equitativo con el estándar mínimo internacional, dejando clara la interpretación en este sentido. El texto es el siguiente: «Este artículo establece al estándar mínimo de trato de extranjeros en el Derecho internacional consuetudinario como el mínimo estándar de trato que debe otorgarse a las inversiones y no requieren un trato adicional o que vaya más allá de lo exigido por dicho estándar».<sup>60</sup>

En el continente asiático, resalta la inclusión del trato justo y equitativo en el ASEAN, por sus siglas en inglés, que es la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático [1967], compuesta por diez<sup>61</sup> Estados de esa región. Esta Asociación promulgó en 1987 su Arreglo de Protección y Promoción de Inversiones donde se lo incluye de la siguiente manera: «Todas las inversiones realizadas por inversores de cualquier Parte Contratante gozarán de un trato

57. MERCOSUR, «Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR», art. 2, Buenos Aires, suscrito el 5 de agosto de 1994, en *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*, Organización de los Estados Americanos, en <<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1194s.asp>>, consultado el 1 de abril de 2012.

58. I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 42.

59. Conforman el COMESA: Burundi, Comoras, D.R. Congo, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Kenia, Libia, Madagascar, Malawi, Mauritius, Rwanda, Seychelles, Sudan, Swazilandia, Uganda, Zambia, Zimbabwe. Más información en <<http://www.comesa.int/>>, consultado el 1 de abril de 2012.

60. Traducción personal del inglés de: «Article prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments and does not require treatment in addition to or beyond what is required by that standard. 3. For greater certainty, Member States understand that different Member States have different forms of administrative, legislative and judicial systems and that Member States at different levels of development may not achieve the same standards at the same time. Paragraphs 1 and 2 of this Article do not establish a single international standard in this context», COMESA, «Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area», Nairobi, 23 de mayo de 2007, durante la Décima Segunda Conferencia de Jefes de Estado del COMESA, en *UNCTAD.org*, <<http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf>>, consultado el 1 de abril de 2012.

61. Cinco países fueron los miembros originarios: Tailandia, Indonesia, Malasia, Singapur y Filipinas y, posteriormente, se sumaron al grupo Vietnam, Laos, Camboya, Brunéi y Myanmar.

justo y equitativo en el territorio de cualquier otra Parte Contratante. Este tratamiento no podrá ser menos favorable que el concedido al inversor de la nación más favorecida». <sup>62</sup> En este tipo de redacción del trato justo y equitativo, resalta que el estándar está relacionado con otro, que es el trato de nación más favorecida, lo cual significa que existe una base de la responsabilidad que asumen los Estados. Se puede expresar que mediante este tipo de redacción se relativiza el carácter absoluto del estándar.

En el continente europeo, resalta su incorporación en el marco de la Carta Europea de la Energía, <sup>63</sup> instrumento que busca la coordinación y promoción de inversiones en el campo energético entre los Estados europeos y asiáticos. La importancia de esta inclusión radica, en primer lugar, en un desarrollo más estructurado del mismo, ligándolo al derecho internacional, y en segundo lugar, como destacan las publicaciones de la OCDE, el que varios de los Estados contratantes sean «economías en transición». <sup>64</sup> La disposición del Tratado Constitutivo de la Carta Europea es la siguiente:

Cada Parte Contratante, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado, fomentará y creará condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para los inversores de otras Partes contratantes para realizar inversiones en su territorio. Tales condiciones incluyen un compromiso de otorgar en todo momento a las inversiones de inversores de otras partes contratantes el trato justo y equitativo. Estas inversiones también gozarán de la protección y seguridad plenas y ninguna de las partes contratantes obstaculizará en modo alguno, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición. En ningún caso dichas inversiones gozarán un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones establecidas en tratados. Cada parte contratante observará cualquier obligación que ha contraído con los inversores o la inversión de un inversionista de otra parte contratante. <sup>65</sup>

62. Traducción personal del inglés de: «All investments made by investors of any Contracting Party shall enjoy fair and equitable treatment in the territory of any other Contracting Party. This treatment shall be no less favourable than that granted to investor of the most-favoured-nation» en Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, «Agreement Among the Government of Brunei Darussalam, The Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, The Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments», Manila, 15 de diciembre de 1987, en <<http://www.aseansec.org/12812.htm>>, consultado el 1 de abril de 2012.
63. Conocida por su nombre en inglés: Energy Charter Treaty.
64. La OCDE manifiesta: «although the treaty is limited to one sector, it is significant in this context because it includes among its parties several economies in transition which embrace the standard», en OCDE, *op. cit.*, p. 80.
65. Traducción personal del inglés: «Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such

En América del Norte, la inclusión del trato justo y equitativo en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994, muestra especial importancia porque de este instrumento existe una gran cantidad de fallos arbitrales que han resuelto disputas relacionadas con el trato justo y equitativo. La inclusión se la realiza en el cap. 11 del TLCAN, que en su parte pertinente prescribe: «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».<sup>66</sup> Según Cavazos Villanueva, la importancia de la inclusión del trato justo y equitativo en este Tratado radica también en que «El capítulo 11 ha sido un modelo para otros instrumentos internacionales, siendo el más relevante el Acuerdo Multilateral de Inversiones (MAI)...».<sup>67</sup> En adición a este desarrollo dentro del marco de este tratado regional, es importante el pronunciamiento de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, que en 2001 emitió una interpretación obligatoria en la que limita el trato justo y equitativo al estándar mínimo internacional. Esta interpretación se produjo cuando varios tribunales arbitrales realizaban interpretaciones extensivas de la responsabilidad adquirida por los Estados en relación al trato justo y equitativo.

Finalmente, en el caso de la Organización Mundial de Comercio (OMC), los estándares relativos como el trato nacional y nación más favorecida han sido reconocidos en los distintos acuerdos, especialmente, General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), General Agreement on Trade in Service (GATS) y Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Sin embargo, y de igual forma como ocurrió con el intento MIA de la OCDE, el estancamiento interno de esta organización, que proviene de la división de los Estados desarrollados con los Estados más pobres, ha imposibilitado el consenso necesario para la aceptación de un arreglo en un tema altamente polémico como es la

conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party», Tratado Sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty), art. 10, Lisboa, 17 de diciembre 1994, en *Energy Charter Secretariat*, <[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf)>, consultado el 12 de julio de 2013.

66. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, «Cap. XI: Inversión. Quinta parte: Inversión, servicios y asuntos relacionados», en *Nafta Secretariat*, <<http://www.nafta-secretalena.org/sp/view.aspx?x=343&mtpiID=142#A1105>>, consultado el 5 de abril de 2012.

67. G. Cavazos Villanueva, *op. cit.*, p. 47.

protección de inversiones. El trato justo y equitativo no ha sido incluido en la normativa multilateral de comercio de la OMC.

### *El trato justo y equitativo en tratados bilaterales*

La segunda esfera del desarrollo de este estándar fue en el ámbito bilateral, el cual reviste especial importancia para el desarrollo del derecho internacional de inversiones. En general, los primeros tratados bilaterales en los inicios del derecho internacional económico tenían como fin el comercio<sup>68</sup> y en ellos se empiezan a desarrollar estándares de trato, especialmente el de nación más favorecida. En los siglos XVIII y XIX, en la práctica de los principales Estados de la época, se introducen los tratados de amistad, comercio y navegación, siendo el primero el celebrado entre EUA y Francia en 1778.<sup>69</sup> Estos tratados estaban concentrados en relaciones comerciales de personas naturales y se celebraron hasta las guerras mundiales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los EUA concretamente empiezan a negociar una segunda generación de acuerdos de comercio y navegación, por la necesidad de proteger las inversiones que sus particulares efectuaban durante la reconstrucción del mundo en los años siguientes a la guerra. La diferencia de este segundo tipo de tratados en el siglo XX, radica en que estos introducen a las corporaciones como actores económicos, mientras la primera generación se enfocaba en las personas. La Corte Suprema de los EUA, en el caso *Sumitomo contra Avagliano* [1982], analiza la necesidad de este segundo tipo de acuerdos de la siguiente manera:

Como la participación de empresas en el comercio internacional ha crecido en este siglo, los viejos tratados comerciales se han vuelto obsoletos. Debido a que las empresas no pueden tener existencia legal fuera de los límites de la soberanía por la que se han creado [...] se hizo necesario negociar nuevos tratados otorgando a las corporaciones un estatus jurídico y el derecho a funcionar en el extranjero.<sup>70</sup>

68. Georg Schwarzenberger comenta sobre varios tratados en la histórica británica, como el firmado entre Enrique V y el Duque de Borgoña (1417), y el de Gran Bretaña y Dinamarca (1490). en Georg Schwarzenberger, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971.

69. J. W. Salacuse, *op. cit.*, p. 84.

70. Traducción personal del inglés: «As corporate involvement in international trade expanded in this century, old commercial treaties became outmoded. Because <corporation[s] can have no legal existence out of the boundaries of the sovereignty by which [they are] created», @ 38 U. S. 588 [1839], it became necessary to negotiate new treaties granting corporations legal status and the right to function abroad», Corte Suprema de los EUA «*Sumitomo Shoji America, Inc.*

En esta segunda generación de Acuerdos de Comercio y Navegación, los EUA empiezan a incluir las primeras redacciones del trato justo y equitativo en la esfera bilateral. Sin embargo, en los años 60, los Estados europeos, liderados por Alemania,<sup>71</sup> empiezan a lanzar el programa de TBI, con el fin de asegurar las inversiones realizadas, sobre todo, en territorios de antiguas colonias. Con esta necesidad, los TBI se constituyeron en un avance en el derecho de inversiones por dos razones: se instituyen como normas materiales exclusivas de inversión separándose de aquellas de comercio en general, e introducen normas formales, las cuales crean mecanismos de arbitraje internacional para la solución de disputas en este campo. Dentro de las primeras normas materiales, estos TBI desarrollados por los Estados europeos incorporan y desarrollan con mayor claridad el trato justo y equitativo. Posteriormente, en la década de los ochenta, empiezan a integrarse a esta dinámica los EUA,<sup>72</sup> mediante el lanzamiento de su propio programa de TBI.

En los años 90, países en vías de desarrollo también empiezan a sumarse a esta práctica y se empieza a celebrar TBI entre estos países. El hecho rompió la dinámica entre países desarrollados y en desarrollo que había caracterizado toda la historia de este tipo de normas, dando paso a una práctica generalizada de celebración de tratados. Esto creó una auténtica telaraña de tratados que en la actualidad llega a más de 6 mil acuerdos<sup>73</sup> que regulan directa o indirectamente la inversión extranjera directa, de los cuales casi tres mil son TBI que incorporan varios estándares, entre ellos el trato justo y equitativo.

Una última etapa en la historia de este estándar ha sido la nueva formulación de cláusulas con trato justo y equitativo en los tratados de libre comercio (TLC), suscritos por los EUA con Perú y Colombia. En los mismos que se ha optado por una redacción en la que se restringe al estándar en gran medida. Esta reformulación de los EUA responde a acuerdos bipartitos de este país debido a la presión por los fallos en el marco del TLCAN, establecido una posición de que a los inversores no se les puede conceder mayores derechos que a sus nacionales. El modelo de redacción incorporado en los nuevos TLC es el siguiente:

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

v. Avagliano, vol. 457, U. S. 176, Washington DC, 1982, en *Justia.com*, US Supreme Court Center, <<http://supreme.justia.com/us/457/176/>>, consultado el 1 de abril de 2012.

71. El primer TBI conocido fue el celebrado entre Alemania y Paquistán, en 1959.

72. J. W. Salacuse, *op. cit.*, p. 95.

73. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *World Investment Report 2011*, Ginebra, UNCTAD, 2011, p. 100.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer: [a] «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y [b] «protección y seguridad plenas» exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.
3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este artículo.<sup>74</sup>

## FUENTES DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Si se toma en cuenta la naturaleza del trato justo y equitativo, como norma-estándar del derecho internacional, se debe partir del análisis de sus fuentes, estableciendo precisamente el sistema generalmente aceptado de las fuentes del derecho internacional público. Para Felipe Tredinnick las fuentes son «aquellos elementos originarios de donde surge el Derecho Internacional y que este utiliza para la elaboración de sus normas».<sup>75</sup> Manuel Diez de Velasco los conceptualiza como «procedimientos o medios a través de los que el DI nace, se modifica o extingue».<sup>76</sup> Matthias Herdegen los relaciona con el concepto de «producción jurídica».<sup>77</sup> En general, se aprecia cómo la doctrina vincula el concepto de fuente con el de creación del conjunto de normas y principios que regulan las relaciones entre sujetos de derecho internacional.

En lo relacionado a las fuentes del derecho internacional, ha sido casi universalmente aceptado el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La importancia de este artículo radica en que fue el primer inten-

74. «Art. 10.5, Nivel mínimo de trato», en «Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos, Washington DC», 2006 en <[http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10\\_Inversion\\_limpio.pdf](http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10_Inversion_limpio.pdf)>, consultado el 5 de abril de 2012.

75. Felipe Tredinnick, *Derecho internacional público y relaciones internacionales*, La Paz, Vermer Guttentag, 3a. ed., 2000, p. 13.

76. Manuel Diez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 113.

77. Matthias Herdegen, *Derecho público internacional*, México DF, Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 113.

to de institucionalización de la comunidad internacional. En segundo lugar, porque nace del estatuto de un tribunal y un procedimiento para la solución de conflictos internacionales, que data de los tiempos de la Corte Permanente de Arbitraje. Sus antecedentes se pueden encontrar en la Convención de La Haya de 1907, que tuvo vigencia durante la extinta Sociedad de las Naciones. Adicionalmente, la Corte Internacional de Justicia es universalmente reconocida, al ser parte del marco institucional de la ONU. El mencionado art. 38 del Estatuto prescribe:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
  - 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 art. 59.<sup>78</sup>

Del sistema de fuentes expuesto, es importante destacar las convenciones internacionales, la costumbre y los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas. A pesar de que se ha criticado que el literal c parte de una visión eurocentrista de la historia, en todo caso reconoce claramente los principios generales como una fuente inequívoca del ordenamiento jurídico internacional. Las decisiones judiciales y doctrinas son colocadas como medios auxiliares o suplementarios; sin embargo, preferimos recoger el criterio de Herdegen, que se refiere a ellas como fuentes interpretativas.<sup>79</sup>

Sobre el art. 38 se han hecho críticas y observaciones. Entre las principales, que este artículo no debe ser considerado como un sistema taxativo de fuentes del derecho internacional público, ya que pueden existir otras fuentes de importancia como es el caso del acto unilateral y de la producción jurídica que nace de organizaciones internacionales, ya sean resoluciones, como en el caso de la ONU, o normas supranacionales, como en el caso de los procesos de integración. Al respecto, César Montaña manifiesta: «El art. 38, en nuestra opinión, tiene un gran vacío, pues no comprende a las disposiciones jurídicas

78. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en <<http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>>, consultado el 1 de marzo de 2013.

79. M. Herdegen, *op. cit.*, p. 113.

emanadas por los organismos internacionales, por ejemplo, las normas adoptadas en el seno del Consejo de Seguridad de Naciones Únicas o aquellas que se crean de manera descentralizada en los modernos organismos de integración o unificación». <sup>80</sup> Por lo expuesto, este sistema de fuentes conceptualizado hace más de un siglo debe ser entendido dentro de una de las principales características del derecho internacional: su naturaleza no estática, es decir evolutiva o cambiante, la misma que está dada por la capacidad de transformación de la sociedad internacional de la cual nace.

García San José resume el carácter evolutivo del derecho internacional de la siguiente forma: «el proceso de cambio del Derecho Internacional está en función de los cambios experimentados por la sociedad internacional, asumiendo [...] que cuanto mayor sea el proceso de cambio experimentado por esta sociedad, con mayor intensidad habrán de reflejarse el Derecho que pretende regularla». <sup>81</sup> Es lógico concluir que el estudio del trato justo y equitativo debe enmarcarse dentro de las fuentes del derecho internacional público pero tomando en cuenta la característica evolutiva expuesta.

A continuación se realiza un análisis del estándar del trato justo y equitativo desde el punto de vista de las fuentes denominadas originarias, es decir, la costumbre y los tratados, para posteriormente analizar la interpretación del estándar.

### ***El trato justo y equitativo en la costumbre***

Sobre lo que se entiende como costumbre, Díez de Velasco manifiesta que es «una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por estos como derecho». <sup>82</sup> Y es generalmente aceptado que la costumbre internacional como fuente de derecho está compuesta por dos elementos: uno material u objetivo, que consiste en la repetición constante y uniforme por parte de un Estado, y otro llamado espiritual, subjetivo o *opinio juris*, que es el elemento fundamental, ya que es el consentimiento de generar obligaciones jurídicas por parte de ese Estado. Herdegen describe a este elemento como: «La vinculación a la conducta de los Estados individualmente y a la convicción legal en la comunidad hace evidente que los Estados además son los titulares y señores del proceso de producción jurídica». <sup>83</sup> Este elemento, sin embargo,

80. César Montaña Galarza, *Manual de derecho tributario internacional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, 2006, p. 23.

81. Daniel García San José, *El derecho internacional postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 22.

82. M. Díez de Velasco, *op. cit.*, p. 130.

83. M. Herdegen, *op. cit.*, p. 145.

ha sido el más difícil de probar para el establecimiento de responsabilidad por parte de los Estados, porque se requieren muchos componentes en un determinado caso para poder realmente determinar que el Estado posee una convicción de que sus acciones reiteradas están generando obligaciones jurídicas. La *opinio juris*, por lo tanto, es un elemento todavía más difícil de establecer en el marco del derecho internacional de inversiones, ya que en esta materia existe, como se ha expresado, gran cantidad de tratados, que especifican las obligaciones asumidas por los Estados.

Sin embargo, el problema de considerar a la costumbre como fuente del trato justo y equitativo radica en que en muchas de las redacciones de estos tratados se vincula expresamente a este estándar con el derecho consuetudinario internacional. Dolzer y Von Walter comentan la ironía de que se incluya una referencia a la costumbre internacional en tratados, cuando la razón de celebrarlos fue precisamente el buscar mayor certeza. Manifiesta lo siguiente:

la principal razón de este aumento en los tratados de inversión fue que el derecho consuetudinario fue considerado demasiado amorfo e incapaz de proporcionar la orientación y protección suficientes. Sin embargo, [...] el derecho consuetudinario regresó, irónicamente, a la escena de la práctica del Estado, utilizando la puerta trasera del derecho de los tratados.<sup>84</sup>

La referencia que se hace a la costumbre internacional en TBI y acuerdos regionales, plantea dos interrogantes: establecer cuál es el trato mínimo en la costumbre del derecho internacional, que debe aplicarse en el trato a las inversiones, y determinar si el trato justo y equitativo por sí solo es un estándar diferente a este trato mínimo del derecho internacional público. Al respecto existe una gran diferencia de criterios en la doctrina y precedentes arbitrales, que serán abordados en líneas posteriores. En todo caso, se puede afirmar que al no existir un consenso en la naturaleza del estándar y al haber diferentes formas de redactarlo en los tratados, es cuestionable pretender establecer la existencia del trato justo y equitativo en la costumbre internacional.

La importancia de la inclusión del trato justo y equitativo como estándar autónomo, es decir diferente al estándar mínimo internacional, significaría también que en un determinado conflicto una de las partes pueda pretender el incumplimiento del trato justo y equitativo, aunque no exista un TBI o alguna

84. Traducción personal del inglés: «the main reason for this increase in investment treaties was that customary law was deemed to be too amorphous and not able to provide sufficient guidance and protection. However, sirens songs for customary law turned out to be premature. Customary law returned, ironically, to the scene of state practice, through the back door of treaty law», en Rudolf Dolzer y André von Walter, «Fair and Equitable Treatment-lines of Jurisprudence on Customary Law», en Federico Ortino, *et al.*, *Investment Treaty Law Current Issues*, Londres, British Institute of International Comparative Law, 2007, p. 99.

norma escrita de derecho internacional en la cual se fundamente. Sin embargo, por la diversidad de concepciones del contenido del trato justo y equitativo, establecer cuál es la *opinio juris* en la práctica de un determinado Estado, se plantea como algo altamente complejo y hasta irreal.

### *El trato justo y equitativo en los tratados*

La fuente convencional se convierte en la principal fuente del derecho internacional contemporáneo, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial; ha desplazado en gran parte a la costumbre, la misma que ha sido codificada en tratados en las últimas décadas. Dentro de esta lógica, el derecho internacional económico y particularmente el de inversiones, se ha desarrollado en los tratados bilaterales, multilaterales y regionales antes expuestos, siendo la fuente primaria de inclusión del trato justo y equitativo. Sin embargo, la gran diversidad de redacciones del mismo a través de los diferentes instrumentos, hace difícil establecer, inclusive, si deberíamos referirnos a este en plural o en singular, en otras palabras, si debemos tomarlo como un solo estándar o como varios, cuyo alcance y contenido varían dependiendo de la forma y el contexto de su formulación en un determinado tratado.

Ioana Tudor<sup>85</sup> propone una sistematización de estas complejas y sobre todo diversas formas en el que el estándar del trato justo y equitativo es redactado, utilizando tres categorías:

1. Los tratados que hacen mención al estándar solo.
2. Los que hacen mención al estándar con relación o referencia al derecho internacional.
3. Los que mencionan al trato justo y equitativo junto con otros estándares de tratamiento como el de trato nacional y nación más favorecida.

Esta diferenciación en los tipos de estándar de trato justo y equitativo demuestra también lo difícil que es fundamentar la inclusión de este estándar a través de la costumbre, ya que para tal efecto debería probarse, conforme a lo manifestado, la existencia de conductas repetitivas de los Estados y la intención de generar obligaciones –*opinio juris*– lo cual es difícil, ya que se habla de diferentes alcances en cada caso.

85. I. Knoll-Tudor, «The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms», en Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann, edit., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Londres, Oxford University Press, 2009, p. 313.

## INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Para la interpretación de un tratado en general se puede recurrir a los criterios principales y complementarios que la Convención de Viena sobre los Tratados de 1969 establece, y en especial, los de interpretación literal, contenidos en el art. 31 de este instrumento, que manifiesta que «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»<sup>86</sup> y el complementario: «en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31».<sup>87</sup> Al emplear como técnica interpretativa los trabajos preparatorios, estos toman vital importancia para determinar el alcance del trato justo y equitativo. Por esta razón países que tradicionalmente son exportadores de capital, en sus diferentes tratados bilaterales de inversiones buscan incluir esta terminología en el preámbulo para reforzar las normas incluidas en el tratado.<sup>88</sup>

En todo caso, es un consenso que la interpretación del trato justo y equitativo ha ido más lejos de la literalidad de las palabras que lo componen. Solo en un caso un tribunal arbitral<sup>89</sup> ha utilizado el significado literal de las palabras justo y equitativo, por lo que, como Ioana Tudor concluye, el «Trato Justo y Equitativo tiene un propio contenido técnico legal que es independiente de las dos nociones que lo componen».<sup>90</sup> Por lo tanto, dependiendo de la interpretación que se utilice pueden existir un sinnúmero de criterios sobre su contenido, ya que dicha interpretación puede variar de tratado en tratado y del contexto de las relaciones internacionales que lo justifican. Partiendo de esta premisa se pueden agrupar las posibles interpretaciones en dos criterios: restrictivo y expansivo. Cada criterio significa considerar dos estándares diferentes, cada uno con un umbral diferente de responsabilidad que asume el Estado receptor de una inversión.

Esta división de los estándares puede sintetizarse en la disyuntiva que producen en general las normas de protección de inversiones. Por un lado, en

86. Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados», Convenio 1, art. 31, en RO, No. 6, Quito, 28 de abril de 2005.

87. *Ibid.*, art. 32.

88. «Tratado de Inversión Extranjera con Estados Unidos», codificación 12310, RO, Suplemento 153, Quito, 25 de noviembre de 2005.

89. El proceso es Consorcio RFCC contra Morocco, llevado bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, mencionado por I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 319.

90. Traducción personal de I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 319.

la intención del Estado receptor de nacionalizar la relación jurídica y, como contrapartida, la intención del inversor de internacionalizarla. De esta forma, una interpretación restrictiva o limitada del contenido del trato justo y equitativo, otorga un margen menor de responsabilidad con la consecuente internacionalización de una disputa, mientras un criterio más ambicioso de su contenido ocasiona lo contrario. A continuación se explicarán las dos formas o criterios para entender o interpretar el contenido del trato justo y equitativo.

### ***Criterio restrictivo y expansivo***

El criterio restrictivo parte de la idea de que las palabras «justo y equitativo», no van más allá del estándar mínimo internacional y que simplemente lo reafirman; es decir, que la responsabilidad que asume el Estado receptor de la inversión va encaminada a evitar actuaciones que vayan flagrantemente en contra del estándar mínimo internacional. Si se toma este criterio, no es necesario hablar ni siquiera de un estándar diferente. Caso contrario, cada tribunal puede seguir ampliando el contenido del estándar sin ningún tipo de límite. Wallace sintetiza esta postura de la siguiente manera: «Trato Justo y Equitativo es una utopía en la Tierra, puede ser todo».<sup>91</sup> En efecto, según esta postura, el contenido del estándar debe ser limitado, ya que caso contrario los tribunales arbitrales pueden no tener límites en la inclusión de nuevos contenidos de lo que representa el trato justo y equitativo, lo que hace que casi cualquier tema pueda ser juzgado por un tribunal internacional usando este estándar como llave para extender su competencia a otros asuntos que no eran originalmente parte de su competencia.

La crítica a esta visión restrictiva se basa en el motivo del uso de las palabras «justo y equitativo», para referirse a algo perfectamente conocido como el estándar mínimo internacional. Dolzer y Schreurer expresan esta postura de la siguiente manera: «Si las partes de un tratado quisieran referirse al derecho consuetudinario Internacional, uno asumiría que se referirían a él como tal antes de usar una expresión diferente».<sup>92</sup>

Por otra parte, existe un criterio expansivo, el cual puede partir de dos posiciones: la primera, en la que se concibe al trato justo y equitativo como una evolución del estándar mínimo internacional hacia el derecho de inversiones y sus características singulares. En otras palabras, significa el alejarse de los parámetros estipulados en el caso Neer y adaptarlos a las necesidades propias de

91. Frase atribuida a Don Wallace Jr., en A. Sánchez Mussi, *op. cit.*, p. 23, consultado el 1 de abril de 2012.

92. R. Dolzer y C. Schreurer, *op. cit.*, p.124.

las transacciones comerciales del siglo XXI. La segunda posición, dentro de un criterio expansivo, consiste en ver al trato justo y equitativo como un estándar totalmente diferente, con sus características propias y que permite a los tribunales arbitrales crear nuevos estándares específicos. Sornarajah, al resumir el fundamento de esta visión, comenta: «el estándar justo y equitativo expande el alcance del estándar mínimo internacional al permitir a futuros tribunales el crear nuevos estándares cuando la situación lo demande, así la justicia se pueda alcanzar para el inversor extranjero quien sufre un tratamiento injusto en las manos del estado anfitrión».<sup>93</sup>

Cualquiera de las posiciones del criterio expansivo del alcance del trato justo y equitativo, es decir aquellas que lo conciben como evolución del estándar mínimo o como uno independiente, plantean un problema en relación a la jurisdicción de tribunales internacionales sobre decisiones, procedimientos y legislaciones locales de los Estados. En otras palabras, un concepción muy amplia del trato justo y equitativo puede romper el límite que separa al derecho interno del derecho internacional, lo que resulta en la delicada situación de que tribunales arbitrales extranjeros acaben revisando decisiones de cortes y autoridades locales o lo que es más problemático, que estos tribunales revisen normas legales expedidas a través de procesos democráticos y representativos de los Estados.

Los criterios expansivos evidentemente incomodan a los Estados receptores de inversión y brindan tranquilidad a los exportadores de capital. Sin embargo, cuando la calidad de estos es invertida, es decir, cuando los Estados tradicionalmente exportadores deben lidiar con inversores extranjeros, han demostrado cierta incomodidad a la injerencia de árbitros extranjeros en sus decisiones y legislaciones que utilizan criterios expansivos de interpretación.

Esta situación fue clara luego del caso *Pope & Talbot* contra Canadá en 2001, donde el tribunal arbitral del caso aplicó un criterio expansivo en sus dos primeros laudos.<sup>94</sup> Antes del tercer y último laudo, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, efectuó una interpretación de su art. 1105, en la que manifestó que justo y equitativo no significa un trato que vaya más lejos que el estándar mínimo internacional. Sornarajah comenta esta interpretación: «existía la necesidad de los países exportadores de crear estándares mas abarcadores para dar más protección a sus inversores. Pero cuando la técnica de protección fue cambiada contra ellos, la situación se tornó incómoda y existió la necesidad de una media vuelta rápida».<sup>95</sup>

93. M. Sornarajah, *The International...*, p. 333.

94. En el caso *Pope & Talbot* contra Canadá existieron 3 laudos.

95. M. Sornarajah, *The International...*, p. 337.

## CONTENIDO DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El criterio expansivo de interpretación es el que ha primado en las decisiones de tribunales arbitrales, el mismo que se manifiesta en la falta de una definición uniforme sobre el estándar, aún más como sostiene el Tribunal de Mondev contra los EUA: «un juicio sobre qué es justo y equitativo no puede alcanzarse en abstracto; tiene que depender de los hechos del caso particular».<sup>96</sup> Esta importancia que se le otorga al elemento subjetivo de este estándar, ha permitido que en diversas interpretaciones se creen un sinnúmero de elementos o derechos para el inversor, que se apartan mucho de los elementos del caso Neer.

La primera dificultad para el análisis de estos elementos parte de la gran diversidad de redacciones de cláusulas que contienen el estándar del trato justo y equitativo, que hace que la interpretación estructural en casos concretos difiera de un caso a otro. En segundo lugar existe una gran cantidad desarticulada de fallos, que es producto de la ausencia de un solo órgano internacional que unifique criterios. Frank determina tres escenarios<sup>97</sup> en los que se manifiestan fallos arbitrales contradictorios sobre estándares:

1. Cuando diferentes tribunales obtienen conclusiones diferentes sobre el mismo estándar en el mismo tratado.
2. Cuando diferentes tribunales obtienen diferentes conclusiones en diferentes tratados sobre los mismos hechos.
3. Un escenario donde diferentes tribunales que se desprenden de diferentes tratados de inversiones consideran disputas relacionadas con situaciones comerciales similares y derechos de inversión similares pero que llegan a conclusiones opuestas.

Por las dificultades expuestas, el establecer los elementos del trato justo y equitativo se ha vuelto en un problema para la doctrina, ya que prácticamente cada autor propone su sistematización diferente de los elementos elaborados por tribunales arbitrales sobre este estándar y esto hace más complicado el lograr consenso. A continuación se exponen algunos de los intentos de sistematización por parte de la doctrina.

96. «[a] judgment of what is fair and equitable cannot be reached in the abstract: it must depend on the Facts of the particular case» *Mondev vs. USA*, 11 de octubre de 2002, citado en R. Dolzer y C. Schreuer, *op. cit.*, p.128.

97. Susan D. Franck, «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions», en *Fordham Law Review*, vol. 73, Nueva York, 2005, Fordham University School of Law, p. 1521, en <<http://ssrn.com/abstract=812964>>, consultado el 5 de abril de 2012.

Para Sornarajah,<sup>98</sup> crítico de una interpretación extensiva del estándar, los elementos del trato justo y equitativo son únicamente dos: denegación de justicia y debido proceso. Por su parte, para Dolzer y Schreuer,<sup>99</sup> los elementos son transparencia, estabilidad y protección de las expectativas legítimas del inversor; conformidad con obligaciones contractuales; debido proceso; actuar de buena fe; y ausencia de coerción o acoso. Yannaca-Small,<sup>100</sup> por su parte, analiza los siguientes: obligación de vigilancia y protección; debido proceso; falta de arbitrariedad y no discriminación; **transparencia y estabilidad, y expectativas legítimas**. Lluís Paradell<sup>101</sup> menciona: denegación de justicia, no discriminación, transparencia, estabilidad, y legítimas expectativas. Salacuse<sup>102</sup> habla de fracaso de protección de las legítimas expectativas del inversor; falta de actuación transparente; arbitrariedad y medidas discriminatorias; buena fe; denegación de justicia y debido proceso. Schill,<sup>103</sup> aparte de los elementos mencionados, añade que el trato justo y equitativo debe incluir: la estabilidad y predictibilidad del marco legal; consistencia del Estado anfitrión en la toma de decisiones, y los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad. Finalmente, para Tudor,<sup>104</sup> las circunstancias que se pueden apreciar en el trato justo y equitativo son nueve: no respeto a la obligación de vigilancia y protección; no observación a las expectativas legítimas del inversor; denegación de debido proceso; coerción y acoso por parte de los órganos del Estado; fallo en cumplir leyes nacionales; enriquecimiento injustificado; evidencia de mala fe; ausencia de transparencia, y trato discriminatorio y arbitrario.

La gran diversidad de criterios expuestos habla por sí sola de la complejidad de identificar el contenido del trato justo y equitativo en una visión expansiva, por lo que con el fin de analizar los puntos en común de estas apreciaciones del estándar en la extensa jurisprudencia arbitral, es prudente aceptar como punto de referencia la clasificación en cuatro grupos de estos elementos, que proponen los trabajos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo, OCDE, sobre el trato justo y equitativo. En estas categorías podemos ver que se incluyen a los elementos mencionados anteriormente:

98. M. Sornarajah, *The International...*, p. 340.

99. R. Dolzer y C. Schreuer, *op. cit.*, p. 133.

100. Katia Yannaca-Small, *Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments*, en August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 118.

101. Lluís Paradell, «The Bit Experience of The Fair And Equitable Treatment Standard», en *Investment Treaty Law, Current Issues II*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 129.

102. J. W. Salacuse, *op. cit.*, p. 228.

103. Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Londres, Cambridge University Press, 2009, p. 80.

104. I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 321.

1. Obligación de vigilancia y protección.
2. Debido proceso / denegación de justicia / arbitrariedad.
3. Transparencia y respeto de las expectativas legítimas del inversor.
4. Elementos autónomos de equidad.

A continuación se realiza un análisis de estas categorías, buscando incluir en ellas las diferentes interpretaciones de la doctrina.

### ***Obligación de vigilancia y protección***

Este grupo parte de redacciones de cláusulas en las que se vincula al trato justo y equitativo con otro estándar, el de seguridad y protección. Mientras el trato justo y equitativo implica una obligación negativa, es decir, de no hacer, el estándar de seguridad y protección implica una obligación positiva, que supone el tomar las medidas y actuaciones necesarias para proteger la inversión efectuada por el extranjero frente a cualquier contingencia u hostilidad que pueda recibir en el territorio del país anfitrión. Estos dos estándares son utilizados frecuentemente juntos en muchos tratados. Su aplicación ha generado dos problemas para los tribunales arbitrales que los han analizado: el primero es establecer la relación entre el trato justo y equitativo y la seguridad y protección, es decir, si la violación de uno implica necesariamente el incumplimiento del otro y, el segundo, si la obligación de protección se limita o no al ámbito físico; en otras palabras, si la protección se extiende a otro tipo de actuaciones que no impliquen violencia en contra del inversor.

Sobre el primer punto, los trabajos de la OCDE recogen la opinión del juez Asante en el caso AAPL contra Sri Lanka,<sup>105</sup> en la que se establece una relación entre el trato justo y equitativo y la seguridad y protección, con la debida diligencia que proviene del derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, no es claro el establecer que en la interpretación de un tratado que incluya el trato justo y equitativo, sin una vinculación directa con la seguridad y protección, estas últimas estarían incluidas en la responsabilidad asumida por el Estado. Sobre el segundo punto, el Tribunal de Azurix contra Argentina analiza la relación de los dos estándares de la siguiente manera:

el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas [...]. No se trata tan solo de seguridad

105. Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, *International Investment Law: A Changing Landscape A Companion Volume to International Investment Perspectives*, París, OCDE Publishing, 2005, p. 106. Según la información expresada en la publicación, el documento fue preparado por Katia Yannaca-Small, y discutido por los miembros del Comité de Inversiones de la OECD.

física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro. El Tribunal tiene presente que en recientes acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos, por ejemplo con Uruguay, el concepto de protección y seguridad plenas se entiende que está limitado al nivel de la protección policial que se requiere conforme al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, cuando los términos «protección y seguridad» vienen calificados por «plenas» sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física. En conclusión, el Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI.<sup>106</sup>

De lo expuesto se puede apreciar que a criterio de este tribunal, la utilización de la palabra «plenas» en un TBI, implica que la obligación y responsabilidad que asume el Estado va más lejos que la protección de la fuerza pública. Lo expuesto significa que el umbral de responsabilidad que un Estado anfitrión asume es mucho más grande en el caso de una redacción del trato justo y equitativo, en el que se mencionan las expresiones expuestas.

Los trabajos de la OCDE no lo vinculan directamente con una protección extensiva como la estabilidad del marco legal, pero en algunos casos los tribunales arbitrales han seguido esta lógica. En el caso de *Occidental Exploration and Production Company contra Ecuador*, el tribunal dentro del análisis de la obligación de protección, extiende su criterio a la estabilidad del marco legal. En especial manifiesta que «La estabilidad del marco legal y de negocios es por lo tanto un elemento esencial del tratamiento justo y equitativo [...]. La Ley Tributaria fue cambiada sin proveer claridad sobre el significado y grado y la práctica y regulaciones fueron también inconsistente con esos cambios».<sup>107</sup> El tratado, en este caso particular no especifica al régimen tributario como parte del trato justo y equitativo; sin embargo, el tribunal llega a este criterio expansivo analizando el preámbulo del tratado.

Por lo expuesto, en la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones, la obligación de protección y vigilancia de la inversión ha llegado a re-

106. Laudo arbitral del Tribunal ad hoc en el caso *Azurix Corp. contra la República Argentina*, apdo. 408, CIADI No. Arb/01/12, Laudo arbitral de 14 de julio de 2006, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurixlaudo.pdf>>, consultado el 7 de abril de 2012.

107. Texto original: «The stability of the legal business framework is thus an essential elements of fair and equitable treatment. [...] The tax law was changed without providing any clarity about its meaning and extent and the practice and regulations were also inconsistent with such changes», citado por Tood Grierson-Weiler e Ian Laird, *Standards of Treatment, The Oxford Handbook of International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 278.

lacionarse no únicamente con la obligación positiva de brindar protección a la inversión contra amenazas físicas, sino que dentro de una visión amplia, esta protección abarca también elementos como la estabilidad del marco legal, como en el caso citado en el párrafo anterior.

### ***Debido proceso-denegación de justicia-arbitrariedad***

En este segundo grupo se agrupan conceptos que tienen en común el alcanzar una tutela jurídica integral para el inversor. Sin embargo, el tratar de lograr una definición de los mismos en el contexto del derecho internacional puede resultar en una tarea compleja, ya que estos conceptos se han desarrollado de distinta forma en los diferentes sistemas jurídicos. En todo caso, se puede determinar que la denegación de justicia y el debido proceso son conceptos que provienen de principios del derecho administrativo del *common law*.<sup>108</sup> Estos principios pueden y han sido entendidos de diferente manera en la práctica, pero en general engloban una noción de la obligación del Estado anfitrión de otorgar una tutela jurídica efectiva, que comprende no solo el acceso a tribunales locales, sino también a procesos en sede administrativa.

Sobre el concepto de denegación de justicia, no existe un total consenso de cuándo la misma constituye un ilícito internacional. Para Sorharajah, esta responsabilidad se alcanza cuando el perjuicio que irroge la decisión de un Estado, «escandalice la conciencia del mundo exterior».<sup>109</sup> Tudor por su parte, identifica dos elementos<sup>110</sup> en la noción de denegación de justicia: uno procesal, que significa la imposibilidad de acceder a cortes locales, y otro sustantivo, que implica la función deficiente de un órgano jurisdiccional. García-Amador identifica tres formas de entender la denegación de justicia:<sup>111</sup> una amplia, que abarca todo tipo de hechos ilícitos por parte del Estado hacia en el inversor; una reducida, que implica una intervención del Estado en el trabajo del sistema judicial y, entre las dos, una intermedia, que implica una inadecuada administración de justicia en relación con el inversionista e incluye el acceso a cortes locales y al debido proceso. De estas formas de entender el concepto de denegación de justicia, la intermedia es la que ha predominado en los diferentes fallos sobre el tema.

108. Muthucumaraswamy Sornarajah, «The Fair and Equitable Standard of Treatment: Whose Fairness? Whose Equity?», F. Ortino, *et al.*, *op. cit.*, p. 175.

109. M. Sornarajah, *The International...*, p. 430.

110. I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 158.

111. Citado por J. W. Salacuse, *op. cit.*, p. 241.

La jurisprudencia arbitral se ha pronunciado sobre casos de denegación de justicia, tanto en situaciones administrativas como judiciales. En las actuaciones administrativas, como en el caso *Metaclad contra México*, el tribunal analizó una toma de decisiones sobre un permiso local donde no se brindó al inversionista el derecho a la defensa de la siguiente manera: «el permiso se negó en una reunión del Ayuntamiento del Municipio del cual no se notificó a Metalclad, y a la cual no se le invitó y no se le dio la oportunidad de comparecer».<sup>112</sup> Por otra parte, sobre la actuación de las cortes, el Tribunal de Azinian contra México ha sido uno de los que más ha analizado la denegación de justicia, aunque no la relaciona directamente con el trato justo y equitativo, pero expone cuatro escenarios. Estos son: si los jueces locales se niegan a conocer un reclamo; si lo hacen mediante una demora indebida; si se administra justicia inadecuadamente, y si existe la aplicación de una ley de forma maliciosa. El tribunal en concreto manifestó:

Podría alegarse una denegación de justicia si los tribunales competentes se negaran a conocer del asunto, si este sufriera una demora indebida o si administraran la justicia de modo seriamente inadecuado [...]. Hay un cuarto tipo de denegación de justicia, el de aplicación incorrecta de la ley en una forma clara y maliciosa. Este tipo de ilícito sin duda se sobrepone a la noción de «pretensión de forma» para encubrir una infracción del derecho internacional.<sup>113</sup>

Sin embargo, el propio tribunal realiza la siguiente apreciación sobre los límites que deben tener las pretensiones de los inversionistas, los cuales no pueden solicitar que un tribunal internacional revise directamente un fallo emitido por cortes locales. El tribunal manifiesta:

La posibilidad de considerar a un Estado internacionalmente responsable por decisiones judiciales no otorga, sin embargo, al demandante el derecho a solicitar una revisión internacional de las decisiones judiciales nacionales como si el tribunal internacional que conoce del caso tuviera plena competencia de apelación. Esto no es así generalmente, y tampoco en el caso del TLCAN. Lo que debe demostrarse es que la propia decisión judicial constituye una infracción del tratado. Aun si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral

112. Tribunal ad hoc del caso *Metalclad Corporation contra Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. Arb [af]/97/1, apdo. 91, del Laudo arbitral de 30 de agosto 2000, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MetacladAward-Spanish.pdf>>, consultado el 6 de abril de 2012.

113. Tribunal Arbitral ad hoc en el caso *Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, contra Los Estados Unidos Mexicanos [Azinian v. México]*, CIADI, num. ARB[AF]/97/2, apartados 102 y 103, del Laudo arbitral de 1 de noviembre de 1999, en *ICSID*, <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC544\\_Sp&caseId=C156](http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC544_Sp&caseId=C156)>, consultado el 1 de marzo de 2013.

de que los tribunales mexicanos actuaron incorrectamente con respecto a la nulidad del Contrato de concesión, esto no constituiría per se una infracción del TLCAN. Se necesita más; los demandantes deben acreditar una denegación de justicia o una pretensión de forma para conseguir un fin internacionalmente ilícito.<sup>114</sup>

Del análisis en el presente caso, se puede entender que un tribunal no podría aplicar el trato justo y equitativo u otro estándar de trato para constituirse en alguna suerte de tribunal de última instancia al que los inversionistas pueden acudir cuando no obtengan un resultado deseado. Por lo tanto, para pretender acceder a un tribunal internacional en este contexto, sería necesario que una sentencia de cortes locales sea un acto manifiesto e irrefutable de denegación de justicia, de gran magnitud, para que se considere un ilícito internacional.

Por su parte, al analizar el trato justo y equitativo, el tribunal de Loews contra los EUA encuentra también que el acceso a la justicia, o la denegación de esta, es parte del estándar.<sup>115</sup> En congruencia con este razonamiento, el Tribunal de Waste Management contra México también incluye a la falta de debido proceso como parte del estándar, y añade las conductas arbitrarias y manifiestamente injustas «que lleven a un resultado que ofendan la propiedad judicial».<sup>116</sup> Finalmente, se puede mencionar que en casos recientes como en

114. Tribunal Arbitral ad hoc en el caso Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, contra Los Estados Unidos Mexicanos, [Azinian v. México], párrafo 99, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Azinian-Spanish.pdf>>, consultado el 6 de abril de 2012.

115. El Tribunal manifiesta en su apdo. 129 «It is not in dispute between the parties that customary international law is concerned with denials of justice in litigation between private parties. Indeed, Respondent's expert, Professor Greenwood QC, acknowledges that customary international law imposes on States an obligation «to maintain and make available to aliens, a fair and effective system of justice», en Tribunal Arbitral ad hoc en el caso The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra Estados Unidos, Laudo arbitral de 26 de junio de 2003, CIADI No. ARB(AF)/98/3, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>>, consultado el 5 de abril de 2012.

116. Traducción personal. El pronunciamiento completo del Tribunal es: «the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant», en Tribunal Arbitral ad hoc en el caso Waste Management, Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos, Laudo arbitral del 30 de abril de 2004, apdo. 98, d, CIADI No. ARB(AF)/00/3, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo\\_ingles.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf)>, consultado el 1 de marzo de 2013.

Thunderbird contra México<sup>117</sup> se ha mantenido esta línea de la interpretación de fallos anteriores.

Se puede concluir que la denegación de justicia y el debido proceso han sido abordados de diferente forma tanto por la doctrina como por los tribunales arbitrales, pero se pueden apreciar puntos comunes entre las diversas apreciaciones expuestas. En primer lugar es importante destacar que para que un hecho trascienda en responsabilidad internacional, el mismo debe ir mucho más lejos que un simple error judicial, ya que, caso contrario, los tribunales arbitrales se convertirían en tribunales de apelación de fallos locales, lo cual va más lejos de la voluntad de los Estados al suscribir un tratado bilateral de inversiones. En segundo lugar, se puede tomar la concepción intermedia que expone García-Amador e incluir, dentro de la denegación de justicia, la falta de acceso a la justicia local, que respete las garantías del debido proceso. Finalmente, y conforme a lo expresado en el párrafo anterior, la denegación de justicia es algo que no solo es privativo de los jueces locales, sino que debe estar presente en las actuaciones administrativas.

### ***Transparencia, respeto por las legítimas expectativas del inversor***

El concepto de transparencia y legítimas expectativas del inversor es uno de los elementos más controversiales de la construcción del trato justo y equitativo, por tres razones: 1. Es difícil establecer exactamente cuáles son dichas expectativas en un caso concreto; 2. Las legítimas expectativas pueden constituir una camisa de fuerza para los Estados, que se verían obligados a considerar en el análisis de sus políticas públicas las expectativas del inversionista, y 3. En el caso de que los Estados que celebran un tratado bilateral de inversiones desearan extender una fórmula tan ambiciosa, mediante la cual

117. El tribunal realiza el siguiente análisis a partir del caso Neer, «The content of the minimum standard should not be rigidly interpreted and it should reflect evolving international customary law. Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as Neer Claim in 192612, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence<sup>13</sup>. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards», en Tribunal Arbitral ad hoc en el caso International Thunderbird Gaming Corporation Claimant en contra de Los Estados Unidos Mexicanos, Laudo arbitral de 26 de enero 2006, apdo. 194, dentro del marco del TLCAN y bajo las reglas de arbitraje de Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, en *Investment Treaty Arbitration*, <http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>, consultado el 2 de marzo de 2013.

las expectativas de un inversor se transforman en verdaderos derechos, estos Estados la introducirían expresamente en una cláusula dentro del mismo tratado y no dejarían a un tribunal arbitral para que transforme meras expectativas de un inversor en obligaciones internacionales.

La protección de las legítimas expectativas es una figura que nace del *common law*, concretamente de las cortes inglesas, pero su razón de ser no fue pensada originalmente en el contexto de inversiones, sino como Sornarajah acota, «la regla no fue concebida para proteger inversiones hechas por corporaciones multinacionales. Su intención fue proteger al pequeño hombre y mujer contra el poder institucional».<sup>118</sup> Sin embargo, esta regla propia del derecho administrativo británico ha sido utilizada por litigantes en procesos arbitrales internacionales.

En el contexto del derecho de inversiones, varios tratadistas manifiestan que la obligación de legítimas expectativas está centrada en la transparencia y estabilidad del marco normativo que estaba vigente al momento de realizar una inversión. Al respecto, Dolzer y Shreuer manifiestan que «el marco jurídico en el que el inversionista tiene derecho a confiar consistirá en legislación y tratados, en las garantías contenidas en los decretos, licencias y garantías ejecutivas similares, así como en las obligaciones contractuales».<sup>119</sup> Sin embargo, el marco legal sobre el que se realiza una inversión no puede permanecer congelado. Sobre este punto, Salacuse manifiesta que el principio de «legítimas expectativas no es absoluto y no requiere que el estado congele su sistema legal para el beneficio del inversor. Este tipo de requerimiento va más allá de lo que un inversor puede legítimamente esperar».<sup>120</sup> En resumen, la tesis de las legítimas expectativas del inversor se centra en la estabilidad y transparencia del marco normativo del Estado anfitrión.

El análisis efectuado por la jurisprudencia se limita a analizar, en la gran mayoría de casos y concretamente las legítimas expectativas del inversor, como en *Generation Ukraine contra Ucrania*,<sup>121</sup> en el que el Tribunal efectuó un análisis de las condiciones y motivaciones del inversor para realizar su inversión en este país, para luego concluir que no existía violación por parte del Estado anfitrión. Por otra parte, el Tribunal de *Thunderbird contra México*, analiza detenidamente el concepto de expectativas legítimas:

118. Traducción personal, M. Sornarajah, *The Fair and Equitable...*, p. 176.

119. Traducción personal, R. Dolzer y C. Schreuer, *op. cit.*, p. 134.

120. Traducción personal, J. W. Salacuse, *op. cit.*, p. 233.

121. Tribunal Arbitral ad hoc en el caso *Generation Ukraine, INC. contra Ucrania* caso No. ARB/00/9, apdo. 20.37, 16 de septiembre de 2003, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://ita.law.uvic.ca/documents/GenerationUkraine\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/GenerationUkraine_000.pdf)>, consultado el 12 de abril de 2012.

el concepto de «expectativas legítimas» se refiere, en el contexto del marco del TLCAN, a una situación en la que la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables en un inversionista [o inversión] para actuar en concordancia con esa conducta, de tal manera que un fallo de la Parte del TLCAN en honrar las expectativas generadas podría provocar que el inversor [o inversión] sufran daños. [...] El umbral para las legítimas expectativas puede variar dependiendo de la naturaleza de la violación alegada bajo el TLCAN y de las circunstancias del caso.<sup>122</sup>

Los estudios de la OCDE también citan fallos con análisis similares que nos permiten apreciar que las legítimas expectativas han sido analizadas en reiteradas ocasiones por tribunales arbitrales. Sin embargo, no existe claridad sobre cómo debe aplicarse este concepto, ya que en cada caso se efectúan diferentes análisis sobre hechos concretos. Se puede afirmar que existe una relación entre el marco legal y la norma que contiene el trato justo y equitativo, por lo que en la elaboración de cambios estructurales por parte de la función legislativa de un Estado, la misma deberá tomar en cuenta la posible responsabilidad internacional que pueda generar dichos cambios.

### *Elementos autónomos de equidad*

En esta categoría se pueden agrupar elementos que no encajan en los anteriores y que han sido desarrollados por tribunales arbitrales en su búsqueda del significado de la equidad. Los trabajos de la OCDE no desarrollan mucho esta categoría y se limitan a realizar un análisis del caso Pope & Talbot contra Canadá. Este caso constituye uno de los aportes más significativos, y a la vez controversiales, en la construcción del debate sobre el contenido del trato justo y equitativo. El caso generó tres laudos, siendo el segundo y tercero los más importantes. En la fundamentación del segundo, el tribunal manifiesta que el trato justo y equitativo es un estándar adicional al mínimo requerido por el derecho internacional<sup>123</sup> y por lo tanto posee un umbral de responsabilidad mayor

122. Traducción personal de los apdo. 147 y 148 del Laudo arbitral del caso International Thunderbird Gaming Corporation Claimant contra Los Estados Unidos Mexicanos, de 26 de enero de 2006, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>>, consultado el 11 de abril de 2012.

123. El Tribunal manifiesta: «investors under NAFTA are entitled to the international law minimum, plus the fairness elements», en Tribunal Arbitral ad hoc en el caso Pope & Talbot INC. contra el Gobierno de Canadá, apdo. 110, laudo arbitral de 10 de abril de 2001, dentro del marco del TLCAN y bajo las reglas de arbitraje de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en *International Treaty Arbitration* <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>>. Consultado el 12 de julio de 2013.

para los Estados. Concretamente, el tribunal se aleja de los parámetros establecidos en el caso *Neer* y otros similares, relacionados con que la actuación de un Estado debía ser «atroz» y «escandalosa»<sup>124</sup> para incurrir en un ilícito internacional. En otras palabras, actos de las autoridades de un Estado, que no necesariamente lleguen a ser evidentemente contrarios al estándar mínimo internacional, pueden llegar a ser considerados como violatorios al trato justo y equitativo.

Esta interpretación generó cierto malestar, particularmente en los Estados miembros del TLCAN, que vieron cómo la interpretación expansiva de los casos expuestos, especialmente en *Pope & Talbot*, que podría generar mayor responsabilidad internacional originada en los actos tanto de gobiernos centrales regionales y locales. Esto motivó que la Comisión del Acuerdo del TLCAN emitiera una opinión vinculante al respecto, la misma que limita y liga el trato justo y equitativo al derecho consuetudinario internacional. La comisión, en julio de 2001, emitió la siguiente opinión aclaratoria sobre el cap. 11 del acuerdo regional, el cual contiene el trato justo y equitativo:

- B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional
1. El artículo 1105 [1] establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
  2. Los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridades plenas» no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de este.
  3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105 [1].<sup>125</sup>

Esta interpretación, por lo tanto, buscó limitar la interpretación expansiva que los casos mencionados habían empezado a desarrollar en torno al trato justo y equitativo. Sin embargo, también fue objeto de cierta crítica<sup>126</sup>

124. Los vocablos en inglés empleados son «egregious», «outrageous».

125. Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, «Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, 31 de julio de 2000», en *Sistema de Información Sobre Comercio Exterior, Organización de los Estados Americanos*, <[http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CHI11understanding\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CHI11understanding_s.asp)>, consultado 1 de abril de 2012.

126. Patrick Dumberry explica: «It is not only the nature of the Commission's Interpretation which has been the object of criticisms in doctrine, but also its content. Thus, do the words <International Law> employed in Article 1105 really only mean <customary international law>? Wouldn't such interpretation be contrary to the principle that provision needs to be inter-

ya que manifiesta que el trato justo y equitativo no requiere un trato adicional al derecho internacional, y añade la palabra consuetudinario, lo que para muchos constituyó una extralimitación de la Comisión, al no solo hacer una interpretación, sino realmente modificar el Tratado. Esta posición crítica a la interpretación fue asumida por el propio tribunal de Pope & Talbot, quien en su tercer y último laudo referente a daños, criticó la actuación de la Comisión. Sin embargo, realizó un análisis del mismo caso, concluyendo que inclusive tomando en cuenta la posición de la Comisión, el estándar consuetudinario del derecho internacional había evolucionado y por lo tanto se reafirmó en su segundo laudo.

preted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose», en Patrick Dumberry, «The Quest to Define «Fair and Equitable Treatment» for Investors Under International Law: The Case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards», en *Journal of World Investment*, vol. 3, No. 4, Ginebra, Werner Publishing Company, 2002, p. 657, en *Social Science Research Network*, <<http://ssrn.com/abstract=1288807>>, consultado el 1 de marzo de 2012.



## CAPÍTULO III

# El trato justo y equitativo y las obligaciones del Ecuador

### ANTECEDENTES DEL DERECHO DE INVERSIONES Y EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN ECUADOR

Como gran parte de los Estados que fueron colonias europeas, las primeras normas relacionadas con inversión en Ecuador parten de los tratados de amistad, comercio y navegación, que fueron parte de la estrategia geopolítica de la época, manifestada en alianzas que llevaban a cabo las potencias en el siglo XVIII. Sornarajah, manifiesta que el primer tratado de este tipo del que se tiene registro fue el celebrado entre los EUA y Francia [1778].<sup>127</sup> En esta línea, Ecuador suscribió este tipo de tratados con quince Estados diferentes,<sup>128</sup> siendo los primeros suscritos con las potencias del mencionado siglo: EUA [1842], Francia [1846] y Reino Unido [1851]. La estructura de estos convenios, buscaba intensificar el comercio entre las partes contratantes, lo que sin lugar a dudas permitiría el movimiento de capitales entre estas. Sin embargo, estos tratados tenían disposiciones relacionadas con el campo militar, lo que claramente muestra la importancia del carácter geopolítico de esta clase de normas. Gran parte de los mencionados tratados se encuentran extintos: han sido reemplazados por otros o simplemente han perdido vigencia por el cumplimiento del plazo de los mismos. Únicamente se encuentran vigentes –al menos formalmente– los tratados con Suiza [1938], que realmente no tratan cuestiones de fondo de comercio, y con Perú [1999], país con el cual se firmó la paz a fines del siglo pasado. Es el más reciente y su estructura difiere bastante de aquellos celebrados en los siglos XVIII y XIX.

El siguiente paso en la evolución de las normas relacionadas con inversión en Ecuador, se produce en la esfera bilateral, ya que en 1965 se negoció y suscribió un Convenio de Protección de Inversiones de Capital con la

127. M. Sornarajah, *The International...*, p. 209.

128. Estados Unidos, Francia, Antigua Granada, Reino Unido, México, Chile, Colombia, Japón, Italia, Bélgica, Suiza, El Salvador, Países Bajos, Suecia, Perú.

República Federal Alemana,<sup>129</sup> que entró en vigencia durante la presidencia de Clemente Yerovi, en lo que fue el primer TBI ecuatoriano.

En los años siguientes la práctica no fue común y se debería esperar a la década de los 90 para una mayor expansión en la práctica de este tipo de instrumentos internacionales. Antes de los 90, únicamente se celebró un TBI con Suiza [1971] el cual se encuentra codificado y vigente hasta la fecha, que no desarrolla mayormente estándares de protección de inversiones, porque se limita únicamente a evitar cualquier expropiación que no lleve consigo una «indemnización efectiva y adecuada, conforme al derecho internacional»,<sup>130</sup> e introduciendo en la práctica ecuatoriana la denominada fórmula Hull, relativa a la forma de compensar a un extranjero de un Estado en caso de expropiación.

En los años siguientes, las normas internacionales para Ecuador relacionadas a la materia de inversiones fueron aquellas promulgadas dentro del marco de la CAN, donde se destaca que en sus tratados fundacionales no existe una mención expresa a cerca de la inversión extranjera, pero se establecieron las razones de ser de la misma: por un lado, la de instituir como objetivo primordial de la Comunidad el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros; y por el otro, la aceptación, aunque sea en parte, de las teorías económicas<sup>131</sup> que sustentan el derecho de las inversiones que crean en mayor o menor grado la relación causa-efecto entre inversión y el desarrollo deseado.<sup>132</sup>

Lo expuesto se evidenció el 21 de diciembre de 1970 cuando se promulgó la Decisión 24 de la CAN, a la cual Muchlinski<sup>133</sup> denomina el primer código interestatal en materia de inversiones extranjeras. Sin embargo, esta norma no debe considerarse un código propiamente dicho, porque la misma realmente establecía una política común sobre manejo de inversión en la región y más **bien limitaba la entrada de flujos de capital, los cuales debían obtener una autorización para su ingreso**. En este contexto no se creaban estándares

129. Tratado entre la República Federal de Alemania y la República del Ecuador, sobre fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, suscrito en la ciudad de Quito, 28 de junio de 1965, y publicado en el Registro Oficial No.145 del 25 de octubre de 1966, en *Lexis*, <www.Lexis.com.ec>, consultado el 17 de junio de 2013.

130. Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República del Ecuador para la Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, 2 de mayo de 1968, Berna, RO, Suplemento No. 153, de 25 de noviembre de 2005.

131. Las principales teorías son: Clásica, dependencia y mixta; para un mayor desarrollo léase a M. Sornarajah, *The International...*, p. 50.

132. Al referirse a la necesidad de este tipo de relaciones, Salgado concebía a las reglas comunes en esta materia como un «requisito para eliminar la fuente de tensiones que podría ser la existencia de sistemas distintos de incentivos a la inversión extranjera entre los países miembros», en Germánico Salgado Peñaherrera, *El Grupo Andino y la inversión extranjera: Las líneas básicas de una política regional en relación con la empresa transnacional*, s.e., 1972.

133. Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, Londres, Oxford University Press, 2007, p. 657.

de protección como *el trato justo y equitativo*, ya que este tipo de conceptos eran contrarios a la lógica de control de la inversión extranjera, lo que se evidencia en la redacción de la Decisión 24.<sup>134</sup> Posteriormente, en 1987 se expidió la Decisión 220, que sustituyó a la Decisión 24 y normas conexas, la misma que si bien es cierto limitaba ciertas restricciones hacia la inversión, seguía la misma línea de control de su predecesora. En este contexto, la resolución 220 no desarrolla un contenido de estándares.

Esta Decisión fue finalmente remplazada en el año de 1991 por la hasta ahora vigente Decisión 291, la cual introdujo al ordenamiento comunitario el denominado «Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías».<sup>135</sup> El centro fundamental de esta Decisión radica en alejarse del proteccionismo de sus predecesoras y entra de alguna manera en la dinámica de aperturismo que primaba en la década de los 90. Por ejemplo, la Decisión reemplaza la figura de autorización de la inversión extranjera por la de registro; de igual manera es más permisiva con el envío de divisas a los países de origen.<sup>136</sup> En cuanto a los estándares de trato, la Decisión 291 no introduce el trato justo y equitativo pero ya hace referencia a un *trato nacional* de los inversionistas extranjeros a la subregión, pero dejando libertad a los Estados miembros para limitar dicho trato. En resumen, se puede manifestar que la Decisión 291 introduce un conjunto de lineamientos y referencias, dejando mayor libertad a los Estados miembros para regular la inversión.<sup>137</sup>

De lo anteriormente expuesto, se puede determinar que a pesar de que esta normativa, la única relacionada directamente con la inversión extranjera de la CAN, junto con la Decisión 290 que introduce el régimen de empresas multinacionales andinas, aborda ciertos puntos de interés.<sup>138</sup> Sin embargo, en

134. Comisión del Acuerdo de Cartagena: Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y Sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías Comunidad Andina, Decisión No. 24, en *Comunidad Andina de Naciones*, <[http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=07](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07)>, consultado el 7 de abril de 2012.

135. Acuerdo de Cartagena, Decisión No. 291, «Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías», 12 de marzo de 1991, RO, Suplemento No. 682, Quito, 13 de mayo de 1991.

136. Según la Decisión No. 24, estos países antes se encontraban limitados en un 14% y según la Decisión No. 220, en 20%.

137. Esta decisión también introduce un concepto de inversión el mismo que responde al proceso histórico desarrollado en sus dos antecesoras y prescribe: «Los aportes provenientes del exterior de propiedad de personas naturales o jurídicas extranjeras al capital de una empresa, en moneda libremente convertible o en bienes físicos o tangibles [...] Los Países Miembros, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales, podrán considerar como aporte de capital, las contribuciones tecnológicas intangibles [...]», Decisión No. 291, art. 1. Esta definición es limitada ya que únicamente se refiere a los aportes tangibles, dejando libertad a los países miembros para que determinen si los intangibles son considerados como inversión.

138. Por ejemplo, incorpora los conceptos de inversionista y empresas nacionales, extranjeras, subregionales, las cuales están determinados por el porcentaje del capital social de sus accio-

materia de estándares no tiene en su contenido material un desarrollo relacionado con el trato justo y equitativo, limitándose únicamente al trato nacional y nación más favorecida. Adicionalmente, esta normativa deja mucha discrecionalidad a los estados miembros sobre la materia, lo que es percibido por Muchlinski como: el «abandono de manera efectiva de cualquier política común sobre inversiones extranjera»,<sup>139</sup> que sintetiza la falta de acuerdos políticos que ha experimentado la CAN a lo largo de su historia.

Posteriormente, en la década de los 90, se presenta el fenómeno de la multiplicación de tratados internacionales, del cual Ecuador no está exento ya que en esa década celebró los más importantes TBI, de los cuales se desprenden la mayor cantidad de litigios internacionales del Estado. La principal característica de estos tratados radica precisamente en la inclusión de estándares más sofisticados de protección de inversiones, entre ellos el trato justo y equitativo. La etapa de negociaciones y suscripción de negociaciones llegó a su fin para Ecuador en el año 2007, cuando Ecuador inició los procesos de denuncia del CIADI. En esta misma línea, en el año 2008 se promulgó la nueva Constitución de la República que en su art. 422 limita el arbitraje Estado-inversor. Finalmente, en enero de 2010, la Corte Constitucional ecuatoriana se pronunció en contra de la constitucionalidad de varios TBI, sobre lo cual se tratará en detalle posteriormente.

## EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LOS TRATADOS DE INVERSIONES DEL ECUADOR

Ecuador en su práctica internacional ha firmado al menos 24 tratados<sup>140</sup> que pueden clasificarse como TBI. El primero se celebró en 1966<sup>141</sup> con

nistas y del criterio de la oficina de cada país miembro sobre el control administrativo real de las mismas. También esta norma establece la obligación de registro de la inversión, la misma que deberá ser efectuada en la oficina nacional competente. Finalmente, esta Decisión incorpora ciertas restricciones y condiciones para la importación de tecnología, que aunque desconocida como inversión esta Decisión, incluyen a los contenidos de los contratos para este efecto y los criterios de pertinencia de la misma.

139. P. T. Muchlinski, *op. cit.*, p. 658.

140. Entre los Estados que el Ecuador ha firmado TBI se encuentra: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Italia, Nicaragua, Paraguay, Perú, Rep. Dominicana, Rumania, Suecia, Suiza, Países Bajos, Venezuela.

141. Para el presente estudio, se toma en cuenta la fecha de suscripción del tratado ya que esta permite analizar el momento de negociación del texto. La ratificación por otro lado puede depender de varias cuestiones de orden interno.

Alemania, conforme lo mencionado anteriormente, y los últimos en el año 2001.<sup>142</sup> La gran mayoría de TBI fueron suscritos en la década de los 90,<sup>143</sup> como parte del proceso liberatorio de ese momento.

El trato justo y equitativo, se encontraba presente en la mayoría de estos tratados pero su redacción, como es la tendencia en general de este estándar, difiere entre un instrumento y otro, siendo empleado en diferentes formas y estilos en las cláusulas que contienen a este estándar. Por lo tanto, a fin de sistematizar su análisis, pueden utilizarse los criterios metodológicos propuestos para el análisis del trato justo y equitativo de Tudor,<sup>144</sup> aquí se analiza si el estándar aparece conectado con otros estándares en su redacción<sup>145</sup> y complementariamente, se establece si el trato justo y equitativo es usado en el preámbulo, lo cual influye en su interpretación, especialmente si se toma en cuenta la interpretación a través del contexto determinado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>146</sup> Con relación al primer criterio, Tudor propone una división de las redacciones de cláusulas de trato justo y equitativo en tres categorías:

1. el trato justo y equitativo se encuentra solo;
2. se agrupa a cualquier referencia que se haga al derecho internacional; y
3. se agrupan las redacciones que ligan de alguna manera el trato justo y equitativo con otros estándares de protección, como nación más favorecida, seguridad y trato nacional.

### ***Tipos de cláusulas que contienen al trato justo y equitativo***

Sobre los tratados de la primera categoría, es decir aquellos donde el *trato justo y equitativo*, se encuentra expresado solo, sin hacer mención ni al

142. Tratados suscritos con: Costa Rica, Italia y Suecia.

143. Tratados suscritos con: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Países Bajos, Paraguay, Perú, Rep. Dominicana, Rumania, Venezuela.

144. Ioana Knoll-Tudor, «The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms», en *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Londres, Oxford University Press, 2009, *op. cit.*, p. 313.

145. Revisar anexos.

146. La importancia en el análisis del preámbulo radica en que para la aplicación de las reglas de interpretación establecidas en dicha convención, se trasciende la literalidad de las palabras, donde las mismas son apreciadas por el contexto de la obligación internacional en la que son establecidas. Este contexto, está determinado entre otras cosas, por los trabajos preparatorios de un tratado y por el mismo preámbulo. Por lo que, el usar la terminología *justo y equitativo* en un preámbulo permite que tribunales arbitrales desarrollen interpretaciones extensivas sobre el contenido del TJE en un TBI específico, como sucede en el suscrito con los EUA.

derecho internacional, ni a otros estándares, Tudor manifiesta que el Estado anfitrión «se compromete a aplicar todas las medidas necesarias a fin de permitir a los inversores disfrutar de sus derechos no solo de jure sino también de facto». <sup>147</sup> En esta categoría existen doce TBI <sup>148</sup> firmados entre Ecuador y Estados, en su mayoría latinoamericanos. El que el trato justo y equitativo esté expresado sin ser vinculado con otros estándares, implica concebir a este como un elemento autónomo que por lo tanto supone un umbral mayor de responsabilidad. Se puede apreciar, por ejemplo, la redacción utilizada en el TBI entre Ecuador y Argentina, que es muy similar a la utilizada con la mayoría de países de la región, donde se incorpora el siguiente texto: «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». <sup>149</sup>

En este grupo, también encontramos otro tipo de referencia secundaria al trato justo y equitativo como ocurre en el Tratado entre Ecuador y Alemania, donde se establece: «Cada una de las Partes Contratantes, de acuerdo con sus disposiciones legales vigentes, permitirá dentro de su respectivo territorio, las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, promoviéndolas en lo posible. En todo caso tratará justa y equitativamente a las inversiones de capital». <sup>150</sup> En la comparación de estas dos redacciones, se puede apreciar cómo el Tratado con Argentina guarda una vinculación más fuerte con el trato justo y equitativo, mientras que en el Tratado con Alemania, la terminología justo y equitativo viene precedida de la frase «En todo caso», por lo que puede interpretarse que la obligación principal es la contenida en esta cláusula de promover en lo posible las inversiones de la otra parte, pero si no se promueven, al menos se les asegura un trato relacionado con el estándar de trato justo y equitativo.

147. Traducción personal de I. Knoll-Tudor, *op. cit.*, p. 313.

148. Tratados firmados con: Alemania, Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Italia, Nicaragua, Perú, Rumania, Suecia.

149. Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, art. 3, Quito, 18 de febrero de 1994, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina\\_ecuador\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_ecuador_sp.pdf)>.

150. Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, 21 de marzo de 1996, Quito, en *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_germany\\_sp\\_gr.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_germany_sp_gr.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

Finalmente, el TBI entre Ecuador y Suecia incorpora el siguiente texto: «Cada Parte Contratante deberá en todo momento asegurar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y no deberá afectar a la administración, mantenimiento, uso, disfrute o enajenación de las mismas, así como la adquisición de bienes y servicios y la venta de su producción, a través de medidas injustificadas o discriminatorias». Este tipo de redacción si bien es cierto es muy similar a la empleada con Argentina y otros países de la región, se diferencia en la vinculación del trato justo y equitativo con la obligación de *no afectar* la inversión protegida a través de medidas. Sin embargo, el umbral de responsabilidad que se abre en este tipo de cláusulas es mayor, ya que prácticamente cualquier medida bien sea del gobierno central o local, pudiera incurrir en consecuencias internacionales para el Estado.

En relación a los tratados de la segunda categoría, únicamente en la redacción de TBI firmados por cuatro países –Canadá, EUA, Francia y Venezuela– con Ecuador se menciona al derecho internacional en la cláusula que contiene el trato justo y equitativo. Ello se explica porque la mención del derecho internacional es parte de la tradición europea en la negociación de estos tratados.

La importancia de la inclusión del derecho internacional, radica en que en estos tratados no se puede concebir al trato justo y equitativo como una obligación autónoma. Jeswald Salacuse, comenta: «Una visión del estándar del trato justo y equitativo es que simplemente refleja el estándar mínimo internacional y no otorga a derechos adicionales».<sup>151</sup> Sin embargo, dentro de esta misma categoría, existen diferentes formas de expresar el trato justo y equitativo, por ejemplo, el TBI entre Ecuador y Francia,<sup>152</sup> en su parte pertinente, utiliza el siguiente texto: «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 de los nacionales 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 de hecho».<sup>153</sup>

La cita expuesta hace referencia a los principios de derecho internacional, entre los que podría incluirse el de acceder a un debido proceso, lo cual de alguna manera limita el alcance de posibles interpretaciones expansivas del estándar. En el TBI suscrito con Venezuela también se incluyen adicionalmente las normas del derecho internacional y no solo los principios, el siguiente texto explica que la: «conformidad con las normas y principios del Derecho

151. Traducción personal de J. W. Salacuse, *op. cit.*, p. 223.

152. El TBI con Canadá también guarda una redacción similar, incorpora el siguiente texto «De modo justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional».

153. Tratado de Protección de Inversiones entre Ecuador y Francia, art. 4.

Internacional, asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra». <sup>154</sup> Esta forma de concebir al estándar se asemeja a la que fue empleada en las notas obligatorias interpretativas de la Comisión del Acuerdo del TLCAN, la cual fue realizada ante los fallos de tribunales arbitrales que utilizaban interpretaciones expansivas.

Finalmente, existe una última categoría de tratados <sup>155</sup> suscritos por Ecuador, en los que en la cláusula que contiene el trato justo y equitativo se incorporan otros estándares de trato. La problemática en este grupo radica en establecer si los otros estándares, especialmente trato nacional y nación más favorecida, son un mínimo o un máximo del trato justo y equitativo. Es decir, si el trato a terceros constituye la base o el límite del estándar. Al respecto de esta forma de redacción, Salacuse ofrece la siguiente reflexión:

Un Tratado que ofrece trato justo y equitativo en combinación con el trato nacional y nación más favorecida, ofrece a los inversores extranjeros ambas formas no contingentes y contingentes de protección. Desde la perspectiva del inversionista, el estándar justo y equitativo establece un importante punto de referencia fijo, ya que proporciona un nivel aparentemente definitivo que no variará frente a consideraciones externas [...] El estándar del trato justo y equitativo también evita la discriminación en contra del beneficiario del mismo cuando esta es realizada con injusticia o desigualdad de acuerdo a las circunstancias. Al mismo tiempo, el Trato nacional y la nación más favorecida, como normas contingentes, protegen las inversiones, garantizando la igualdad o no discriminación en relación a las inversiones de otras personas. <sup>156</sup>

Podemos concluir que el utilizar el trato justo y equitativo, junto con otros estándares, permite a la inversión gozar de una doble protección frente

154. El texto completo es el siguiente: «Cada Parte Contratante de conformidad con las normas y principios del Derecho Internacional, 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».

155. Este es el caso de los TBI, suscritos con: China, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Países Bajos, Paraguay, Suiza.

156. Traducción personal del inglés; el texto original es: «A Treaty that offers fair and equitable treatment and combined national and most-favored-nation treatment provides foreign investors with both non-contingent and contingent forms of protection. From the perspective of the investor, the fair and equitable component establishes an important fixed reference point because it provides an apparently definite standard that will not vary according to external considerations [...] The fair and equitable standard also prevents discrimination against the beneficiary when discrimination would amount to unfairness or inequity under the circumstances. Simultaneously, national and most-favored-nation treatment, as contingent standards, protect investments by ensuring equality or non-discrimination in relation to investments by other persons», en J. W. Salacuse, *op. cit.*, p. 221.

a actuaciones del Estado receptor por sí misma, o frente al trato que este dé a terceros. Un tipo de redacción de cláusulas es el contenido en el TBI entre Ecuador con España, donde se establece:

Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversionista de un tercer país que goce del tratamiento de Nación más Favorecida.<sup>157</sup>

En este tipo de redacción, se aprecia como otro estándar, el de *nación más favorecida*. Constituye una base para la aplicación del trato justo y equitativo, ya que si bien se manifiesta que el trato no sea menos favorable que el otorgado a terceros, no implica que pueda ir más lejos.<sup>158</sup>

Dentro del grupo de estándares que se mezclan en la redacción de cláusulas con el trato justo y equitativo, es común apreciar **cómo existe la combinación** con el estándar de seguridad y protección. En muchas ocasiones se ha manifestado que este estándar es una adición al trato justo y equitativo, ya que implica la obligación del Estado de proteger al extranjero de situaciones en las que se pueda ver afectado por acciones de terceros dentro del territorio del Estado receptor. Se puede afirmar entonces que mientras el trato justo y equitativo representa una obligación negativa o de «no hacer», es decir no cometer una acción *injusta o inequitativa*, el estándar de la seguridad y protección lleva consigo una obligación de hacer, es decir de tomar las medidas necesarias para proteger a la inversión extranjera. Por lo tanto, la combinación de los dos estándares en una cláusula, protege a los inversionistas tanto de acciones como de omisiones por parte del Estado receptor.

Este tipo de redacción se puede observar en el TBI suscrito con Francia, donde en la misma cláusula donde se estipula el trato justo y equitativo, también se añade el siguiente texto: «Las inversiones efectuadas por los nacionales o las sociedades pertenecientes a una de las Partes Contratantes, se beneficiarán de la protección y seguridad plena y completa a otorgarse por la otra Parte

157. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino De España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996, Quito, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/ecuador\\_spain\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/ecuador_spain_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

158. En el TBI con Paraguay se aprecia un texto similar: «Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el acordado por Cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por sus propios inversionistas nacionales o de inversionistas de terceros Estados».

Contratante». <sup>159</sup> Otra forma de redacción es la presentada en el TBI suscrito con los Países Bajos, donde se incorpora la siguiente cláusula:

Cada una de las Partes Contratantes garantizará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y no impedirá, mediante medidas irrazonables o discriminatorias, la operación, manejo, mantenimiento, uso, goce o enajenación de las mismas por dichos inversionistas. Cada una de las Partes Contratantes acordará a dichas inversiones plena protección y seguridad física. <sup>160</sup>

También se pueden señalar ciertos TBI, como el suscrito con los EUA, que elabora una compleja redacción del trato justo y equitativo junto con el derecho internacional y varios estándares de trato, incluyendo los de no discriminación, protección y seguridad plenas. La redacción de este tipo de cláusulas es la siguiente: «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 concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional». <sup>161</sup> En este tipo de redacción, se incorporan los elementos analizados anteriormente, y se establece al derecho internacional como base pero no como límite.

### ***Uso del trato justo y equitativo en el preámbulo de tratados***

Finalmente, en relación a las formas de inclusión del *trato justo y equitativo* en los tratados suscritos por Ecuador, se puede incorporar un segundo criterio de análisis que es la inclusión de este estándar en los preámbulos de los tratados. El preámbulo de un tratado es un texto que muchas veces no es objeto

159. Acuerdo entre la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 7 de septiembre de 1994, París, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_france\\_fr.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_france_fr.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

160. Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos, 27 de junio de 1999, Río de Janeiro, art. 3, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_netherlands.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_netherlands.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

161. Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 27 de agosto de 1993, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 3143, 13 de octubre de 1995, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_usa\\_sp.pdf2](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_usa_sp.pdf2)>, consultado el 12 de junio de 2013.

de mucho análisis, pero adquiere relevancia si tomamos en cuenta las reglas de interpretación contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sobre todo la que introduce la interpretación sistemática que tiene en consideración el contexto de su celebración, lo cual según Schwarzenberger, permite que «las palabras empleadas en un tratado tengan sentido únicamente en el amplio contexto de las oraciones, párrafos, artículos del tratado como un todo».<sup>162</sup> La inclusión de la terminología *justo y equitativo* en el preámbulo permite que la interpretación sistemática de una cláusula que contenga el estándar trato justo y equitativo sea concebida de una forma más amplia.

Este es el caso del preámbulo del TBI con los EUA, que expresa lo siguiente: «Conviene en 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».<sup>163</sup> En este preámbulo se hace una referencia a la terminología justa y equitativa como al marco estable como elementos del mismo, lo cual hace que la dimensión de la cláusula del trato justo y equitativo adquiera un especial significado.

Existen en general cuatro TBI<sup>164</sup> suscritos por Ecuador que incorporan esta terminología en el preámbulo. Resalta, en alguna medida, el tratado con República Dominicana, ya que es el único que no incorpora en el texto al trato justo y equitativo; sin embargo, sí hace una mención a este en el preámbulo de la siguiente manera: «Proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por los ciudadanos y las sociedades de una parte en el territorio de la otra, en base a un marco estable y a un trato justo y equitativo».<sup>165</sup> Sin embargo, la inclusión del *trato justo y equitativo* solo en el preámbulo resta fuerza a la cláusula en caso de pretender una interpretación extensiva del estándar. El TBI suscrito con Suecia introduce una variante a la redacción del preámbulo: «Deseosos de intensificar la cooperación económica para mutuo beneficio de ambos países y mantener condiciones justas y equitativas para las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante».<sup>166</sup> En este caso, el preámbulo se refiere a *condiciones justas*

162. Georg Schwarzenberger, *International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1957, p. 505.

163. TBI Ecuador y los Estados Unidos de América..., preámbulo.

164. Tratados suscritos entre el Ecuador y cada uno de los siguientes países: Estados Unidos, Perú, República Dominicana y Suecia.

165. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Dominicana, 26 de junio de 1998, Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, RO No. 365, 27 de septiembre de 2006.

166. Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 31 de mayo de 2001, Estocolmo, en *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/swe\\_den\\_ecuador\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/swe_den_ecuador_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

y *equitativas*<sup>167</sup> en lugar de *trato*, lo que si bien no representa un cambio significativo, nos lleva a acotar que *trato* involucra el conjunto de actos y omisiones que debe llevar a cabo el Estado receptor, mientras que condiciones estaría enfocado únicamente al marco en general en el que se desarrolla la inversión.

Del análisis anterior, es claro que no existe un solo estándar absoluto de *trato* justo y equitativo en las obligaciones adquiridas por Ecuador, sino que existen diferentes menciones al mismo, donde el umbral de responsabilidad adquirido depende especialmente de todos los factores analizados en su formulación. Adicionalmente, debemos reafirmar que el estándar deberá ser apreciado no solo en abstracto, sino también en concreto, analizando las cuestiones propias de cada caso, y la formulación específica de cada tratado donde es utilizado para poder delimitar su contenido.

## EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y LOS LITIGIOS INTERNACIONALES DEL ECUADOR

La primera aproximación del estándar en las obligaciones del Ecuador, parte de un análisis en abstracto de las diferentes formulaciones y redacciones expresadas en los TBI suscritos. La segunda parte, consiste en conocer la experiencia del Ecuador en los análisis concretos que han efectuado tribunales internacionales. A continuación se hace un análisis de los principales litigios en materia de inversión donde el Ecuador ha sido demandado y donde se resalta la presencia del estándar como materia controvertida.

### ***La Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador, Laudo arbitral de 1 de julio de 2004***

Este laudo proviene de una serie de disputas entre el Estado ecuatoriano y varias compañías petroleras, caso conocido popularmente como *IVA petrolero*. Ecuador, a través de su autoridad tributaria, pretendió que los valores relacionados con el pago del impuesto al valor agregado (IVA), causado por algunas compañías extranjeras, no sean incluidos en el monto de los contratos de participación celebrados con estas y por lo tanto que no exista obligación por parte del Estado de reintegrar o devolver valores por este concepto.

167. Esta misma fórmula es utilizada en el TBI con el Perú, donde se establece la siguiente redacción: «Animados del propósito de crear y mantener condiciones justas, equitativas y favorables para las inversiones de inversionistas de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante».

El contrato de participación petrolera entre Occidental Exploration and Production Company, OEPC, y la compañía estatal ecuatoriana Petroecuador, fue suscrito en 1999, pero la relación de la compañía con Ecuador data de 1985 donde se usaba una modalidad contractual distinta, correspondiente a prestación de servicios. Sin embargo, Ecuador manifestó su intención de cambiar este tipo de contrato por uno de participación, como en efecto aconteció para la explotación del Bloque 15 en la Amazonía ecuatoriana. El contrato calculaba los montos de participación a través de una fórmula denominada «factor x». El conflicto nació en la definición de si esta fórmula contemplaba o no el valor correspondiente a la devolución del IVA a exportadores. Dentro de la estrategia de Occidental, el arbitraje no fue llevado ante el tribunal internacional con una base contractual, sino alegando expresamente violaciones a derechos adquiridos en la aplicación del Tratado Bilateral de Inversiones entre los EUA y Ecuador, concretamente por violaciones al trato justo y equitativo. El fin de esta estrategia fue precisamente limitar la contienda legal en su aspecto material, dentro del derecho de inversiones y escapar de la potestad tributaria del Ecuador, que pudo haber tenido mayor peso en el caso de concebir al litigio como meramente contractual. Este es probablemente el caso en el que el Ecuador ha sentido con mayor rigurosidad los efectos de una aplicación extensiva del trato justo y equitativo, al punto en que su potestad tributaria no tuvo un peso significativo ante los ojos del tribunal internacional.

Este caso ha sido, asimismo, uno de los más importantes sobre la materia, porque permite apreciar la relación del trato justo y equitativo con la potestad tributaria de los Estados, ya que si bien es cierto el tribunal fundamentó su argumentación en incumplimientos contractuales, en la práctica hizo un análisis de la legislación tributaria ecuatoriana, así como una interpretación detallada del ordenamiento andino en materia del impuesto del IVA, lo que deja muchas interrogantes sobre la aplicación del trato justo y equitativo, que pueden convertir a un tribunal extranjero en una especie de árbitro de contiendas tributarias, lo que rebasa las barreras de la responsabilidad internacional y del consentimiento manifiesto para la resolución de disputas establecido en el propio TBI. En otras palabras, un tribunal –a pretexto de analizar el cumplimiento del trato justo y equitativo– puede ir más lejos del consentimiento otorgado por un Estado incurriendo en falta de competencia.

Con esta premisa, Ecuador planteó, sin éxito, en los meses siguientes al laudo del 1o. de julio de 2004, una ofensiva legal con el fin de anular el laudo,<sup>168</sup> precisamente con el argumento de que los árbitros se habían excedido

168. En total existieron cuatro decisiones de las cortes inglesas sobre la material, estas fueron:  
(a) High Court Of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, Judgement Case No. 04/656, Before Mr. Justice Aikens, *The Republic of Ecuador and Occidental Exploration &*

en su jurisdicción tratando asuntos materiales que no estaban dentro de la esfera del consentimiento del gobierno ecuatoriano. Sin embargo, el 4 de julio de 2007, la *Royal Court of Justice*, puso fin a cualquier pretensión en este sentido al rechazar la última apelación del Estado del Ecuador en este sentido.

Occidental fundamentó su demanda ante el Tribunal Arbitral en cuatro puntos, todos relacionados con incumplimientos del TBI. Estos incumplimientos se alegaron sobre las siguientes obligaciones del Ecuador:<sup>169</sup> no conceder trato justo y equitativo; tratamiento menos favorable al otorgado a los exportadores ecuatorianos; uso de medidas discriminatorias y finalmente expropiación indirecta. Por su parte, Ecuador planteó como argumentos de su defensa excepciones de competencia del tribunal internacional relacionadas con el art. VI [2] y [3] del Tratado, que impiden la bifurcación de caminos en la justicia nacional e internacional; y la prohibición contenida en el art. 10 del Tratado, que excluye la materia arbitral. Adicionalmente, negó las pretensiones materiales de OEPC y rechazó expresamente la existencia de expropiación.

En relación a la primera excepción, esta fue la bifurcación de caminos que es conocida por la doctrina como *fork in the road*, que consiste en la prohibición de seguir dos caminos procesales distintos en un mismo conflicto, es decir acudir a la justicia nacional e internacional al mismo tiempo. Ecuador alegó ante el Tribunal el hecho de que Occidental ya había recurrido las decisiones del Servicio de Rentas Internas, SRI, ante las cortes locales,<sup>170</sup> por lo

Production Co., Londres, 2 de marzo 2006, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0574.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2012. (b) High Court Of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, Judgment Case No: 2004 Before Mr. Justice Aikens, The Republic of Ecuador and Occidental Exploration & Production Co., Londres, 29 de abril de 2005, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0572.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2012. (c) The Supreme Court Of Judicature Court Of Appeal (Civil Division) On Appeal From Queen's Bench Division Judgment of the Court of Appeal, Judgement Case No: A3/2005/1121, before Lord Phillips Of Worth Matravers, Mr. Lord Justice Clarke And Lord Justice Mance, Occidental Exploration & Production Company Appellant and The Republic of Ecuador, Londres, 9 de septiembre de 2005, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0573.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2012. (d) The Supreme Court Of Judicature Court Of Appeal (Civil Division) On Appeal From The High Court Of Justice Queens Bench Division, Case No. A3/2006/1116, before Sir Anthony Clarke, Mr. Lord Justice Buxton y Lord Justice Toulson, Occidental Exploration & Production Company Appellant and The Republic of Ecuador Londres, 4 de julio de 2007, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0575.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2012.

169. Tribunal Arbitral ad hoc del caso Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador, apdo. 36, Laudo arbitral, 1 de julio de 2004, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://italaw.com/documents/Oxy-EcuadorFinalAward\\_001.pdf](http://italaw.com/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf)>, consultado el 13 de abril de 2012.

170. Las cortes locales en ese tiempo eran el Tribunal Fiscal y la Corte Suprema de Justicia.

que ya se habían activado los mecanismos locales, dejando precluida la acción internacional. Sin embargo, para el Tribunal Arbitral esta disposición no llegó a aplicarse al caso ya que manifestó la importancia de que la elección del camino procesal a seguir esté libre de toda coacción. En este sentido se interpretó que el término que la ley ecuatoriana otorga al contribuyente para impugnar actos administrativos obligaba a Occidental a utilizar la vía local para evitar que la resolución del SRI quede firme. El pronunciamiento del Tribunal es el siguiente:

El Tribunal tiene la opinión que en este caso el inversor no tuvo una verdadera opción. Incluso si llevaba este asunto inmediatamente al arbitraje, lo cual no es fácil de hacer, su protección sobre su derecho a objetar la decisión adversa del SRI hubiera sido considerada como abandonada si la aplicación ante las cortes locales no se hubiera efectuado en el periodo establecido en el código Tributario.<sup>171</sup>

En relación con la segunda excepción, esto es, a la competencia de los árbitros, el Estado ecuatoriano alegó expresamente la disposición contenida en el art. 10 del Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y los EUA.<sup>172</sup> Este artículo cumple una función importante, que consiste en limitar el consentimiento del Estado en relación con la materia sujeta a controversia, excluyendo conflictos que se generan en la esfera de la potestad tributaria de los Estados y que en todo caso necesitarían de un tratado exclusivamente en materia tributaria para que pueda nacer el consentimiento del Estado.<sup>173</sup> José Vicente Troya, sobre esta disposición comenta:

171. Traducción personal del inglés, cuyo texto original es: «The Tribunal is of the view that in the case the inversor did not have real choise. Even if it took the matter instantly to arbitration, which is not that easy to do, the protection of its right to object to the adverse decision of the SRI would have been considered forfeited if the applicacion before the local courts were not made within the period mandated by the Tax Code», *Laudo arbitral en el proceso Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador...*
172. Tratado Bilateral de inversiones entre Ecuador y Estados Unidos..., art. 10: «1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte. 2. No obstante, a las disposiciones del presente Tratado, especialmente los art. 6 y 7 del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a: a) La expropiación, de conformidad con el art. 3; b) Las transferencias, de conformidad con el art. 4, o c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inc. a) o el inc. b). En la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable»
173. En este sentido, José Vicente Troya al comentar sobre el arbitraje internacional tributario, manifiesta: «Es indudable que el tratado o convenio que prevea el arbitraje internacional en

En el Tratado de Inversión con Estados Unidos, en el artículo 10 [2], se prevé que el arbitraje se aplicará solamente respecto de expropiación, de transferencias y de la observancia y cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión. Se infiere de esta norma que un tratado de inversiones, por sí mismo, no es bastante para que sirva de asidero a la existencia de arbitraje tributario internacional obligatorio que sea apto para solucionar las controversias de carácter impositivo. Se reconoce de este modo que el campo de las inversiones no se confunde con el de los tributos.<sup>174</sup>

Sin embargo, el Tribunal consideró que al tratarse de violaciones al trato justo y equitativo, y tomando en cuenta que en el mismo art. 10 del TBI, se introduce la terminología justo y equitativo, determinó que las obligaciones referentes con este estándar no son diferentes a las contenidas en el art. 2 del TBI y por lo tanto, desechó esta segunda excepción de incompetencia del Ecuador, relacionada con el estándar de protección. En otras palabras, el Tribunal no asumió competencia sobre el caso como un tribunal internacional tributario, pero sí como uno de inversiones, aunque en repetidas partes de su laudo, lo que realmente hace es interpretar la legislación ecuatoriana y andina sobre impuestos, y decide sobre cuestiones eminentemente tributarias. En definitiva, en el caso Occidental el trato justo y equitativo es el argumento principal para que el Tribunal Arbitral fundamente su competencia. Se puede concluir que *trato justo y equitativo* puede ser utilizado como herramienta formal para fundamentar competencia en el caso y, como norma material para establecer la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano.

El Tribunal hace una construcción del estándar y enfatiza especialmente su inclusión en el art. 10, que prescribe: «En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte», que originalmente excluye de la jurisdicción del tribunal la materia tributaria, pero que es visto como una conexión con el estándar del trato justo y equitativo contemplado en el art. 2 del Tratado Bilateral de Inversiones. El Tribunal manifiesta: «La disputa, de una forma u otra, claramente está sujeta a las disposicio-

materia tributaria ha de ser de naturaleza tributaria, lo cual comporta que su objeto principal concierne a esa materia [...] Las garantías sobre el medio ambiente, la propiedad intelectual, las inversiones u otros aspectos, por más importantes y trascendentes que sean, de ninguna manera llevan ínsita o sobreentendida la que mira a la debida creación y consecuente aplicación de impuestos y otras cargas tributarias», en «Impuestos y arbitraje internacional. El caso propuesto por las empresas petroleras para la devolución del IVA en Ecuador», en Victor Uckmar, *Impuestos sobre el comercio internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 2003, p. 407.

174. J. V. Troya, «Impuestos y arbitraje internacional, arbitraje internacional, el caso propuesto por las empresas petroleras para la devolución del IVA en Ecuador», en V. Uckmar, *op. cit.*, p. 409.

nes de solución de controversias del Tratado. Esto automáticamente activa los estándares de trato del art. II, incluido el trato justo y equitativo. El párrafo 1 del art. X adquiere en este contexto su pleno significado». <sup>175</sup> Por lo expuesto, es claro que el Tribunal realiza una construcción de su competencia en el presente caso partiendo de violación del trato justo y equitativo y no por tratarse en sí de un tema tributario arbitrable.

En relación al análisis material del estándar, el laudo arbitral reconoce que si bien es cierto existe la inclusión de la terminología justo y equitativo, el Tratado no brinda una definición del mismo, motivo por el cual se utilizan las normas interpretativas que otorga la Convención de Viena sobre la interpretación de tratados. Especialmente, se utiliza el método del contexto, en el cual se da un valor importante a la estructura de todo el tratado y no simplemente la literalidad de las palabras que contiene. En relación a ello, el Tribunal hace un especial análisis del preámbulo del Tratado de Protección de Inversiones que prescribe: «Conviniendo en 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». <sup>176</sup>

Sobre el análisis de este texto, el Tribunal se pronuncia sobre la premisa del trato justo y equitativo, es decir el «mantener un marco estable para las inversiones» y establece que, por lo tanto, esta estabilidad o seguridad jurídica a la que se hace referencia es un elemento del estándar del trato justo y equitativo concebido por las partes en este tratado en particular. <sup>177</sup> Este es un ejemplo más de cómo la inclusión del trato justo y equitativo en la motivación de un tratado, lo potencia y le permite adquirir una interpretación amplia en lugar de una restrictiva.

En este mismo sentido, el Tribunal también llega a la conclusión que el Ecuador, a través del SRI, modificó considerablemente el equilibrio de la inversión, al señalar: «El Tribunal debe señalar en este contexto que el marco en el que se realizó y operó la inversión ha cambiado de manera importante por las acciones adoptadas por el SRI». <sup>178</sup> Adicionalmente, el Tribunal menciona

175. Traducción personal del texto inglés cuya versión original es: «The dispute, one way or the other, thus clearly subject to the dispute settlement provisions of the Treaty. This automatically brings in the standards of treatment of article II, including fair and equitable treatment. Paragraph 1 of Article X thus acquires in this context its full meaning». [Occidental contra Ecuador..., ap. 75].

176. TBI Ecuador-Estados Unidos..., preámbulo.

177. Laudo arbitral en el proceso Occidental Exploration and..., citado.

178. Traducción personal del inglés de: «The Tribunal must note in this context that the framework under which the investment was made and operates has been changed in an important manner by the actions adopted by the SRI», apdo. 184, Laudo arbitral en el proceso Occidental Exploration and..., citado.

varios precedentes<sup>179</sup> de interpretación amplia del trato justo y equitativo para establecer que en el presente caso no existió la certeza necesaria para que el inversor pueda planear su operación económica y señalar que para efectos de este incumplimiento del estándar, no es necesario establecer si existió mala fe, ya que este elemento contiene una obligación objetiva<sup>180</sup> y no subjetiva.

Finalmente, el Tribunal hace un análisis sobre la relación entre el trato justo y equitativo y el Estándar Mínimo Internacional aplicando una concepción evolutiva del segundo, y manifiesta que no es relevante para el derecho internacional la discusión de si debe existir o no devolución del IVA, sino únicamente si el marco jurídico reúne los requisitos de estabilidad exigidos en el derecho internacional. El Tribunal expresa esta idea de la siguiente manera:

La cuestión relevante para el derecho internacional en esta discusión no es si existe la obligación de devolución del IVA, [...] sino más bien si el marco jurídico de negocios cumple con los requisitos de estabilidad y previsibilidad en el derecho internacional. Se llegó a la conclusión anteriormente de que no hay una obligación devolución del IVA en virtud del derecho internacional, [...] pero claramente existe una obligación de no modificar el marco jurídico y empresarial en el que ha sido realizada la inversión. En este caso es la última pregunta que desencadena un tratamiento que no es justo y equitativo.<sup>181</sup>

Este razonamiento es el pilar fundamental de toda la argumentación en este caso; y si partimos de la premisa propuesta por los árbitros, es posible entrar en la lógica motivacional de todo el laudo. Consecuentemente, si se parte de que existe la obligación de no alterar el marco comercial y jurídico de una inversión, el Tribunal en primer lugar es competente para analizar el comportamiento del SRI —léase Ecuador— no como el ente que ejerce la administración de los tributos del Estado, sino como el instrumento que ha violado el derecho internacional; y por lo tanto, juzgar el tema de la devolución del IVA no como parte de la estructura de una obligación tributaria, sino como un parte dentro de todo el marco para incentivar la llegada de flujos de capital que son protegidos por el tratado bilateral.

179. Se menciona como antecedentes: Técnicas Medioambientales Tecmed S. A. contra los Estados Unidos Mexicanos, caso No. ARB (AF)/00/2 CIADI, 29 de mayo de 2003.

180. Laudo arbitral en el proceso Occidental Exploration and..., apdo. 186.

181. Traducción personal del inglés, cuyo texto original es: «The relevant question for international law in this discussion is not whether there is an obligation to refund VAT, [...] but rather whether the legal business framework meets the requirements of stability and predictability under international law. It was earlier concluded that there is not a VAT refund obligation under international law, [...] but there is certainly an obligation not to alter the legal and business environment in which the investment has been made. In this case it is the latter question that triggers a treatment that is not fair and equitable», en Laudo arbitral Occidental contra Ecuador..., apdo. 191.

Sin embargo, el problema nace en el hecho de aceptar que la premisa –obligación de no alterar el marco comercial jurídico– sea enteramente fundamentada. En otras palabras, es lógico que la motivación de celebrar un Tratado de Protección de Inversiones es atraer flujos de capital hacia el país, para lo cual es necesario que se otorguen garantías a las inversiones mediante estándares, pero surge la interrogante de cuán rigurosa debe ser esta estabilidad, que en determinados momentos puede llegar hacer una especie de camisa de fuerza para las autoridades internas.<sup>182</sup> En todo caso el pronunciamiento del tribunal sienta un importante precedente en relación de la aplicación del trato justo y equitativo en materia tributaria y crea un umbral más riguroso en la política fiscal. Anteriormente, la única forma de que una norma tributaria sea objeto de análisis en el marco de una inversión era cuando esta representaba una carga impositiva tan alta que podía considerarse como una expropiación indirecta; sin embargo, a partir de este laudo vemos cómo el proceder del sujeto activo de una obligación tributaria –en este caso un acto emitido en el ejercicio de su facultad determinadora– puede incurrir en responsabilidad internacional por un comportamiento que llegue a alterar el equilibrio de la inversión, lo cual hace que el cumplimiento de obligaciones internacionales en esta área sea más demandante.

### *Caso EnCana contra Ecuador*

El caso EnCana parte del mismo marco tributario del caso Occidental, referente a la devolución de valores pagados de IVA en los contratos de participación de compañías petroleras. Sin embargo, el resultado fue opuesto, lo cual permite apreciar la importancia del contexto y la redacción de las normas de inversiones en tratados bilaterales. En definitiva, se puede constatar que el TBI entre Ecuador y Canadá permite ver la existencia de un trato justo y equitativo más restrictivo del establecido con el TBI con Los EUA, lo que refuerza la

182. En relación a la búsqueda de esta estabilidad como marco de inversiones, llama la atención disposiciones como la contenida en la Constitución Política del Perú, donde la autonomía de la voluntad es tan protegida, que se incorpora una prohibición para la modificación de términos contractuales, mediante leyes o lo que la Constitución denomina «otras disposiciones de cualquier clase» lo cual abre el espacio para entender que inclusive normas constitucionales futuras no podrían atentar lo pactado en un contrato. El texto en cuestión es el siguiente: «Art. 620. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley», en Constitución Política del Perú, <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>, consultado 8 de abril de 2012.

conclusión de que el trato justo y equitativo es un estándar que debe apreciarse en concreto y no en abstracto.

EnCana el 14 de marzo de 2003 demandó al Estado ecuatoriano, bajo las reglas de arbitraje de la United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) en la Cámara de Arbitraje de Londres. La acción de la empresa petrolera se resume en cuatro incumplimientos del TBI con Canadá. En primer lugar, por medidas contrarias al art. 2 del Tratado, que prescribe «Ambas Partes Contratantes estimularán la creación de condiciones favorables conducentes a que los inversionistas de la otra Parte Contratante efectúen inversiones en su territorio». Segundo, por incumplimiento del *trato justo y equitativo*, establecido en el art. 2, que establece: «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». Tercero, por incumplimiento del trato nacional.<sup>183</sup> Y finalmente, el cuarto, por expropiación<sup>184</sup> establecida en el art. 8 del Tratado.

Ecuador, por su parte, manteniendo una tesis similar al caso Occidental en lo referente a las alegaciones de incumplimiento del trato justo y equitativo, indicó que siendo el objeto de la controversia una cuestión tributaria, la disputa cae entre las excepciones del TBI; por lo que consideró que el Tribunal Internacional no podía convertirse en una suerte de tribunal de apelación en cuestiones tributarias. En este punto, el tribunal centra su análisis en establecer qué se entiende como «medidas fiscales» dentro del Tratado objeto de la disputa. En este cometido, el Tribunal aporta elementos valiosos en cuanto a la cons-

183. El Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Canadá, en su art. 4 establece: «Ambas Partes Contratantes otorgarán a las inversiones o a los beneficios de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable a aquel que, bajo circunstancias similares, otorgan a las inversiones o beneficios de sus propios inversionistas con respecto de la expansión, administración, conducción, operación y venta o enajenación de las inversiones». Acuerdo entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones, 29 de abril de 1996, Quito, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/canada\\_ecuador.pdf](http://unctad.org/sections/dite/iia/docs/bits/canada_ecuador.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

184. El texto del art. 8 del TBI con Canadá es el siguiente: «1. Las inversiones o los beneficios de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no podrán ser nacionalizados, expropiados o sujetos a medidas que produzcan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación [en lo sucesivo referidas como «expropiación»] en el territorio de la otra Parte Contratante, excepto en caso de finalidad pública, bajo el oportuno proceso legal, de modo no discriminatorio y mediante compensación pronta, adecuada y efectiva. Dicha compensación, que se basará en el valor genuino de la inversión o de los beneficios expropiados inmediatamente antes de la expropiación o en el momento en que la expropiación propuesta se hizo de conocimiento público, lo que suceda primero, será pagadera a partir de la fecha de la expropiación a la tasa de interés comercial normal, y será pagada sin demora, siendo efectivamente realizable y libremente transferible».

trucción de definiciones de materia fiscal, dentro del derecho internacional. El Tribunal en su razonamiento manifiesta en primera instancia la importancia del principio de legalidad, expresado de la siguiente forma:

Es inherente a la naturaleza de un impuesto el ser dispuesto en virtud de ley. Las autoridades tributarias no son bandidos que actúan según su parecer, y una demanda arbitraria no fundamentada por ninguna disposición de la legislación vigente del Estado anfitrión no entra dentro de la categoría de exención del artículo XII. Por el otro lado, como destacó la Demandada, el Tribunal no es una instancia de apelación de asuntos tributarios ecuatorianos, y en la medida de que un asunto esté claramente conectado a una ley o reglamento fiscal, será claramente un tema que deba entender el poder Judicial del Estado anfitrión.<sup>185</sup>

En otras palabras, el primer elemento de un tributo, es precisamente el provenir de una ley, como en el presente caso. Posteriormente, el tribunal esboza una definición de tributo desde la perspectiva internacional al afirmar: «La cuestión de si algo es o no una medida fiscal es, fundamentalmente, un tema de su aplicación legal y no de su efecto económico. Una ley tributaria es aquella que impone a determinado grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público».<sup>186</sup> De esta forma se establecen cuatro elementos que debe reunir una medida para que sea categorizada como *fiscal* en el campo internacional: a) debe provenir de una ley; b) debe ser impuesta a un grupo de personas; c) debe ser una carga de pagar dinero, es decir una prestación pecuniaria,<sup>187</sup> y d) se encuentra destinada al beneficio público. Estos elementos permitieron al Tribunal determinar que el asunto controvertido se encontraba dentro de las excepciones del propio tratado por lo que falló a favor de Ecuador y no se pronunció en concreto sobre el trato justo y equitativo.

Como final anecdótico de este caso, a pesar de que el tribunal determinara la inexistencia de responsabilidad arbitral por parte de Ecuador, haciendo uso de sus facultades discrecionales en lo relativo al pago de las costas del proceso, condena a Ecuador a la totalidad del pago de estas. El Tribunal manifiesta:

185. Tribunal Arbitral ad hoc en el proceso de EnCana Corporation contra la República del Ecuador, apdo. 142.1, laudo de 3 de febrero de 2006, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://italaw.com/documents/EncanaAwardSpanish.pdf>>, consultado 8 de abril de 2012a

186. Laudo Arbitral en el proceso de EnCana Corporation contra la República..., apdo. 142.4.

187. Sobre la prestación pecuniaria como elemento del Tributo, José Vicente Troya expone: «El tributo se resume y concreta en una prestación pecuniaria que los sujetos pasivos se ven obligados a hacer en los casos y medida previstos por la ley. La prestación concebida en tales términos, significa que son las personas las que deben tributos, de ninguna manera las cosas o bienes», en José Vicente Troya, *Derecho Internacional Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990, p. 110.

De hecho, el Tribunal ha considerado si debería exigirse a Ecuador que asuma las costas de EnCana, a pesar del hecho de que las limitaciones de su competencia en virtud del Convenio impiden al Tribunal tratar la mayoría de las reclamaciones de EnCana, y a pesar del hecho de haber determinado de que la Demandada no cometió expropiación. En tales circunstancias, el Tribunal considera que sería justo y equitativo que Ecuador cargue con las costas del arbitraje.<sup>188</sup>

En este razonamiento para condenar a Ecuador al pago de la totalidad de las costas son usadas la terminología *justo y equitativo*, aunque aparentemente no hay una conexión directa con el uso de estas palabras y estándar como tal. Esta decisión particular puede ser entendida como que el mismo Tribunal estaba de acuerdo con EnCana sobre la cuestión sustantiva de la controversia dentro del marco tributario ecuatoriano, pero reconocía que no podía ejercer las funciones de Tribunal de apelación y menos sobre cuestiones tributarias.

Adicionalmente, en una declaración adjunta al fallo el árbitro Horacio Grigera Naón, reconoce la buena fe de las autoridades ecuatorianas, en especial de Elsa de Mena, Directora en ese tiempo del Servicio de Rentas Internas. En todo caso no es un detalle menor que la terminología *justo y equitativo* fue usada por el tribunal para ordenar el pago de la totalidad de las costas al ganador del proceso.

### ***M. C. I. Power Group and New Turbine contra Ecuador***

Este caso tuvo un desenlace favorable para el Estado ecuatoriano, donde el principal punto de controversia era la irretroactividad o no de la aplicación del TBI entre los EUA y Ecuador en las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigencia. El tribunal concluyó que no era competente para conocer cualquier cosa ocurrida antes de la entrada en vigor del TBI; sin embargo, se declaró competente para conocer controversias que se generaron después de la entrada en vigor del Tratado. El tribunal encontró que no existía responsabilidad del Ecuador en relación con los actos posteriores a la entrada en vigencia del TBI, y por lo tanto, que no existió violación al trato justo y equitativo. Sobre el estándar el tribunal manifestó lo siguiente:

Las expectativas del inversor respecto a la exigencia de un trato justo y equitativo y de buena fe, de conformidad con el TBI, debe tener un correlato de legitimidad objetivo. La legitimidad de las expectativas del trato debido por parte del inversor extranjero protegido por el TBI no depende de la mera

188. Laudo arbitral en el proceso de EnCana Corporation contra la República..., apdo. 202.

intencionalidad de las partes, sino de la certeza sobre el contenido de las obligaciones exigibles.<sup>189</sup>

En el caso concreto, no existía certeza sobre las obligaciones exigibles por el inversor, por lo que mal podía haber una falta del *trato justo y equitativo* en relación a las expectativas del inversor. Adicionalmente, en relación con la interpretación al estándar se utiliza una construcción restrictiva con el trato mínimo internacional. El tribunal afirma: «En este sentido, el trato justo y equitativo no puede confundirse con la aplicación de la regla *ex aequo et bono* que presupone un ejercicio amplio de la discrecionalidad de los árbitros en la búsqueda de una solución a la controversia planteada»<sup>190</sup> y traslada esta apreciación al caso concreto al manifestar: «El Tribunal concluye que las acciones alegadas por las Demandantes como un continuo hostigamiento de Ecuador contra Seacoast evidencian una actitud inamistosa que, evaluada individualmente o en su conjunto, no configuran un trato injusto o inequitativo».<sup>191</sup>

En conclusión, sobre este laudo se pueden extraer dos puntos favorables para una interpretación restrictiva del estándar. En primer lugar, que las expectativas del inversor no pueden ser ilimitadas, sino que están ligadas a la certeza respecto de las obligaciones contraídas, por lo que si no existe una certeza de estas, mal pueden existir expectativas sobre las mismas. En segundo lugar, el tribunal limita el poder del juzgador al determinar que una actitud inamistosa no necesariamente implica una violación al trato justo y equitativo.

### ***Duke Energy Electroquil Partners contra Ecuador***

Este caso tiene como antesala los contratos de compraventa de potencia y energía eléctrica que se celebraron desde 1995 entre Ecuador y Electroquil SA, la cual sería objeto de adquisición por parte de Duke Energy y que tenían como fin suplir las continuas crisis eléctricas que atravesaba Ecuador en esa década. En este contexto, dentro de las pretensiones de la demanda, se incluyó la violación del trato justo y equitativo incorporado en el TBI celebrado entre los EUA y Ecuador.

El Tribunal aportó dos reglas relacionadas con el estándar: por una parte estableció las perspectivas del inversor; y, por otro, diferenció entre actos

189. Laudo arbitral en el proceso de M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. contra República del Ecuador, 31 de julio de 2007, caso CIADI No. ARB/03/6, apdo. 278, en *International Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0501.pdf>>, consultado el 12 de junio de 2013.

190. *Ibid.*, apdo. 370.

191. *Ibid.*, apdo. 371.

en ejercicio de potestades soberanas y actos contractuales. Para esto, parte de un análisis similar al del caso Occidental, en donde se utiliza una interpretación sistemática del Tratado, analizando el contexto y no solo la literalidad de las palabras. El tribunal también realizó un análisis del preámbulo del TBI y resaltó que este permitía establecer que «entorno jurídico y económico estable y previsible debe considerarse como elemento esencial del estándar del trato justo y equitativo»<sup>192</sup> y de igual forma determinó que este entorno es parte de las expectativas del inversionista. Sin embargo, manifestó que incumplimientos de la relación contractual por parte del Estado, no acarrearán necesariamente responsabilidad internacional, al indicar que: «es un principio firmemente establecido en la actualidad que la violación de un contrato no implica de por sí la violación de un tratado».<sup>193</sup> De esta forma, el tribunal aportó un elemento en la construcción del trato justo y equitativo, al diferenciar las actuaciones de un Estado utilizando sus potestades soberanas de aquel como parte contractual. Para esto, se fundamentó en el caso RFCC c. Marruecos.<sup>194</sup>

En el análisis del caso concreto, el tribunal aplica estas reglas a los hechos y manifiesta en relación a las expectativas de Duke Energy, que las mismas fueron hechas en tiempo de crisis y específica: «En consecuencia, Duke Energy conocía el riesgo de que pudiera imponerse a Electroquil multas por incumplimiento y asumió el consiguiente riesgo de negocios».<sup>195</sup> De igual forma, el tribunal estableció el tema referente a multas contractuales y otras actuaciones, y sostuvo que en las mismas Ecuador no utilizó sus potestades soberanas. Sin embargo, determinó que en lo referente al tema de garantías<sup>196</sup> si vulneró las expectativas del inversor, aceptando a estas como elemento del trato justo y equitativo.

Finalmente, en lo relacionado a otra reclamación dentro del proceso sobre aranceles aduaneros, se utilizó el pronunciamiento del tribunal de EnCana, sobre lo que debe entenderse como *cuestiones tributarias* para el derecho internacional y concluyó que cualquier cosa relacionada con aranceles se enmar-

192. Tribunal Arbitral ad hoc del caso Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. contra República del Ecuador Caso CIADI N. ARB/04/19, apdo. 339, laudo, 18 de agosto de 2008, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://italaw.com/documents/DukeEcuadorAwardSpa\\_nish\\_001.pdf](http://italaw.com/documents/DukeEcuadorAwardSpa_nish_001.pdf)>, consultado 11 de abril de 2012.

193. Duke Energy Electroquil Partners contra Ecuador... apdo. 342.

194. El tribunal de Duke contra Ecuador, transcribe el siguiente pasaje de este laudo: «para que la violación del contrato alegada constituya un trato injusto o contrario a la equidad en el sentido dado a esos términos por el Acuerdo bilateral, es preciso que surja de un comportamiento exorbitante en comparación con el que podría adoptar un contratante ordinario» [traducción del Tribunal].

195. Duke contra Ecuador, apdo. 351.

196. *Ibid.*, apdo. 359.

caba como una cuestión no arbitrable,<sup>197</sup> declarándose incompetente para tratar esta pretensión.

### ***Chevron Texaco contra Ecuador, Laudo arbitral parcial de 30 de marzo de 2010***

Dentro de una serie de procesos entre Ecuador y la compañía Chevron Texaco, este un episodio que tiene como trasfondo la demanda de pobladores de la Amazonía ecuatoriana en contra de la compañía Chevron Texaco por reparación de daños extracontractuales. Sin embargo, la presente referencia se limita al proceso entre Chevron Texaco, en adelante Chevron, y el Estado ecuatoriano por incumplimiento del tratado de inversiones y no se centrará en las acciones seguidas contra la compañía por responsabilidad extracontractual.

El antecedente del presente proceso fue el inicio en 1964 de la concesión de derechos de exploración y producción por parte del Ecuador a la compañía Texaco Petroleum Company (TEXPET), bajo el control de Texaco en la Amazonía ecuatoriana. Posteriormente, en 1973 TEXPET entró a una nueva estructura contractual de explotación con el Estado a través de la creación de la entidad gubernamental Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana (CEPE). La explotación continuó durante varias décadas con distintos problemas, tanto técnicos como legales, hasta que en 1990 Petroecuador –sucesora de CEPE– decidió tomar control de la operación y no renovar el término establecido en el contrato de 1973, lo que motivó una serie de negociaciones entre las partes que duraron alrededor de dos años. Durante este período, Texaco inició varios procesos en las cortes locales, relacionados con incumplimiento de contrato,<sup>198</sup> los cuales no tuvieron una respuesta de la justicia ecuatoriana en los siguientes

197. *Ibid.*, apdo. 176.

198. Los procesos son: Proceso 23-91, demanda presentada el 17 de diciembre de 1991, la demanda fue rechazada y el último recurso de hecho fue resuelto el 9 de junio de 2008; Proceso 152-93, demanda presentada el 10 de diciembre de 1993, y contiene una providencia de autos para sentencia el 22 de mayo de 2002, hasta la fecha en el que el Laudo fue emitido no había sentencia; Proceso 7-92, demanda presentada el 15 de abril de 1992 y concluye con el rechazo al Recurso de Casación interpuesto por la compañía el 24 de junio de 2008; Proceso 153-93, demanda presentada el 14 de diciembre de 1993, con providencia de autos para sentencia el 12 de octubre de 1998 y 22 de mayo de 2002. El 14 de julio de 2009 La Corte Provincial de Pichincha falló a favor del Ecuador; Proceso 154-93: demanda presentada el 14 de diciembre de 1993, sentencia a favor del Ecuador el 10 de septiembre de 2009, Proceso 8-92: Demanda presentada el 15 de abril de 1992, y hasta la emisión del Laudo arbitral no existía una última decisión. Proceso 6-92, demanda presentada el 15 de abril de 1992, y con sentencia favorable a la compañía en 2007, pero con imprecisiones. Un mayor detalle de estos procesos se encuentra en los párrafos 150-156, de *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra la República del Ecuador*, Lauda Parcial bajo las reglas de la

años, lo que llevó a Chevron a demandar internacionalmente, bajo las reglas arbitrales de la UNCITRAL, en 2006 al Ecuador por incumplimiento de sus obligaciones referentes al trato de inversiones.

Los accionantes fundamentaron su acción en una serie de incumplimientos del Tratado de Protección de Inversiones entre los EUA y la República del Ecuador.<sup>199</sup> Entre ellos, se alega expresamente el incumplimiento del art. II [3] del TIB, el cual contiene el trato justo y equitativo. El incumplimiento de este estándar es argumentado utilizando una concepción amplia del mismo, justificado primero en la demora sin justificación por más de trece años entre la fecha en que las correspondientes demandas fueron presentadas, y la obtención de una resolución final de parte de las cortes ecuatorianas, lo que a criterio de la compañía quebrantó el trato justo y equitativo. También se argumenta que dicha omisión rompe con las reglas extraídas por otros tribunales arbitrales relacionadas con la seguridad jurídica, es decir, con la falta del Estado receptor de capital de proveer un régimen legal estable y predecible.

Por su parte, Ecuador construyó su defensa sobre la base de una interpretación restrictiva del trato justo y equitativo, y expresamente argumenta que la función es la de incorporar el estándar mínimo internacional y no generar nuevos estándares o reglas relacionadas a las acordadas por las partes.<sup>200</sup> En esta misma línea, el Estado también manifiesta que los argumentos y casos citados por los accionantes no son suficientes para establecer una evolución de ese estándar mínimo internacional hacia las reglas antes citadas, especialmente el de quebrantar las expectativas legítimas del inversor. Sobre este último punto, el Estado expresamente manifiesta que los accionantes no demuestran cuáles fueron sus expectativas legítimas al momento de realizar la inversión.

Sobre el retraso, la defensa del Ecuador asegura que las cortes locales han tenido un problema duradero de congestión de causas y que el inversor perfectamente sabía que un proceso judicial en Ecuador podía durar hasta 20 años.<sup>201</sup> Ecuador también justificó las demoras en la inestabilidad política, especialmente aquella que llevó al país en 2004 a quedarse sin Corte Suprema de Justicia, y las reformas en el sistema judicial. Finalmente, manifiesta que no existe prueba aportada por los demandantes que demuestre mala fe de los jueces locales encargados de los procesos, ni alguna forma en que el gobierno

UNCITRAL, 30 de marzo 2010, en <http://ita.law.uvic.ca/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>, consultado 12 de abril de 2012.

199. Tratado de inversión extranjera con Estados Unidos, RO, Suplemento No. 153, de 25 de noviembre de 2005.

200. Chevron Corporation contra Ecuador..., apdo. 226.

201. *Ibid.*, apdo. 229.

ecuatoriano haya interferido con la justicia,<sup>202</sup> por lo que expresa que no existe fundamento para la alegación de la Chevron.

El Tribunal Arbitral en el presente caso no hace un análisis directo del trato justo y equitativo, a pesar de que fue formulado por las partes, esto porque basó su pronunciamiento en un artículo expreso del TBI, que simplifica la labor argumentativa en la redacción del laudo. Esta norma es el art. II [7] que prescribe: «Cada Parte establecerá medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a las inversiones, los acuerdos de inversión y las autorizaciones de inversión».<sup>203</sup>

En relación a esta norma, el tribunal expresa que la misma se constituye en un estándar independiente, al que denomina medios eficaces,<sup>204</sup> y específica que contiene una obligación propia diferente a las contenidas en los estándares de protección del mismo TBI, por lo que otorga a esta norma la categoría de ley especial. También da a esta norma el carácter de norma positiva y manifiesta: «la obligación del art. II [7] se establece como una obligación positiva del Estado anfitrión, en contraposición a la obligación negativa de no interferir en el funcionamiento de esos medios».<sup>205</sup> El otorgarle a esta norma la calidad de positiva, implica que el argumento de que el Gobierno no ha interferido en la actuación de los jueces locales o el que estos no hayan actuado de mala fe, no tiene ninguna relevancia, ya que para la construcción de este análisis, la importancia radica en las acciones del Estado como tal, y no en lo que no ha hecho.

Partiendo de este razonamiento, resulta entonces relevante para el Tribunal que las diferentes demandas fueron introducidas en el sistema judicial ecuatoriano pero estas no fueron resueltas, al menos hasta el inicio del proceso arbitral, lo que constituye su primera premisa. La tardanza no puede ser justificada y claramente manifiesta que «ni la complejidad de los casos ni el comportamiento de los demandantes justifica esta demora».<sup>206</sup> Para juzgar la complejidad de los casos en relación al tiempo, el Tribunal otorga especial importancia a la diferencia entre los autos para sentencia y la fecha de resolución, ya que este tipo de providencia es entendido como el momento en el que el juez notifica a las partes que se encuentra listo para arribar a una solución. Tampoco es considerado el argumento ecuatoriano de inestabilidad política, ya que este factor a criterio del tribunal no justifica el período entre 13 a 15 años en los que no hubo un pronunciamiento de las cortes locales. El tribunal manifestó:

202. *Ibid.*

203. Art. II [7], TBI Ecuador-Estados Unidos.

204. Traducción personal del apdo. 242, Chevron Texaco contra Ecuador, laudo, 30 de marzo de 2010.

205. Traducción personal del apdo. 248, *op. cit.*

206. Traducción personal. Chevron Corporation contra Ecuador..., apdo. 254.

«Trece años es un período significativo, pero el Tribunal no encuentra que un específico retraso por sí solo resulte en un automático incumplimiento al art. II [7] del BIT. El Tribunal debe también considerar evidencia relacionada con los 13 o más años de retraso en cada uno de los siete casos [...]».<sup>207</sup>

Por lo que al no encontrar una razón en los procesos internos señalados para el retraso en llegar a una resolución, encuentra un incumplimiento al art. II [7], con la consecuente responsabilidad para Ecuador de responder por esto. Sin embargo no realiza un pronunciamiento concreto sobre si todo lo antes relatado, constituye o no parte del *trato justo y equitativo* o si este fue incumplido. En primera instancia, se puede pensar que las reglas creadas por el Tribunal, en especial la de *medios adecuados*, provienen exclusivamente de la interpretación art. II [7] del TBI; sin embargo, el punto 4 de las Decisiones únicamente manifiesta que el tribunal no decidirá sobre los otros reclamos de incumplimientos, ya que ninguno de estos genera reparación adicional a la ya establecida.

### ***Burlington Resources Inc. contra Ecuador***

Finalmente como parte de este análisis sobre la experiencia del Ecuador frente al trato justo y equitativo, es necesario mencionar el presente proceso, no ha existido un laudo definitivo, pero sí una decisión sobre jurisdicción. Este proceso tiene como antecedente los conflictos generados por la aplicación de la denominada Ley 42 que gravaba los ingresos de los excedentes petroleros. Sobre una parte de los reclamos por violaciones al trato justo y equitativo, directamente relacionados con la aplicación de la Ley 42, el tribunal se declara como no competente, al tratarse de materia impositiva.

Para efectos de determinar si esta Ley 42 trata sobre materias impositivas, el Tribunal parte del razonamiento de que el Tratado Bilateral de Protección de inversiones entre los EUA y Ecuador se rige por el derecho internacional y no por los derechos nacionales de las partes contratantes, por lo tanto el tribunal consideró oportuno evaluar si la Ley 42 podía ser considerada un tributo frente al derecho internacional<sup>208</sup> sin importar que constituya o no un tributo para la ley ecuatoriana. Siguiendo su razonamiento, el tribunal acude a la definición aportada en el caso EnCana y establece que la Ley 42 se enmarca en la definición de tributo en el marco del derecho internacional, a pesar que la

207. *Ibid.*

208. Laudo 2 de junio de 2010, Burlington Resources Inc. C. República del Ecuador, caso CIADI No. ARB/08/5, apdo. 162.

misma pueda no ser concebida como tal en el derecho ecuatoriano. El pronunciamiento del tribunal fue el siguiente:

En primer lugar, la Ley 42 es, tal como su propio nombre lo indica, una ley. En segundo lugar, esa ley impone una obligación a una «clase de personas», a saber, las compañías contratistas que mantienen CP vigentes con Ecuador siempre que el precio actual prevalente del petróleo exceda un precio de referencia prestablecido. En tercer lugar, de acuerdo con esta obligación, esta «clase de personas» debe pagar dinero al Estado mensualmente. En cuarto y último lugar, el Estado dispone del dinero así recaudado para sus fines públicos. Tal como Ecuador indicó, el dinero recaudado bajo la Ley 42 va «directamente al Estado... forman parte de los impuestos que entran en la cuenta única del Banco Central de la República» [Tr. 38:2-5]. El Tribunal advierte además que Burlington pagó el dinero adeudado bajo la Ley 42 mediante el mismo Consorcio Fiscal que es responsable por el impuesto a las ganancias en los Bloques 7 y 21.<sup>209</sup>

El uso en este caso de interpretaciones realizadas en otros casos en los que el Ecuador ha sido demandado, permite establecer de una línea de jurisprudencia que establece principalmente la exclusión de asuntos tributarios de la esfera del trato justo y equitativo, con excepción del caso Occidental donde se utilizó una interpretación amplia y utilizando todo el contexto del Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados.

209. Burlington contra Ecuador..., apdo. 166.



## CAPÍTULO IV

# Perspectivas del trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones

Las perspectivas futuras del estándar se enmarcan dentro de la evolución del derecho internacional de inversiones, el mismo que sigue desarrollándose desde la construcción de tratados bilaterales o regionales y donde no existen expectativas, a corto o mediano plazo, de la creación de un acuerdo multilateral que unifique los principios y reglas que se encuentran dispersos en muchísimos tratados bilaterales.

Por otro lado, existe una creciente resistencia de países en vías de desarrollo hacia el actual régimen internacional de inversiones. Especialmente, en América Latina existe un grupo de países que pretende alejarse de este régimen: Bolivia, Venezuela, Argentina y Ecuador han ido alejándose del régimen establecido, a través de diferentes medidas.

Bolivia y Venezuela han denunciado el tratado constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversiones, CIADI, el mismo que es visto por los gobernantes de estos dos Estados como un mecanismo de solución de controversias que defiende los intereses de capitales privados y que coarta la soberanía de los países. Ecuador por su parte, ha ido incluso más lejos ya que en su nueva Constitución en el año 2008, introdujo un artículo que limita el arbitraje internacional en materia comercial, cuando el Estado es parte contractual y en materia de inversiones. Finalmente Argentina, en los últimos años ha retomado prácticas de nacionalización de capitales extranjeros cuando mediante una ley expropió el paquete mayoritario de la compañía española Repsol, aduciendo responsabilidad del inversor en la falta de inversión en el sector petrolero y la consecuente afectación del bien público.

### LA LIMITACIÓN DE ARBITRAJES EXTRANJEROS EN ECUADOR

Un Estado que se ha movido dentro de una tendencia defensiva del régimen global de inversiones ha sido precisamente el Ecuador, el mismo que ha denunciado la totalidad de sus TBI previo la emisión de dictámenes de la Corte Constitucional ecuatoriana. El antecedente a la salida de este régimen

de tratados es la Constitución ecuatoriana del año 2008, que en su art. 422, incorpora el siguiente texto:

Art. 422. No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.<sup>210</sup>

Por la interpretación de este texto, se puede inferir la intención del constituyente de prohibir los arbitrajes Estado-inversor, dejando como salvedad las que «establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica», lo cual abre un abanico de interrogantes sobre la implementación de este artículo, en especial si su alcance se limita únicamente a las controversias *contractuales o de índole comercial* o si también involucra las obligaciones internacionales sobre el trato a extranjeros contenidas, incluyendo el trato justo y equitativo. Eric Gillman, efectúa el siguiente análisis sobre la primera interrogante:

Como se ha visto en la primera frase del art. 422, Ecuador ya no podría firmar tratados u otros instrumentos que permitiesen el arbitraje inversionista-Estado en controversias contractuales o comerciales. Aunque a primera vista esto puede parecer para cubrir el universo de los reclamos de un inversionista contra Ecuador, una lectura más cuidadosa puede cuestionar dicha evaluación. Esto se debe a que existe otra categoría de los reclamos de un inversionista puede poner bajo un tratado bilateral: las derivadas de las obligaciones del tratado. Como se observa en casi todas las demanda presentada contra Ecuador, los inversores extranjeros efectúan reclamos por tratados junto con contractuales y muchas veces los reclamos son únicamente por incumplimiento de tratados. Estos incluyen reclamos por incumplimiento de un trato justo y equitativo, la no discriminación, la expropiación, y el tratamiento mínimo internacional.<sup>211</sup>

210. Constitución del Ecuador, art. 422.

211. Traducción personal del inglés, cuyo texto original es: «As seen in the first sentence of Article 422, Ecuador may no longer sign treaties or other instruments that permit investor-state arbitration over contractual or commercial controversies. While at first glance this may seem to cover the universe of claims an investor would bring against Ecuador, a more careful read-

Se puede establecer que la prohibición contenida en el art. 422 está dirigida a controversias contractuales. Como se ha analizado, existe una diferencia entre responsabilidad contractual y responsabilidad internacional del Estado, la cual fue tratada por el Tribunal de *Duke Energy* contra Ecuador, analizado en líneas anteriores. Por lo tanto, esta diferencia en las clases de responsabilidades no fue tomada en cuenta por los constituyentes en la redacción del art. 422, ya que la misma fue motivada por razones políticas<sup>212</sup> más que jurídicas.

La segunda interrogante que plantea esta disposición constitucional es la situación de las obligaciones ya adquiridas, entre ellas el trato justo y equitativo, en los tratados celebrados antes de la entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana. Sobre este punto, Jijón y Robalino exponían el criterio de que los Tratados celebrados eran efectivos y con esto la obligación para someterse a arbitraje internacional y que la disposición se limita a nuevos tratados.<sup>213</sup> En esta misma línea César Montaña, manifiesta lo siguiente:

Según se mira, el art. 422 contiene en inicio una prohibición para el futuro, por lo que aparentemente los tratados suscritos por Ecuador y en vigencia antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución, que contemplan el mecanismo arbitral para la solución de conflictos, tendrían plena validez y eficacia jurídicas; si no es ese el sentido correcto de la interpretación, cabría que alguien entienda que el Estado ecuatoriano unilateralmente ha desconocido sus obligaciones internacionales en este campo, por lo que habría que denunciar o renegociar tales instrumentos internacionales.<sup>214</sup>

ing clouds this assessment. This is because there is another category of claims an investor can bring under a BIT: those arising from treaty obligations. As seen in nearly every suit brought against Ecuador, foreign investors include treaty claims alongside contractual and/or commercial claims, and may opt to raise solely treaty claims. These include claims for breach of fair and equitable treatment, non-discrimination, expropriation, and minimum treatment. Whether or not the drafters of Article 422 intended to prohibit treaty claims, the question of whether they can rests with the interpretive power of an Ecuadorian court», Eric Gillman, «The end of investor-state arbitration in Ecuador? An analysis of article 422 of the Constitution of 2008», en *The Review of International Arbitration*, vol. 19, No. 2, Washington & Lee Law School, 2008, p. 267.

212. María Augusta Calle, presidenta de la Mesa No. 9, redactora del proyecto del art. 422, en su discurso ante el pleno, afirmó «tajantemente que el articulado responde a la ideología de la mayoría», declaraciones recogidas por la página oficial de la Asamblea en <[http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&task=view&id=9407](http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=9407)>, consultado el 2 de abril de 2012.
213. Traducción personal de: Rodrigo Jijón y Javier Robalino, «National and International Arbitration in Ecuador», en *The Arbitration Review of The Americas 2009*, Londres, Law Business Research Limited, 2008, p. 44.
214. César Montaña Galarza, «Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución», en *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009, p. 365.

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció sobre el art. 422, luego de que el Presidente de la República del Ecuador solicitara, mediante Oficio No.t.4766-SNJ-10-21 de 6 de enero de 2010, dictamen favorable para la denuncia de 13 acuerdos bilaterales suscritos por Ecuador. En particular, serán objeto del presente análisis los pronunciamientos de la Corte sobre los TBI suscritos con el Reino Unido y con Alemania.<sup>215</sup>

En relación al dictamen sobre la constitucionalidad del TBI suscrito entre Reino Unido y Ecuador, este no aporta mayormente en el razonamiento de las interrogantes planteadas sobre el trato justo y equitativo, ya que en la fundamentación del mismo se esbozan argumentos sobre todo políticos. En todo caso, en el análisis que se efectúa sobre el art. 422, la Corte parafrasea el texto e infiere: «La expresa prohibición de celebrar convenios o tratados internacionales en los que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o comerciales».<sup>216</sup> Sin embargo, la Corte no realiza un análisis sobre si esta prohibición que se establece para controversias contractuales o comerciales, también abarca a las obligaciones internacionales como el trato justo y equitativo y finalmente concluye indicando que: «el contenido de los art. 8 y 9 del Convenio entre Ecuador y el Reino Unido [...] somete al Ecuador a un Tribunal Arbitral ad hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista [...] lo que implica renunciar a la Jurisdicción del Estado».<sup>217</sup>

En el dictamen sobre el Tratado Bilateral de Inversiones con Alemania, la Corte realiza un análisis más pormenorizado del Tratado, y a diferencia del dictamen con el Reino Unido, procede a realizar un análisis de todos los artículos del mismo y a cotejarlos con la Constitución. Este análisis detallado responde de mejor manera las interrogantes propuestas. En relación al alcance de la prohibición contenida con en el art. 422, la Corte manifiesta:

Como podemos observar y conforme se desprende del informe aprobado por el pleno de la Corte Constitucional [...] el presente instrumento se encasilla dentro de las causales contempladas en el art. 419 de la Constitución [...] ya que compromete al país en acuerdos de integración y comercio. Al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial, como es la de las inversiones.<sup>218</sup>

215. Estas sentencias fueron publicadas en el Registro Oficial, Suplemento No. 249 de 3 de agosto de 2010.

216. Dictamen Corte Constitucional en el caso 008-10-TI publicado en el Registro Oficial, Suplemento. No. 249.

217. Dictamen Corte Constitucional... RO, Suplemento No. 249, p. 24.

218. Dictamen Corte Constitucional en el caso 006-10-TI, en RO, Suplemento No. 249, de 3 de agosto de 2010, p. 46.

Por lo tanto, la Corte relaciona las ideas de comercio e inversión, aunque no realiza un análisis diferenciando obligaciones internacionales y contractuales. En todo caso, al analizar todo el contenido del Tratado Bilateral de Inversiones, la Corte realiza un estudio del artículo que contiene al trato justo y equitativo<sup>219</sup> y se pronuncia sobre constitucionalidad de la siguiente manera:

Del análisis de este artículo se puede evidenciar que las disposiciones contenidas se enmarcan dentro de los preceptos establecidos en el art. 284, numeral 8 de la Constitución de la República que consagra como objetivos de la política económica propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes, el artículo 339 de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras y el art. 416, numeral 12, *ibídem*, que determina entre las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional el fomentar un nuevo Sistema de Comercio e Inversión entre los Estados que se sustente en la justicia la solidaridad la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo transparente y equitativo. Por lo tanto este artículo 2 [...] guarda armonía con la Constitución de la República.<sup>220</sup>

Si bien la Corte no analiza directamente el trato justo y equitativo, al referirse al artículo que lo contiene, determina que el mismo no está en contradicción con el marco constitucional vigente, es más, desarrolla varias conexiones con el mismo. Por ejemplo, se destacan el art. 339, donde se establece el mandato del Estado a promover la inversión. Se puede concluir que los estándares contenidos en los tratados, entre ellos el trato justo y equitativo, no estarían en contradicción directa con la norma fundamental. La Corte, a diferencia del pronunciamiento con el Reino Unido, llega a la conclusión «que no es menester denunciar todo el tratado, sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional».<sup>221</sup> Lo cual guardaría cierto sentido, ya que si únicamente la solución de controversias del TBI es objeto de conflicto con la Constitución, se debería buscar armonizar este artículo y no la totalidad del Tratado.

En este contexto el futuro del trato justo y equitativo en las obligaciones del Ecuador, está ligado al tratado que lo contiene. Las normas pertinentes de la Convención de Viena, concretamente su art. 56 que determina que: «Un tra-

219. Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones, suscrito el 21 de marzo de 1996, Codificación publicada en el RO, Suplemento No. 153, de 25 de noviembre de 2005.

220. Dictamen Corte Constitucional caso No.0006-10-TI..., RO, Suplemento No. 249, de 3 de agosto de 2010, p. 55.

221. *Ibid.*, p. 61.

tado que no contenga disposiciones sobre su terminación ni prevea la denuncia o el retiro del mismo, no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro: o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado».<sup>222</sup> Lo que significa que la posibilidad de denuncia debe estar contemplada en el propio tratado, con excepción de los casos establecidos en la propia convención. Según Pedro P. Camargo, «Los tratados bilaterales, salvo los de límites, contienen, por lo general, la cláusula de denuncia. La denuncia tiene por objeto preservar el derecho de los Estados a desligarse en cualquier momento de sus obligaciones convencionales internacionales».<sup>223</sup>

Se puede concluir que para que exista una denuncia, esta debe estar contemplada en el propio tratado y ceñirse a sus normas. Los diferentes tratados bilaterales de inversiones que el Ecuador denunciará, tienen disposiciones expresas sobre el tiempo de vigencia luego de su terminación, dejando un lapso que varía entre 10 a 20 años de vigencia de las obligaciones del tratado. En el caso del Tratado Bilateral de Inversiones con Reino Unido, sobre su terminación incorpora el siguiente texto:

Este convenio permanecerá vigente por un período de diez años. De ahí en adelante deberá seguir vigente hasta pasados doce meses desde la fecha en la que cualquiera de las partes contratantes haya dado notificación por escrito a la otra de su terminación, disponiéndose sin embargo que, con relación a las inversiones efectuadas mientras está vigente el convenio, sus disposiciones seguirán vigentes con respecto a dichas inversiones por un período de veinte años después de la fecha de terminación, sin perjuicio de la aplicación posterior de las reglas del derecho internacional.<sup>224</sup>

Por lo tanto, la denuncia del tratado tiene que ceñirse a las normas de la Convención de Viena, las cuales forman parte del derecho internacional que el Ecuador ha determinado como norma de conducta. En este sentido, la denuncia se debería enmarcar en el propio tratado. En el texto citado se especifica una protección de 20 años para las inversiones efectuadas, donde las obligaciones y disposiciones estarían vigentes, incluyendo los convenios arbitrales y el trato justo y equitativo.

Una interrogante que queda latente es la situación de futuras inversiones que se realicen luego de la denuncia de TBI expuesta. En este sentido es importante destacar lo establecido en la propia Constitución que determina

222. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 56.

223. Pedro Pablo Camargo, *Tratado de derecho internacional público*, Bogotá, Leyer., 2004, p. 465.

224. Tratado de Protección de Inversiones entre Reino Unido y Ecuador, art. 14.

que el Estado ecuatoriano «Reconoce al derecho internacional como norma de conducta».<sup>225</sup> Por lo tanto, al reconocer el derecho internacional, se están reconociendo a todas sus fuentes, no solo a los tratados sino también a la costumbre, en la que sin lugar a dudas existe un mínimo trato que sería reconocido por Ecuador. Como ya se mencionó, el establecer la presencia del trato justo y equitativo a través de la costumbre no es tan sencillo, ya que por la misma diversidad de redacciones, sería difícil encontrar los elementos de *opinio juris*, para que el estándar sea vinculante. En todo caso, alguno de los elementos encontrados en el trato justo y equitativo, se pudieran encontrar a través de la costumbre, específicamente el debido proceso y el acceso a la justicia.

### *Teoría de la elección racional*

La intencionalidad de la Constitución está firmemente encaminada hacia la integración de América Latina, lo cual es claramente especificado en varios pasajes de la Constitución, y concretamente en el art. 422, donde como excepción a la prohibición de arbitrajes internacionales, claramente se instituyen a los medios establecidos para solucionar disputas con ciudadanos de Latinoamérica. Esta apertura por parte del Estado ecuatoriano hacia la integración manifestada en la redacción de su norma fundamental, solo tendrá viabilidad en el futuro si es acogida por la región, y los demás países que forman parte de la misma, adoptando medidas similares frente a terceros Estados e impulsando mecanismos alternativos para la inversión intra y extrarregión. Si esto acontece, los beneficios para Ecuador serían grandes, ya que ganaría fuerza geopolítica que le permitiría plantear y negociar nuevos modelos de normas internacionales para regular la inversión extranjera. Sin embargo, no queda claro hasta qué punto los países de la región asumirán compromisos tan profundos hacia la integración, como el caso ecuatoriano, en cuyo ámbito constitucional se ha insertado esta prohibición.

Dentro del análisis de comportamientos futuros de los Estados en la creación de normas se ha incorporado la teoría de la elección racional, que justamente busca explicar el nacimiento y extinción de normas jurídicas partiendo de las teorías una vez diseñadas únicamente para explicar las decisiones de individuos. El uso de esta herramienta dentro del análisis del derecho y no de otras ciencias como las relaciones internacionales y la política internacional, ha sido justificado por varios tratadistas.<sup>226</sup>

225. Constitución de la República del Ecuador, art. 416.9.

226. Goldsmith y Posner, justifican la inclusión de esta herramienta, dentro del análisis del derecho internacional, de la siguiente manera: «Our Theory of International law assumes that sta-

En concreto, existe un elemento de análisis que ha sido incorporado, para analizar tendencias, especialmente dentro del derecho internacional económico, como lo es el dilema del prisionero, la cual puede resumirse de la siguiente forma:

Dos personas han sido acusadas de haber cometido un delito. Están siendo interrogadas en habitaciones separadas de modo tal que no pueden comunicarse entre sí. Si ninguna de ellas confiesa, ambas recibirán una pena leve de, digamos, dos meses en prisión. Si ambas confiesan y se incriminan mutuamente, recibirán una pena mayor de, digamos tres meses en prisión. Finalmente, si solo una de ellas confiesa incriminando a la otra, la parte que confiesa recibirá la más baja sanción [un mes]. Y la otra persona la más grave sanción [cuatro meses]. Los acusados no pueden comunicarse entre sí. No respetan principio moral alguno. Cada jugador solo desea seguir una estrategia que le otorgue el mayor beneficio posible sin importar cual sea el comportamiento de la otra parte [...]. La interacción estratégica del dilema del prisionero otorga a ambos jugadores el incentivo a no cooperar con el otro. Esto, es a confesar el delito e incriminar al otro jugador. Ello es así porque si un jugador decide cooperar con el otro, negando la participación en el delito en cuestión, correría el riesgo de ser enviado a prisión por el más largo período posible si la otra confesara.<sup>227</sup>

El dilema del prisionero se resume a las opciones de dos sujetos aislados, entre cooperar o no cooperar entre sí y donde el mayor beneficio radica en cooperar con el otro sujeto, pero las partes usualmente eligen simplemente no cooperar y minimizar el riesgo. Este modelo de análisis es utilizado por Baistrocchi,<sup>228</sup> para explicar el surgimiento y desarrollo del sistema de tributación internacional. El mencionado autor explica que «el sistema de tributación internacional es una solución posible de problemas estratégicos en la división de la base imponible internacional»,<sup>229</sup> planteado en tres escenarios: a) entre

tes act rationally to maximize their interest. This Assumption incorporates standard premises of rational choice theory: the preferences about outcomes embedded in the state interest are consistent, complete, and transitive. But we do not claim that the axioms of rational choice accurately represent the decision-making process of a «state» in all its complexity, or that rational choice theory can provide the basis for fine-grained predictions about international behavior. Rather, we use rational choice theory pragmatically as a tool to organize our ideas and intuitions and to clarify assumptions. No theory predicts all phenomena with perfect accuracy. And we do not deny that states sometimes act irrationally because their leaders make mistakes, because of institutional failures and so forth», en Jack L. Goldsmith y Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Londres, Oxford University Press, 2005, p. 7.

227. Eduardo Baistrocchi, «La estructura del sistema de tributación internacional: Algunas cuestiones conceptuales», en Eduardo Baistrocchi, *Litigios de precios de transferencia: Teoría y práctica*, Buenos Aires, LexisNexis, 2008, p. 61.

228. *Ibid.*, p. 26.

229. *Ibid.*

países desarrollados; b) entre países en desarrollo y c) entre las relaciones entre los anteriores. De estos, nos interesa el segundo grupo, donde Baistrocchi, parte de la situación estratégica en la que se ven confrontados países en desarrollo para captar mayor cantidad de inversión de países desarrollados en sus territorios. Bajo este supuesto, cooperar entre sí significa no incurrir en competencia fiscal dañina.<sup>230</sup>

Sin embargo, si uno de los Estados, coopera y el otro no, significaría el peor escenario posible para el Estado que eligió cooperar.<sup>231</sup> Esta situación estratégica genera la necesidad de que ninguno de los dos coopere entre sí lo que influye a la creación de normas internacionales benévolas con países desarrollados.

Este mismo modelo puede ser utilizado para analizar el sistema de protección de inversiones, mediante tratados bilaterales que contienen estándares como el trato justo y equitativo, donde de alguna manera, se produce esta dinámica en el contexto internacional. Bajo ese parámetro, los beneficios para Ecuador al suprimir las normas de protección de inversiones se verían maximizados por el hecho de que otros *jugadores* –léase Estados de Latinoamérica–, adopten políticas similares en contra de los arbitrajes Estado-inversor, cuando estos sean fuera de la región. Esta maximización de beneficios se produciría al crear un bloque fuerte de negociación y posiblemente la configuración de tribunales internacionales que permitan la resolución de conflictos de una manera eficaz.

Sin embargo, si uno o algunos de los Estados *no cooperaran*, es decir, no adoptaran políticas o reformas en contra de los tratados bilaterales de inversiones, estos se verían en una posición de ventaja frente al Ecuador, ya que los mismos representarían un mercado atractivo para la inversión de países desarrollados, al presentar estándares de protección como el trato justo y equitativo y medios conocidos de solución de conflictos, como los arbitrajes Estado-inversor.

Finalmente lo que ha motivado el nacimiento del sistema internacional tributario, como explica Baistrocchi, puede aplicarse al derecho internacional de inversiones ya que en su mayoría los Estados seguirán mayoritariamente celebrando acuerdos bilaterales. Es decir, usualmente los Estados menos desarrollados buscarán *no cooperar* –léase celebrar TBI o adoptar normas internas de fomento a la inversión de países desarrollados– con otros Estados en vías de desarrollo porque en el caso de hacerlo, se expondrían a que los otros Estados no lo hagan, colocándose en una posición de desventaja.

230. Para el autor, un ejemplo de competencia fiscal dañina puede ser un incentivo fiscal limitando a inversores extranjeros.

231. Entendido como no entrar en competencia fiscal dañina ya sea a través de normas internacionales como acuerdos bilaterales o nacionales.

En todo caso, y como los defensores del uso de este tipo de herramientas de análisis dentro del derecho han manifestado, estos modelos no buscan predecir comportamientos de actores, sino simplemente permiten esquematizar el análisis de una situación concreta. En el caso del Ecuador, de no llegar a recibir la cooperación al nivel propuesto por su Constitución por parte de otros países de la región, se vería en la necesidad de buscar mecanismos alternativos para no perder mayor competitividad frente a los demás Estados de la región.

La posible solución para poder romper este dilema del prisionero en la construcción del régimen de derecho internacional de inversiones, esta por lo tanto en la potenciación de estructuras de integración institucionalizadas, lo que permitiría que las posibilidades de negociación varíen para todos los Estados de una región. En Latinoamérica, ya existieron intentos en la construcción de políticas exteriores comunes, concretamente en la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y en el MERCOSUR. En el primer caso, la división política de sus miembros imposibilitó que se negociara conjuntamente un tratado entre bloques con la Unión Europea. En el caso del MERCOSUR, se crearon dos protocolos en materia de inversiones: uno para flujos intrazona y otro con terceros países. Ninguno de estos Protocolos del MERCOSUR ha entrado en vigor ya que deben ser ratificados por todos sus Estados miembros.

## HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN EN EL DERECHO DE INVERSIONES

Es necesario plantear los desafíos de una postura frente al trato justo y equitativo, en la que se incluyan los momentos actuales. Concretamente, dos puntos esenciales: a) el cambio de la concepción en el derecho de inversiones y b) el desarrollo del trato justo y equitativo en este contexto.

En relación con el primer punto, implica un cambio de concepción ya que este régimen ha sido visto como una rama independiente del derecho internacional público cuyo fin es la protección de inversiones. Esta concepción no toma en cuenta que gran parte de este derecho proviene de las normas del derecho internacional público, por lo que su producto no puede dejar de estar en relación con otras normas de esta disciplina, como son el desarrollo sostenible, derechos humanos y derecho ambiental. Lo expuesto significa que los fallos relacionados con conflictos de inversiones, deben tratar de interpretar a las normas de inversiones dentro de un solo sistema internacional. Surya Subedi, al analizar las decisiones tomadas por algunos tribunales arbitrales en contra de Argentina, hace la siguiente reflexión:

Parece que existe cierto malestar por parte de muchos países en desarrollo acerca de la reciente tendencia en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversión. [...] Algunos de los tribunales de inversión han rechazado argumentos basados en la doctrina de la necesidad o interés público legítimo interpuesta por Argentina para defender las medidas de emergencia que tomó en medio de la crisis financiera en el país al final del siglo XX. Por lo tanto, la interrogante si las normas de inversión extranjera deben ser considerado como de protección de la inversión o, más bien se las consideran un derecho inversión extranjera capaz de reconciliarse con otros conceptos existentes y la evolución de los principios del derecho internacional se ha convertido en pertinente.<sup>232</sup>

Dentro de esta perspectiva, el trato justo y equitativo no puede estar exento de una interpretación dentro del propio derecho internacional, contrario a lo que se ha visto en múltiples fallos donde el estándar es parte de una relación en la cual el Estado receptor es el obligado y la otra parte de la inversión, el actor económico, no sea considerado en el análisis de los tribunales arbitrales. Por lo tanto, es necesario que se incluyan elementos claves dentro de la aplicación del trato justo y equitativo, como el comportamiento del inversor en la relación económica, ejemplificado en el razonamiento del Tribunal de Azinian contra México y el posible conflicto entre normas de derechos humanos, donde han existido tribunales como Santa Elena contra Costa Rica,<sup>233</sup> que no han tomado en cuenta como parte de la actuación del Estado, motivaciones de interés público o de protección de los derechos de sus ciudadanos.

Sornarajah, uno de los principales críticos a la concepción amplia del estándar del trato justo y equitativo, realiza el siguiente comentario:

Ahora ¿por qué es que la justicia y la equidad siempre hacen hincapié en la protección del inversor extranjero? ¿No se podría argumentar que es justo y equitativo que el Estado intervenga con empresas que no cumplen estándares de rendición de cuentas? Ya que es obvio que corporaciones que actúan como Enron, traen desastre para la economía del estado anfitrión, ¿no sería justo y equitativo que sus inversiones sean terminadas, especialmente si se toma en cuenta que los Estados que los acogen tienen economías en desarrollo con pocos recursos para controlar la mala conducta de tales corporaciones? ¿No es justo y equitativo que se creen defensas para los Estados en esas situaciones en las que es necesario que haya una regulación en el interés de la economía del país receptor para evitar las amenazas planteadas por la conducta nefasta del inversor que afectan al medio ambiente, la salud, la moral o seguridad del Estado

232. Traducción personal. Surya P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, p. 2.

233. Laudo, Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica, comentado por I. Knoll-Tudor en *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, p. 339.

de acogida o violan los derechos humanos y las normas laborales? [...]. Los días de las tendencias expansionistas y el relleno unilateral de ideas nebulosas como el trato justo y equitativo parecen estar acabando.<sup>234</sup>

En general, se puede concluir que ha existido una reacción de parte de la doctrina, y de ciertos tribunales arbitrales, en contra de una aplicación amplia del estándar, la misma que ha sido alimentada por ciertos descontentos hacia la excesiva protección a los inversores, lo que ha motivado procesos constituyentes como el ecuatoriano.

Sin embargo, es indudable la importancia de las inversiones internacionales en general, las mismas que constituyen parte de las transacciones comerciales que alimentan a las economías de los diferentes Estados, por lo que pretender eliminar todo el marco jurídico internacional de este tipo de transacciones resultaría extremo. Lo único que se busca es adaptar este marco a la realidad contemporánea del derecho internacional en general, el mismo que por su naturaleza es evolutivo y cambiante.

Por último, los Estados deben aprender a asumir una posición más seria en torno al manejo de disputas internacionales, las mismas que deben contar con medios internos y apropiados para su defensa.<sup>235</sup> Esto incluye el salir de la argumentación eufemísticamente ideológica y entrar en una dinámica jurídica de producción de doctrina sobre la materia, que es necesaria para tener un contrapeso académico. Esto significaría verdaderamente el tomar el ejemplo de Carlos Calvo, quien respondió a la diplomacia de los cañones con el desarrollo intelectual de una doctrina que hasta la fecha es objeto de análisis.

234. Traducción personal de M. Sornarajah, «The Fair and Equitable...», p. 181.

235. Tempone, expone la necesidad de contar con dependencias especializadas y permanentes que se encarguen de estas disputas, en Rubén Eduardo Tempone, *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires / Madrid, Ciudad Argentina, 2003, p. 133.

# Conclusiones

El presente trabajo ha pretendido adentrarse en un tema que sin duda alguna ha generado polémica en el debate jurídico en el derecho internacional: el estándar del trato justo y equitativo.

Conforme se ha demostrado, es un tema presente en casi todo litigio de inversiones entre corporaciones y Estados. Especialmente presente en las obligaciones adquiridas por Ecuador en sus diversos acuerdos internacionales, de los cuales se han derivado una serie de litigios ante tribunales arbitrales. A continuación se expresan los puntos más importantes de la investigación realizada.

Conforme a lo manifestado, el derecho de inversiones es quizás la rama dentro del derecho donde más se ha hecho latente una globalización jurídica, representada por el choque de sistemas jurídicos: el *common law* y el sistema continental europeo. Entre estos dos, es clara una preminencia del primero, en muchos aspectos. Tal es así que muchos de los elementos relacionados con el trato justo y equitativo han sido desarrollados desde el punto de vista de la teoría del *standard*, propia del derecho anglosajón, la cual guarda mucha relación con los conceptos indeterminados de tradición continental europea. Sobre estos el principal punto a tener en cuenta radica en que los estándares en el derecho internacional deben ser apreciados en concreto y no en abstracto. En otras palabras, solo la evaluación de un caso concreto hace que una norma estándar cobre vida y pueda ser interpretada.

En relación al estándar del trato justo y equitativo, se ha demostrado que no es una figura nueva, ya que ha estado presente en casi todos los instrumentos internacionales en materia de inversiones desde la posguerra, donde dicha terminología fue utilizada por primera vez en la Carta de la Habana, que buscaba establecer una organización internacional de comercio. Desde este momento, se puede estudiar el avance del trato justo y equitativo desde tres puntos de vista: uno multilateral, otro regional y otro bilateral.

Sobre el primero, por un sin número de razones entre las que se encuentran las constantes pugnas entre Estados exportadores e importadores de capital, los intentos por crear un marco normativo multilateral que regule las inversiones han fracasado sistemáticamente, aunque en los trabajos preparatorios de los mismos, se ha incluido casi universalmente la presencia del trato justo y equitativo. Entre estos intentos y esfuerzos, el que más ha ganado noto-

riedad es el Acuerdo Multilateral de Inversiones, MAI, por sus siglas en inglés, promovido por la OCDE, el mismo que ha sido objeto de estudio por muchos académicos y Estados alrededor del mundo, pero que no ha encontrado el asidero político para su implementación.

Por otra parte, en la esfera regional, el trato justo y equitativo ha estado presente en casi todos los procesos de integración en el ámbito mundial. Así es mencionado, en los protocolos sobre inversión del MERCOSUR, lo cuales no han entrado en vigencia todavía; también se menciona al estándar en el COMESA de África; ASEAN en Asia; pero, principalmente, ha ganado importancia la inclusión del estándar en el TLCAN en América del Norte, porque bajo esta norma se han desarrollado una gran cantidad de litigios relacionados con el estándar. En el caso de la CAN, el estándar no se encuentra presente en ninguna de las tres resoluciones<sup>236</sup> que históricamente han regulado la materia de inversiones en este proceso de integración.

Finalmente es claro que la mayor cantidad de inclusiones del trato justo y equitativo se ha producido en los TBI, principalmente aquellos celebrados en la década de los 90, y que en la actualidad bordean los tres mil.

En relación al contenido del estándar del trato justo y equitativo, existen dos posiciones dentro de la doctrina y los tribunales que lo han analizado: una restrictiva en la que se concibe al trato justo y equitativo como una expresión que no va más lejos que el estándar de trato mínimo de extranjeros del derecho internacional; y, una concepción amplia, que interpreta al trato justo y equitativo como un estándar independiente y que por lo tanto concede una serie de derechos a los inversionistas que van más lejos que el trato mandado por el derecho internacional.

La versión restrictiva, parte de la idea que si bien es una manifestación de la soberanía de los Estados el aceptar o no en su territorio a un extranjero, una vez que lo acepta, está obligado a un mínimo o elemental trato, establecido en el derecho internacional.

La concepción amplia del estándar del trato justo y equitativo establece que es un estándar diferente al mínimo internacional.

Sin embargo, ha resultado altamente controversial determinar cuáles son los elementos que este estándar incorpora, por lo que existe una amplia variedad de criterios tanto de la doctrina como de la jurisprudencia arbitral. En el presente estudio se han analizado estos elementos partiendo de los trabajos sobre el tema de la OCDE, los cuales han brindado cuatro categorías de estudio. Dentro de estas categorías destacan en especial dos elementos que han sido: la denegación de justicia y el respeto a las legítimas expectativas del inversor.

236. Resoluciones 24, 220 y 291 de la Comunidad Andina de Naciones.

Estos dos conceptos provienen del derecho administrativo anglosajón, demostrando nuevamente que en el derecho de inversiones este sistema jurídico ha influenciado en gran medida. En especial se destacan a estos elementos, porque a través de los mismos, las acciones efectuadas por funciones de los Estados que no tienen relación directa con el manejo de relaciones internacionales, pueden acarrear responsabilidad internacional al mismo. En otras palabras, el elemento de la denegación de justicia permite que tribunales aprecien, bajo la óptica del derecho internacional, las actuaciones de la función judicial del Estado receptor; mientras que el respeto a las legítimas expectativas tiene una relación con las actuaciones efectuadas por la función legislativa, quien al promulgar una ley que cambie estructuralmente las expectativas de un inversor puede, de igual forma, incurrir en responsabilidad internacional.

Sobre la denegación de justicia se ha concluido que la misma puede ocurrir por falta de acceso a un órgano que ejerza jurisdicción; por demora en la administración de justicia; y finalmente por una administración de justicia efectuada de forma maliciosa y abusiva. Este último podría significar, que un tribunal arbitral con el pretexto de analizar una resolución judicial en la óptica del derecho internacional para determinar si es maliciosa, realmente acabe revisando el fondo de la misma, transformándose en una suerte de *apelación*, desnaturalizando la voluntad de las partes contratantes de un TBI.

Por otro lado, la violación a las legítimas expectativas del inversor, es el elemento encontrado en la práctica de la jurisprudencia arbitral que más controversia genera, esto debido a que el trato justo y equitativo ha sido utilizado por tribunales arbitrales como una forma mágica de transformar meras expectativas en verdaderos derechos para los inversores y en contrapartida creando obligaciones internacionales para los Estados. Si bien es cierto, que los tratadistas en la materia han afirmado que dichas expectativa solo buscan mantener un previsible marco regulatorio, en el fondo este elemento escapa de lo acordado por las partes de un TBI. De igual forma, un Estado al cambiar su marco jurídico debe hacerlo, no solo pensando en función de los inversores extranjeros, sino también en función de sus ciudadanos y sus derechos básicos. Estas legítimas expectativas, por lo tanto, pueden en algunos casos chocar con la necesidad del Estado anfitrión de regular temas sensibles como derechos humanos y ambientales, y al hacerlo podrían incurrir en responsabilidad internacional.

En el caso del Ecuador, se ha demostrado que el estándar del trato justo y equitativo es parte de sus obligaciones, especialmente partiendo de su fuente convencional, a través de los TBI suscritos con varios Estados. Para el análisis de los mismos y del grado de responsabilidad que generan para el Estado ecuatoriano se utilizaron dos criterios. Por una parte se empleó la esquematización planteada por Tudor sobre el estándar, en la que se clasifican las cláusulas que contienen el trato justo y equitativo en tres grupos:

1. los TBI que mencionan al trato justo y equitativo solo;
2. los que lo vinculan con el derecho internacional, y
3. los que lo vinculan con otros estándares del derecho internacional, especialmente el de trato nacional, nación más favorecida y seguridad y protección plenas. Esta clasificación es fundamental, debido a que el alcance del trato justo y equitativo depende de su forma de redacción.

Por otra parte, el segundo criterio fue el análisis de los preámbulos de los TBI, donde la inclusión del trato justo y equitativo en los mismos potencia al estándar.

Lo expuesto nos permite concluir que el trato justo y equitativo no puede ser analizado como un solo estándar, sino que dependiendo de la forma en la que es incorporado en un tratado puede haber diversos estándares.

Los casos de *Occidental* y *EnCana*, ejemplifican el diferente grado de responsabilidad que ha asumido Ecuador dependiendo del desarrollo del trato justo y equitativo en los diferentes tratados donde es incorporado. Esto debido a que los tribunales que dirimieron dichos conflictos llegaron a resultados diferentes a pesar de que partían de hechos similares, pero de diferentes normas de derecho internacional (TBI).

Esta diversidad de formas de elaboración de cláusulas que contengan el trato justo y equitativo y la gran cantidad de tribunales que han tratado el tema en múltiples ocasiones, generan como resultado un cúmulo de desarticulados fallos en materia de inversiones. Esto sin lugar a dudas, evidencia la necesidad unificar la administración de la justicia internacional en esta materia y de pensar en la posible conformación de una Corte permanente que dirima este tipo de conflictos, que a diferencia del tratado del CIADI, de donde se desprenden una infinidad de tribunales ad hoc, permitiría que se consoliden criterios sobre la interpretación de los distintos tipos de trato justo y equitativo.

Las necesidades actuales tanto de los principales actores económicos como de los Estados receptores de capital, como Ecuador, demandan un equilibrio que viabilice la existencia de un verdadero sistema jurídico que regule las transacciones económicas internacionales. Dicho equilibrio solo podrá alcanzarse si se deja atrás la concepción de un derecho de protección de inversiones y se adopta un concepto de un derecho de inversiones amplio cuyo objeto sea la tutela de los flujos de capitales tomando en cuenta a las dos partes de la relación jurídica: el Estado anfitrión y el inversor.

En especial se deben tomar en cuenta dos aspectos fundamentales: el balance de esta materia con otras ramas del derecho internacional como son el derecho ambiental y derechos humanos; y principalmente que exista una evaluación real del comportamiento de los inversionistas en el Estado anfitrión, para acceder a los beneficios que otorga el trato justo y equitativo.

Es claro que las obligaciones contenidas en los TBI suscritos por Ecuador, entre ellas el de conferir un trato justo y equitativo a los nacionales de otros Estados, continuarán en vigencia por un tiempo, incluso después de producida la denuncia de dichos tratados. Por lo que es posible la existencia de nuevos litigios internacionales que estén relacionados con el trato justo y equitativo, el cual si continúa la tendencia global, sería cada vez interpretado de una forma más restrictiva. En todo caso, es de esperar que nuevos acuerdos comerciales o de inversiones, que llegará a negociar Ecuador, incluyan cláusulas de trato justo y equitativo, especialmente si se toma en cuenta que el estándar en sí no ha sido declarado contrario a la constitución, como aconteció con las disposiciones relativas al arbitraje inversor-Estado.

Por lo tanto, es también necesario que para el manejo de estos temas en Ecuador se deje a un lado la argumentación eufemísticamente ideológica antes criticada y se genere una dinámica jurídica de producción de doctrina en la materia del derecho internacional de inversiones. En el presente caso significa adoptar una posición en la que de aceptarse la introducción del estándar de trato justo y equitativo, únicamente se lo haga bajo un supuesto de interpretación restrictiva, donde no se generen derechos sustanciales indeterminados a favor de los inversores. Esta posición permitirá también manejar posturas coherentes tanto en la defensa del Estado en litigios futuros ante tribunales internacionales, como en las mesas de negociaciones en futuros acuerdos comerciales.



# Bibliografía

- Baistrocchi, Eduardo, *Litigios de precios de transferencia: teoría y práctica*, Buenos Aires, LexisNexis, 2008.
- Blackaby, Nigel, «El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio», en Fabricio Mantilla Espinosa, coord., *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, p. 285-308, 2005.
- Boletín 1064, Aprobados artículos sobre tratados e instrumentos internacionales, Asamblea Constituyente Ecuador, Sala de Prensa José Peralta, 20 de mayo de 2008, Ciudad Alfaro, en *Asamblea Constituyente*, <[http://constituyente.asambleaconacional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&task=view&id=9407](http://constituyente.asambleaconacional.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=9407)>, consultado el 2 de abril de 2012.
- Camargo, Pedro Pablo, *Tratado de derecho internacional público*, Bogotá, Leyer, 2004.
- Cavazos Villanueva, Gabriel, *The Fair And Equitable Treatment Standard International Investment Law: The Mexican Experience*, Saarbrücken, VDM Verlag, 2008.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *World Investment Report 2011*, Ginebra, UNCTAD, 2011.
- Correa, Rodrigo, «Poder judicial y democracia: a rescatar el espíritu del espíritu», SELA, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Oaxaca, 10 al 13 de junio de 2004, en *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=yls\\_sela](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=yls_sela)>, consultado el 5 de abril de 2012.
- Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2006.
- Dolzer, Rudolf, y Christoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- Dumberry, Patrick, «The Quest to Define «Fair and Equitable Treatment» for Investors Under International Law: The Case of the NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards», en *Journal of World Investment*, vol. 3, No. 4, Ginebra, Werner Publishing Company, 2002, p. 657-691, *Social Science Research Network*, <<http://ssrn.com/abstract=1288807>>, consultado el 1 de marzo de 2012.
- Franck, Susan D., «The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions», en *Fordham Law Review*, vol. 73, Nueva York, Fordham University School of Law, p. 1521-1625, 2005, en *Social Science Research Network*, <<http://ssrn.com/abstract=812964>>, consultado el 5 de abril de 2012.
- García San José, Daniel, *El derecho internacional post contemporáneo, un nuevo orden normativo internacional en formación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

- Gillman, Eric, «The end of investor-state arbitration in Ecuador? An analysis of article 422 of the Constitution of 2008», en *The Review of International Arbitration*, vol. 19, No. 2, p. 269-301, Nueva York, 2009.
- Goldsmith, Jack L., y Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Londres, Oxford University Press, 2005.
- Grierson-Weiler, Tood, e Ian Laird, *Standards of Treatment, The Oxford Handbook of International Investment Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- Herdegen, Matthias, *Derecho público internacional*, México DF, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- Jijón, Rodrigo, y Javier Robalino, «National and International Arbitration in Ecuador», en *The Arbitration Review of The Americas 2009*, Londres, Law Business Research Limited, p.46-50, 2008.
- Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México DF, Colofón, 1994.
- Knoll-Tudor, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in The International Law of Foreign Investment*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- «The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms», en Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersmann, edit., *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Nueva York, Londres, Oxford University Press, p. 310-341, 2009.
- MIGA, Article 12. Eligible Investments: [d] In guaranteeing an investment, the Agency shall satisfy itself as to: [iv] the investment conditions in the host country, including the availability of fair and equitable treatment and legal protection for the investment, en MIGA, <[http://www.miga.org/news/index\\_sv.cfm?stid=1506&aid=1347#3](http://www.miga.org/news/index_sv.cfm?stid=1506&aid=1347#3)>, consultado el 1 de abril de 2012.
- Multilateral Investment Guarantee Agency, *2011 World Investment and Political Risk Report*, Washington DC, The International Bank for Reconstruction and Development, 2011.
- Montaño Galarza, César, *Manual de derecho tributario internacional*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional (CEN), 2006.
- «Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución», en *La nueva Constitución del Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar / CEN, p. 353-382, 2009.
- Muchlinski, Peter T., *Multinational Enterprises & The Law*, Londres, Oxford University Press, 2007.
- Murphy, Sean D., *Principles of International Law*, St. Paul, Concise Hornbooks, 2006.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, *International Investment Law: A Changing Landscape A Companion Volume to International Investment Perspectives*, París, OCDE Publishing, 2005.
- Ortino, Federico, et al., *Investment Treaty Law Current Issues*, Londres, British Institute of International Comparative Law, 2007.
- Pound, Roscoe, *El espíritu del «Common Law»*, Barcelona, Bosch, 1954.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, XXII ed., Madrid, Espasa Libros, 2011, en <<http://www.rae.es/rae.html>>, consultado el 1 de julio de 2008.
- Reinisch, August, *Standards of Investment Protection*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

- Restrepo Uribe, Esteban, «Mecanismos multilaterales de protección [MIGA, ICSID] y OPIC», en Philippe De Lombaerde, coord., *La inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, p. 3-30, 1997.
- Salacuse, Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, Londres, Oxford University Press, 2010.
- Salgado Peñaherrera, Germánico, *El Grupo Andino y la inversión extranjera: las líneas básicas de una política regional en relación con la empresa transnacional*, Quito, s.e., 1972.
- Sánchez Mussi, Adriana, *International Minimum Standard of Treatment*, Georgetown, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2008, en <<http://asdp.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>>, consultado el 1 de abril 2012.
- Schill, Stephan W., *The Multilateralization of International Investment Law*, Londres, Cambridge University Press, 2009.
- Schreurer, Christoph, *Investment Treaty Law Current Issues II*, Londres, The British Institute of International and Comparative Law, 2007.
- Schwarzenberger, Georg, *International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1957.
- *The Principles and Standard of International Economic Law*, Leiden, A. W. Sijthoff, 1966.
- *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law On Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Subedi, Surya P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2008.
- Tempone, Rubén Eduardo, *Protección de inversiones extranjeras*, Buenos Aires / Madrid, Ciudad Argentina, 2003.
- Tredinnick, Felipe, *Derecho internacional público y relaciones internacionales*, La Paz, Verner Guttentag, 3a. ed., 2000.
- Troya, José Vicente, *Derecho internacional tributario*, Quito, CEN, 1990.
- Uckmar, Victor, *Impuestos sobre el comercio internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 2003.
- Van Themmat, Pieter Verloren, *The Changing Structure of International Economic Law*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1981.
- Vandevelde, Kenneth J., *Bilateral Investment Treaties. History, Policy and Interpretation*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- Von Ihering, Rudolph, *Abreviatura del espíritu del derecho romano*, trad. por Fernando Vela, Madrid, Revista de Occidental, 2a. ed., 1962.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2005.
- Zuleta Jaramillo, Eduardo, «El arbitraje de inversión en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos», en Fernando Mantilla Serrano, coord., *Arbitraje Internacional, Tensiones actuales*, Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, p. 109-156, 2007.

## Leyes nacionales

Codificación Código Civil, Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005.  
Constitución de la República de Ecuador.

- Constitución Política del Perú, en *Tribunal Constitucional del Perú*, <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>, consultado 8 de abril de 2012.
- Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, en RO, Suplemento No. 257, Quito, 25 de abril de 2006.
- Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Aplicación de la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, 11 de julio de 2006, RO, Suplemento 312, Quito, 13 de julio de 2006.

### **Laudos arbitrales de tribunales ad hoc de casos de inversiones**

- Azurix Corp. contra la República Argentina, caso CIADI No. ARB/01/12, laudo, 14 de julio de 2006, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurixlaudo.pdf>>, consultado el 7 de abril de 2012.
- Burlington Resources Inc. C. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5. Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, en *International Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0107.pdf>>, consultado el 1 de marzo de 2013.
- Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company contra República del Ecuador, Laudo Parcial de Méritos, laudo, 30 de marzo de 2010, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>>, consultado el 1 de abril de 2012.
- EnCana Corporation contra la República del Ecuador, laudo de 3 de febrero de 2006, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://italaw.com/documents/EncanaAwardSpanish.pdf>>, consultado 8 de abril de 2012.
- Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. contra la República del Ecuador, laudo de 18 de agosto de 2008, CIADI No. ARB/04/19, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://italaw.com/documents/DukeEcuadorAwardSpanish\\_001.pdf](http://italaw.com/documents/DukeEcuadorAwardSpanish_001.pdf)>, consultado 11 de abril de 2012.
- Generation Ukraine, INC. contra Ukraine caso No. ARB/00/9, laudo de 16 de septiembre de 2003, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://ita.law.uvic.ca/documents/GenerationUkraine\\_000.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/GenerationUkraine_000.pdf)>, consultado el 12 de abril de 2012.
- M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc.c. República del Ecuador, Caso CIADI NO. ARB/03/6, laudo 31 de julio de 2007, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0501.pdf>>, consultado 11 de abril de 2012.
- Metalclad Corporation contra Estados Unidos Mexicanos, caso CIADI No. Arb [af]/97/1, laudo de 30 de agosto de 2000, en *Investment Treaty Arbitration* <<http://ita.law.uvic.ca/documents/MetalcladAward-Spanish.pdf>>. Consultado el 6 de abril de 2012.
- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile», ICSID Case No. ARB/01/7 laudo de 25 de mayo de 2004, en *The World Bank*, <<http://icsid.worldbank.org/ICSID>>, consultado 1 de abril de 2012.
- Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador, 1 de julio de 2004, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://italaw.com/documents/Oxy-EcuadorFinalAward\\_001.pdf](http://italaw.com/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf)>, consultado el 13 de abril de 2012.
- Pope & Talbot Inc. contra el gobierno de Canadá, laudo de 10 de abril de 2001, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0678.pdf>>, consultado el 1 de marzo de 2013.

- Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca contra los Estados Unidos Mexicanos, CIADI, num. ARB[AF]/97/2, Laudo arbitral 1 de noviembre de 1999, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC544\\_Sp&caseId=C156](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC544_Sp&caseId=C156)>, consultado el 1 de marzo de 2013.
- Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos, caso No. ARB (AF)/00/2 CIADI, laudo 29 de mayo de 2003, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>>, consultado el 1 marzo de 2013.
- The Loewen Group Inc. and Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de Norteamérica, laudo de 26 de junio de 2003, CIADI No. ARB(AF)/98/3, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>>, consultado el 5 de abril de 2012.
- Thunderbird Gaming Corporation Claimant en contra de Los Estados Unidos Mexicanos, del 26 de enero 2006, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>>, consultado el 2 de marzo de 2013.
- Waste Management, Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos, de 30 de abril de 2004 CIADI No. ARB(AF)/00/3, en *Investment Treaty Arbitration*, <[http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo\\_ingles.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf)>, consultado el 1 de marzo de 2013.

### Normas Comunidad Andina

- Acuerdo de Cartagena, Decisión 291, Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, Decisión del Acuerdo de Cartagena 291, 12 de marzo de 1991, RO, Suplemento 682, Quito, 13 de mayo de 1991.
- Comunidad Andina, Decisión 24, Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, Decisión del Acuerdo de Cartagena 24, Lima, 31 de diciembre de 1970, *Comunidad Andina* <[http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c\\_Newdocs.asp?GruDoc=07](http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07)>, consultado el 7 de abril de 2012.

### Sentencias de cortes internacionales

- Corte Internacional de Justicia, «Sumario del Caso Barcelona Traction Light and Power Company Ltd. Segunda fase», Madrid, 5 de febrero de 1970, en *dipublico.com.a*, <<http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/45.pdf>>, consultado el 1 de junio de 2008.

### Sentencias de cortes nacionales

- Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, «Recurso de casación», Primera Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de casación del 11 de julio de 2002, Serie 17, en *Gaceta Judicial*, No. 11, en *Lexis.*, <[www.lexis.com.ec](http://www.lexis.com.ec)>, consultado el 12 de junio de 2012.
- Corte Suprema de los EUA «Sumitomo Shoji America, Inc. v. Avagliano, vol. 457, U. S. 176, Washington DC, 1982, en *Justia.com, US Supreme Court Center*, <<http://su>

- preme.justia.com/us/457/176/>, consultado el 1 de abril de 2012.
- Dictamen Corte Constitucional No. 020-10-DTI-CC en el caso 008-10-TI, en RO, Suplemento 249, Quito, 3 de agosto de 2010.
- Dictamen Corte Constitucional No. 021-10-DTI-CC en el caso 016-09-TI, en RO, Suplemento 249, Quito, 3 de agosto de 2010.
- Dictamen Corte Constitucional No. 023-10-DTI-CC en el caso 006-10-TI, en RO, Suplemento 249, Quito, 3 de agosto de 2010.
- High Court Of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, Judgement Case No. 04/656, Before Mr. Justice Aikens, The Republic of Ecuador and Occidental Exploration & Production Co., Londres, 2 de marzo 2006, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0574.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2012.
- High Court Of Justice Queen's Bench Division Commercial Court, Judgment Case No. 2004, Before Mr. Justice Aikens, The Republic of Ecuador and Occidental Exploration & Production Co., Londres, 29 de abril de 2005, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0572.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2012.
- The Supreme Court Of Judicature Court Of Appeal (Civil Division) On Appeal From Queen's Bench Division Judgment of the Court of Appeal, Judgement Case No. A3/2005/1121, before Lord Phillips Of Worth Matravers, Mr Lord Justice Clarke And Lord Justice Mance, Occidental Exploration & Production Company Appellant and The Republic of Ecuador, Londres, 9 de septiembre de 2005, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0573.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2012.
- The Supreme Court Of Judicature Court Of Appeal (Civil Division) On Appeal From The High Court Of Justice Queens Bench Division, Case No. A3/2006/1116, before Sir Anthony Clarke. Mr Lord Justice Buxton and Lord Justice Toulson, Occidental Exploration & Production Company Appellant and The Republic of Ecuador, Londres, 4 de julio de 2007, en *Investment Treaty Arbitration*, <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0575.pdf>>, consultado el 2 de abril de 2012.

## Tratados internacionales

- Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica No. 46 (AAP.CE No. 46), 10 de mayo de 2000 entre los gobiernos de la República de Cuba y de la República del Ecuador, y el Primer Protocolo Adicional suscrito el 30 de abril de 2001.
- Acuerdo entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones, 29 de abril de 1996, Quito, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada\\_ecuador.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_ecuador.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Acuerdo entre el gobierno del Reino de Suecia y el gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Estocolmo, 31 de mayo de 2001, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <<http://>

- unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden\_ecuador\_sp.pdf, consultado el 12 de junio de 2013.
- Acuerdo 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, Quito, 10 de mayo de 1994, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk\\_ecuador\\_memo.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_ecuador_memo.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República del Ecuador para la protección y promoción recíproca de inversiones, Berna, 2 de mayo de 1968, RO, Suplemento No. 153, de 25 de noviembre de 2005, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/swiss\\_ecuador\\_fr.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/swiss_ecuador_fr.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Acuerdo entre la República del Ecuador y el gobierno de la República francesa para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, París, 7 de septiembre de 1994, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_france\\_fr.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_france_fr.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Dominicana, 26 de junio de 1998, Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, publicado en el RO No. 365, 27 de septiembre de 2006.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, Quito, 26 de junio de 1996, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_spain\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_spain_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, Agreement Among the Government of Brunei Darussalam, The Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, The Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments, Manila, 15 de diciembre de 1987, en *Aseansec.org*, <<http://www.aseansec.org/12812.htm>>. Consultado el 1 de abril de 2012.
- Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA), Common Market for Eastern and Southern African, Kampala, 5 de noviembre de 1993, en *COMESA*, <<http://www.comesa.int/>>, consultado el 1 de abril de 2012.
- Common Market for Eastern and Southern African, Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Nairobi, 23 de mayo de 2007, durante la Decimo Segunda Conferencia de Jefes de Estado del COMESA en *Unctad.org*, <<http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf>>, consultado el 1 de abril de 2012.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, RO No. 6, Quito, 28 de abril de 2005.
- Convenio entre el gobierno de la República de Nicaragua y el gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, Mana-

- gua, 2 de junio de 2000, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_nicaragua\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_nicaragua_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Quito, 18 de febrero de 1994, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina\\_ecuador\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_ecuador_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, Quito, 27 de octubre de 1993, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile\\_ecuador\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_ecuador_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíproca de Inversiones, Quito, 26 de junio de 1996, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china\\_ecuador\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/china_ecuador_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, San José, 6 de diciembre de 2001, RO No. 324, de 31 de julio de 2006, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica\\_ecuador\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica_ecuador_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República del Perú sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Lima, 7 de abril de 1999, en RO No. 296, de 12 de octubre de 1999, *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_peru\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_peru_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de Rumania para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, Quito, 21 de marzo de 1996, en RO No. 81, de 6 de junio de 1997, *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/romania\\_ecuador\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/romania_ecuador_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio entre la República del Ecuador y gobierno de la República de El Salvador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, Quito, 16 de mayo de 1994, en RO No. 801, de 13 de octubre de 1995, *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_elsalvador\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_elsalvador_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

- Convenio entre la República del Ecuador y la República de Bolivia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Quito, 25 de mayo de 1995, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_bolivia\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_bolivia_sp.pdf)>, RO, Suplemento 153, de 25 de noviembre de 2005, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio entre la República del Ecuador y la República del Paraguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Quito, 28 de enero de 1994, en RO No. 749, de 31 de julio de 1995, *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_paraguay\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_paraguay_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el gobierno de la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos, Río de Janeiro, 27 de junio de 1999, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_netherlands.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_netherlands.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en <<http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>>, consultado el 1 de marzo de 2013.
- Organización de los Estados Americanos, Convenio económico de Bogotá los Estados americanos representados en la novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 2 de mayo de 1948, en *Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos*, <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>>, consultado el 3 de abril de 2012.
- Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, art. 3, Colonia del Sacramento, 17 enero de 1994, en *Sistema de Información sobre Comercio Exterior, Organización de los Estados Americanos*, <[http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia_s.asp)>, consultado el 1 de abril de 2012.
- Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR, art. 2, Buenos Aires, 5 de agosto de 1994, en *Sistema de Información sobre Comercio Exterior, Organización de los Estados Americanos*, <<http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/decisions/dec1194s.asp>>, consultado el 1 de abril de 2012.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Quinta Parte: Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados, cap. XI: Inversión, en *NAFTA Secretariado del TLCAN*, <<http://www.nafta-sec-alena.org/sp/view.aspx?x=343&mtpiID=142#A1105>>, consultado el 5 de abril de 2012.
- Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos, Washington DC, 12 de abril de 2006, en <[http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=category&id=55&layout=blog&Itemid=78](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&id=55&layout=blog&Itemid=78)>, y en *Acuerdos Comerciales del Perú, Textos del Acuerdo*, <[http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/euu/espanol/Disposiciones\\_Finales.pdf](http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/euu/espanol/Disposiciones_Finales.pdf)>, consultado el 5 de abril de 2012.
- Tratado de Protección de Inversiones entre Ecuador y Francia.
- Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fo-

mento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, Quito, 21 de marzo de 1996, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_germany\\_sp\\_gr.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_germany_sp_gr.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 27 de agosto de 1993 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 3143, 13 de octubre de 1995, en *United Nations Conference on Trade and Development UNCTAD, Investment Instruments Online, Bilateral Investments Treaties*, <[http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_usa\\_sp.pdf](http://unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_usa_sp.pdf)>, consultado el 12 de junio de 2013.

Tratado entre la República Federal de Alemania y la República del Ecuador, sobre fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital, suscrito en la ciudad de Quito, 28 de Junio de 1965, y publicado en el Registro Oficial No.145 del 25 de octubre de 1966, en *Lexis*, <[www.Lexis.com.ec](http://www.Lexis.com.ec)>, consultado el 17 de junio de 2013.

Tratado sobre la Carta de la Energía «Energy Charter Treaty», Lisboa, 17 de diciembre 1994, en *Energy Charter Secretariat*, <[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf)>, consultado el 12 de julio de 2013.

## Otros

Asamblea Constituyente de la República del Ecuador, Boletín 1064, 20 de mayo de 2008, *El arbitraje internacional será posible en determinados casos*, Montecristi, Ciudad Alfaro, 2008.

# Anexos

## 1. Tratados del Ecuador con cláusula de trato justo y equitativo vinculado con el derecho internacional

<b>TBI Ecuador con</b>	<b>Fecha de publicación</b>	<b>Cláusula trato justo y equitativo</b>
<b>China</b> Convenio de inversión extranjera con China	25/11/2005	«Art. 3-1. Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante...».
<b>España</b> Convenio de inversión extranjera con España	25/11/2005	«Art. 4. Tratamiento 1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante...».
<b>Francia</b> Convenio de inversión extranjera con Francia	25/11/2005	«Art. 4. 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 de los nacionales 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 de 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. Las inversiones efectuadas por los nacionales o las sociedades pertenecientes a una de las Partes Contratantes, se beneficiarán de la protección y seguridad plena y completa a otorgarse por la otra Parte Contratante. Ninguna de las Partes Contratantes, obstaculizará la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante».

<p><b>Paraguay</b></p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 4. Protección, Tratamiento de la nación más favorecida y zona de integración económica... 2. Tratamiento de la nación más favorecida: Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el acordado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por sus propios inversionistas nacionales o de inversionistas de terceros Estados».</p>
<p><b>Suiza</b> Convenio de inversión extranjera con Suiza</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>Art. 1. En particular, los nacionales o las sociedades de una de las Altas Partes Contratantes beneficiarán, en lo que se refiere a sus bienes, en el territorio de la otra Parte, de un trato justo y equitativo, por lo menos igual al que reconoce esta Parte a sus nacionales o, si es más favorable, del trato acordado a los nacionales o a las sociedades de la nación más favorecida...».</p>

## 2. Tratados del Ecuador con la cláusula de trato justo y equitativo vinculado con otros estándares relativos

TBI Ecuador con	Fecha de publicación	Cláusula trato justo y equitativo
<b>Canadá</b> Convenio de inversión extranjera con Canadá	25/11/2005	«Art. 2. Establecimiento, adquisición y protección de las inversiones. [1] Ambas Partes Contratantes estimularán la creación de condiciones favorables conducentes a que los inversionistas de la otra Parte Contratante efectúen inversiones en su territorio. [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; y...».
<b>Estados Unidos</b> Tratado de inversión extranjera con Estados Unidos	25/11/2005	«Art. 2. [...] 2 [a]. Lo dispuesto en el presente Tratado no impedirá que las Partes mantengan o establezcan empresas estatales... 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...».
<b>Francia</b> Convenio de inversión extranjera con Francia	25/11/2005	«Art. 4. 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 de los nacionales 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 de 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 extranjero, así como cualquier otra medida que tuviere efecto análogo. Las inversiones efectuadas por los nacionales o las sociedades pertenecientes a una de las Partes Contratantes, se beneficiarán de la protección y seguridad plena y completa a otorgarse por la otra parte contratante. Ninguna de las Partes Contratantes obs-

<b>Francia</b> Convenio de inversión extranjera con Francia	25/11/2005	taculizará la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante».
<b>Venezuela</b> Convenio de inversión extranjera con Venezuela	25/11/2005	«Art. 3. Protección de inversiones. 1. Cada Parte Contratante de conformidad con las normas y principios del Derecho Internacional, 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...».

### 3. Tratados del Ecuador con la cláusula de trato justo y equitativo vinculada al estándar de seguridad y protección

TBI Ecuador con	Fecha de publicación	Cláusula trato justo y equitativo
<p><b>China</b> Convenio de inversión extranjera con China</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 3. 1. Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante. 2. El tratamiento y protección mencionados en el num. 1 de este art. no será menos favorable que los acordados a inversiones de inversionistas de terceros países y a actividades relacionadas con las mismas. 3. El tratamiento y protección mencionados en los num. 1 y 2 de este artículo no incluyen ningún tratamiento preferencial acordado por la otra Parte Contratante a inversionistas de un tercer estado en base a uniones aduaneras, zonas de libre comercio, uniones económicas, acuerdos relativos a la supresión de la doble tributación o para facilitar el comercio de frontera».</p>
<p><b>Estados Unidos</b> Convenios bilaterales</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 2. 1. Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el anexo del presente tratado. Cada Parte se compromete a notificar a la otra Parte, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente tratado o en dicha fecha, todo ordenamiento interno del cual tenga conocimiento referente a los sectores o asuntos que figuran en el anexo. Cada Parte se compromete igualmente a notificar a la otra Parte toda futura excepción con respecto a los sectores o asuntos que figuran en el anexo y a limitar dichas excepciones al mínimo. Las excepciones futuras de cualquiera de las Partes no se aplicarán a las inversiones existentes en los sectores o asuntos correspondientes en el momento en que dichas excepciones entren en vigor. El trato que se otorgue conforme a los términos de</p>

<p><b>Estados Unidos</b> Convenios bilaterales</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>una excepción será, salvo que se especifique lo contrario en el anexo, no menos favorable que el que se otorgue en situaciones similares a las inversiones y actividades afines de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país.</p> <p>2. a) Lo dispuesto en el presente tratado no impedirá que las Partes mantengan o establezcan empresas estatales. b) Cada Parte se asegurará de que las empresas estatales que mantenga o establezca actúen de manera compatible con las obligaciones de esa Parte en virtud del presente tratado, cuando ejerzan cualquier facultad reguladora, administrativa o pública que le haya sido delegada por esa Parte como, por ejemplo, la facultad de expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros gravámenes. c) Cada Parte se asegurará de que las empresas estatales que mantenga o establezca concedan el mejor trato, ya sea el nacional o el de la nación más favorecida, a la venta de sus bienes o servicios en el territorio de la Parte.</p> <p>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. b) Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias, la dirección, la explotación, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la adquisición, la expansión o la enajenación de las inversiones. Para los fines de la solución de diferencias, de conformidad con los art. 6 y 7, esta medida podrá tenerse como arbitraria o discriminatoria, cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en los tribunales o en los tribunales administrativos de una de las Partes. c) Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones. 4. Sin perjuicio de las leyes relativas a la entrada y permanencia de extranjeros, se permitirá a los nacionales de cada Parte la entrada y permanencia en el territorio de la otra Parte a fines de establecer, fomentar o administrar una inversión, o de asesorar en la explotación de la misma, en la cual ellos, o una sociedad de la primera Parte que los emplee, hayan comprometido, o estén en curso de comprometer, una cantidad importante de capital u otros recursos.-</p>
--	-------------------	--

<p><b>Estados Unidos</b> Convenios bilaterales</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>5. A las sociedades que estén legalmente constituidas conforme al ordenamiento interno de una Parte, y que constituyan inversiones, se les permitirá emplear al personal administrativo superior que deseen, sea cual fuere la nacionalidad de dicho personal.</p> <p>6. Como condición para el establecimiento, la expansión o el mantenimiento de las inversiones, ninguna de las Partes establecerá requisitos de cumplimiento que exijan o que hagan cumplir compromisos de exportación con respecto a los bienes producidos, o que especifiquen que ciertos bienes o servicios se adquieran en el país, o que impongan cualesquiera otros requisitos parecidos».</p>
<p><b>Francia</b> Convenio de inversión extranjera con Francia</p>	<p>25/11/2005 Vigente</p>	<p>«Art. 4. 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 de los nacionales 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 de 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. Las inversiones efectuadas por los nacionales o las sociedades pertenecientes a una de las Partes Contratantes, se beneficiarán de la protección y seguridad plena y completa a otorgarse por la otra Parte Contratante. Ninguna de las Partes Contratantes, obstaculizará la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante».</p>
<p><b>Gran Bretaña</b> Convenio de inversión extranjera con Gran Bretaña</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 2. Promoción y protección de inversiones [1] Cada una de las Partes Contratantes fomentará y creará condiciones favorables para que los nacionales o compañías de la otra Parte Contratante inviertan capital en su territorio, y, sujeto a su derecho de ejercer las facultades conferidos por sus leyes, deberá admitir dicho capital. [2] Las inver-</p>

<p><b>Gran Bretaña</b> Convenio de inversión extranjera con Gran Bretaña</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>siones 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».</p>
<p><b>Países Bajos</b> Convenio de inversión extranjera en los Países Bajos</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 3. Tratamiento General [1] Cada una de las Partes Contratantes garantizará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y no impedirá, mediante medidas irrazonables o discriminatorias, la operación, manejo, mantenimiento, uso, goce o enajenación de las mismas por dichos inversionistas. Cada una de las Partes Contratantes acordará a dichas inversiones plena protección y seguridad física. [2] De manera más particular, cada una de las Partes Contratantes acordará a dichas inversiones un tratamiento que en ningún caso será menos favorable que el acordado a inversiones de sus propios inversionistas o a inversiones de inversionistas de terceros Estados, el que sea más favorable al inversionista en cuestión. [3] Si una de las Partes Contratantes ha acordado ventajas especiales a inversionistas de un tercer Estado en virtud de acuerdos que establecen uniones aduaneras, uniones económicas, uniones monetarias o instituciones similares, o sobre la base de acuerdos temporales conducentes a dichas uniones o instituciones, dicha Parte Contratante no estará obligada acordar dichas ventajas a inversionistas de la otra Parte Contratante. [4] Cada una de las Partes Contratantes respetará cualquier obligación que pueda haber asumido con relación a inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante. [5] Si las disposiciones legales de cualquiera de las Partes Contratantes o las obligaciones a tenor del derecho internacional existentes actualmente o establecidas posteriormente entre las Partes Contratantes además del presente convenio contienen un reglamento general o específico que da derecho a</p>

<b>Países Bajos</b> Convenio de inversión extranjera en los Países Bajos	25/11/2005	las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante a un tratamiento más favorable que el previsto en el presente convenio, dicho reglamento, en la medida en que sea más favorable, prevalecerá sobre el presente convenio».
--	------------	--

#### 4. Tratados del Ecuador con cláusula de trato justo y equitativo expresado solo

TBI Ecuador con	Fecha de publicación	Cláusula trato justo y equitativo
<p><b>Alemania</b> Tratado de inversión extranjera con Alemania</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 2. Fomento de Inversiones. [1] Cada una de las Partes Contratantes, de acuerdo con sus disposiciones legales vigentes, permitirá dentro de su respectivo territorio, las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, promoviéndolas en lo posible. En todo caso tratará justa y equitativamente a las inversiones de capital. [2] Ninguna de las Partes Contratantes perjudicará en su territorio la administración, la utilización, el uso o el aprovechamiento de las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante a través de medidas arbitrarias o discriminatorias».</p>
<p><b>Argentina</b> Convenio de inversión extranjera con Argentina</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. III. Protección de Inversiones. [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. [2] Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores nacionales o de inversores de terceros Estados. [3] Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo [2] de este artículo, el tratamiento de la nación más favorecida no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerda a inversores de un tercer Estado como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdo regional. [4] Las disposiciones del párrafo [2] de este artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversores de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas. [5] Las disposiciones del párrafo [2] de este</p>

<p><b>Argentina</b> Convenio de inversión extranjera con Argentina.</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>artículo no serán tampoco interpretadas en el sentido de extender a los inversores de la otra Parte Contratante el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de acuerdos bilaterales que proveen financiación concesional suscritos por la República Argentina con Italia el 10 de diciembre de 1987 y con España el 3 de junio de 1988».</p>
<p><b>Bolivia</b> Convenio de inversión extranjera con Bolivia.</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 3. Protección de Inversiones. [1] Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. [2] Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas nacionales o de inversionistas de terceros Estados. [3] Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo [2] de este artículo, el tratamiento de la nación más favorecida no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerde a inversionistas de terceros Estados como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o acuerdo regional. [4] Las disposiciones del párrafo [2] de este artículo, no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante, los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional, relativo a cuestiones tributarias».</p>
<p><b>Chile</b> Convenio de inversión extranjera con Chile 1995.</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. IV. Protección de Inversiones. [1] Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce usufructo, ampliación liquidación o disposición, a través de medidas injustificadas o discriminatorias. [2] Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en territorio inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les</p>

<p><b>Chile</b> Convenio de inversión extranjera con Chile 1995</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas nacionales o de inversionistas de terceros Estados. [3] Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, el tratamiento de la nación más favorecida no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerde a favor de inversionistas de un tercer Estado, como secuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común acuerdo regional. [4] Las disposiciones del inciso [2] de este artículo, no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional destinado a evitar la doble tributación».</p>
<p><b>Costa Rica</b> Convenio de inversión extranjera con Costa Rica</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 3. Tratamiento de inversiones. 1. Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante. Ninguna de las Partes Contratantes, con respecto a tales inversiones obstaculizará o perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. 2. Entre el trato nacional y el trato de nación más favorecida, cada Parte Contratante concederá el trato que sea más favorable para la inversión del inversionista. 3. El tratamiento concedido en virtud de este artículo no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerde a inversionistas de terceros Estados como consecuencia de su participación o asociación actual o futura en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o acuerdo regional, unión económica y monetaria u otras instituciones de integración económica similar. 4. El tratamiento concedido en virtud de este artículo, no será interpretado en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante, deducciones, exenciones fiscales ni otros beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional para evitar la doble imposición o de cualquier otro acuerdo en materia de tributación»</p>

<p><b>Cuba</b> Convenio de inversión extranjera con Cuba</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 3. Protección de Inversiones. [1] Cada Parte contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. [2] Cada una de las Partes Contratantes acordará para las inversiones y rentas de inversión realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que aquel reservado para las inversiones y rentas de inversión real por inversionistas de terceros Estados. [3] Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo [2] de este artículo, el tratamiento de la nación más favorecida no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerda a inversionistas de un tercer estado como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o acuerdo regional. [4] Las disposiciones del párrafo [2] de este artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas».</p>
<p><b>El Salvador</b> Convenio de inversión extranjera con El Salvador</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 4. Protección de inversiones. [1] Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce, usufructo, ampliación, liquidación o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. [2] Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas nacionales o de inversionistas de terceros Estados. [3] Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, el tratamiento de la nación más favorecida, no se aplicará a los privilegios que cada Parte Contratante acuerde a favor de inversionistas de un tercer Estado, como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o acuerdo</p>

<p><b>El Salvador</b> Convenio de inversión extranjera con El Salvador</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>regional. [4] Las disposiciones del inciso [2] de este artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender a los inversionistas de la otra Parte Contratante, los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio, resultante de un Acuerdo Internacional destinado a evitar la doble tributación».</p>
<p><b>Italia</b> Convenio de inversión extranjera con Italia</p>	<p>04/03/2005</p>	<p>«Art. 2. Promoción y protección de inversiones. 1. Ambas Partes Contratantes alentarán a los inversionistas de la otra Parte Contratante a invertir en su territorio. 2. Los inversionistas de una de las Partes Contratantes tendrán un derecho de acceso a actividades de inversión, en el territorio de la otra Parte Contratante, no menos favorable que el acordado en el artículo 3.1. 3. Ambas Partes Contratantes garantizarán en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante. Ambas Partes Contratantes garantizarán que la gestión, mantenimiento, uso, transformación, goce o cesión de las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante, así como las compañías y empresas en las que dichas inversiones han sido efectuadas, no serán en ningún modo sometidas a medidas injustificadas o discriminatorias. 4. Cada una de las Partes Contratantes creará y mantendrá en su territorio un marco adecuado para garantizar a los inversionistas la continuidad del tratamiento legal, incluyendo el cumplimiento, de buena fe, de todos los compromisos asumidos en relación con cada inversionista específico».</p>
<p><b>Perú</b> Tratado de inversión extranjera con Perú</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 3. Tratamiento de Inversiones. 1. 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; 2. Cada Parte Contratante, específicamente, concederá a tales inversiones, un trato no menos favorable que el concedido a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de un tercer Estado, considerándose el que sea más favorable para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte</p>

<p><b>Perú</b> Tratado de inversión extranjera con Perú</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>Contratante; 3. Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de lo convenido por las Partes Contratantes, más allá de lo acordado en el presente Convenio, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Convenio, dicha reglamentación prevalecerá sobre el mismo, en cuanto sea más favorable; 4. El trato convenido por el presente artículo no se extenderá a los beneficios y ventajas que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales o sociedades de terceros Estados como consecuencia de la celebración de convenios para evitar la doble tributación u otros acuerdos en materia impositiva; y, 5. Dicho trato tampoco se extenderá a los privilegios que una de las Partes Contratantes concede a los nacionales o sociedades de terceros Estados por formar parte de una unión aduanera o económica, un mercado común o una zona de libre comercio, acuerdos bilaterales o regionales celebrados con terceros Estados, incluyendo los convenios de integración y desarrollo fronterizos»</p>
<p><b>Rumania</b> Convenio de inversión extranjera con Rumania</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 3. Protección de Inversiones. [1] Cada una de las Partes Contratantes asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias. [2] Cada una de las Partes Contratantes, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones realizadas por sus propios inversionistas o por inversionistas de terceros Estados. [3] Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo [2] de este artículo, el tratamiento de nación más favorecida no se aplicará a los privilegios que cada una de las Partes Contratantes acuerda a inversionistas de un tercer Estado como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdo regional. [4] Las disposiciones del párrafo [2] de este artículo no serán interpretadas en el sentido de obligar a una Parte Contratante a extender</p>

<p><b>Rumania</b> Convenio de inversión extranjera con Rumania</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>a los inversionistas de la otra Parte Contratante los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de un acuerdo internacional bilateral o multilateral relativo total o parcialmente a cuestiones impositivas».</p>
<p><b>Suecia</b> Convenio de inversión extranjera con Suecia</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 2. Promoción y Protección de Inversiones. [1] Cada una de las Partes Contratantes, de conformidad con sus leyes y reglamentos, promoverá y admitirá en su territorio las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante. [2] Sujeto a las leyes y reglamentos relacionados con el ingreso y estadía de extranjeros, se permitirá el ingreso de las personas que trabajan para un inversionista de una Parte Contratante, así como de los miembros de su familia, en el territorio de la otra Parte Contratante, así como entrar y salir del mismo, con el objeto de llevar a cabo actividades asociadas con inversiones en el territorio de esta última Parte Contratante. [3] Cada Parte Contratante deberá en todo momento asegurar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y no deberá afectar a la administración, mantenimiento, uso, disfrute o enajenación de las mismas, así como la adquisición de bienes y servicios y la venta de su producción, a través de medidas injustificadas o discriminatorias. [4] Las inversiones hechas de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio estas han sido efectuadas, gozarán de la total protección de este Acuerdo y en ningún caso dicha Parte Contratante otorgará un trato menos favorable que el requerido por el derecho internacional. Cada Parte contratante observará las obligaciones sumidas con el inversionista de la otra Parte Contratante con relación a su inversión. [5] Las ganancias producidas por una inversión gozarán del mismo tratamiento y protección que las inversiones. [6] Los bienes que bajo un contrato de arrendamiento con opción de compra son colocados a disposición de un arrendatario en el territorio de una Parte Contratante por un arrendador que es inversionista de la otra Parte Contratante no serán tratados en términos menos favorables que una inversión. [7] Cada una de las Partes Contratantes publicará rápidamente o pondrá de otro modo a disposición del público sus leyes, reglamentos, procedimientos y decisiones administrativas</p>

<p><b>Suecia</b> Convenio de inversión extranjera con Suecia</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>de aplicación general, así como acuerdos internacionales que puedan afectar las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante».</p>
<p><b>Finlandia</b> Convenio de inversión extranjera con Finlandia</p>	<p>25/11/2005</p>	<p>«Art. 2. Promoción y Protección de Inversiones. 1. Cada una de las Partes Contratantes promoverá y creará condiciones favorables en su territorio, para las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y en ejercicio de las facultades conferidas por sus leyes, admitirá dichas inversiones. 2. Cada una de las Partes Contratantes acordará en todo momento en su territorio a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo y protección y seguridad totales y constantes. 3. Ninguna de las Partes Contratantes obstaculizará mediante medidas irrazonables, arbitrarias o discriminatorias la administración, mantenimiento, uso, goce, adquisición o enajenación de inversiones en su territorio por inversionistas de la otra Parte Contratante. 4. Ninguna de las Partes Contratantes impondrá medidas obligatorias a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante relativas a la compra de materiales, medios de producción, operación, transporte, comercialización de sus productos u órdenes similares que tengan efectos irrazonables o discriminatorios. 5. Cada una de las Partes Contratantes, dentro del marco de sus leyes, dará una consideración positiva a las solicitudes para la obtención de los permisos necesarios en conexión con las inversiones en su territorio, incluyendo autorizaciones para la contratación de personal administrativo y técnico de alto nivel de su elección, independientemente de su nacionalidad. 6. Cada una de las Partes Contratantes publicará rápidamente o pondrá de otro modo a disposición del público sus leyes, reglamentos, procedimientos y decisiones administrativas de aplicación general, así como convenios internacionales que puedan afectar las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante».</p>

### 5. Tratados del Ecuador sin cláusula de trato justo y equitativo

<b>TBI Ecuador con</b>	<b>Fecha de publicación</b>	<b>Cláusula trato justo y equitativo</b>
<b>República Dominicana</b>		«Art. 3. Protección. 1. Cada Parte protegerá en su territorio las inversiones efectuadas por naciones o sociedades de la otra Parte, conforme a su legislación; y no obstaculizará, mediante la adopción de medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, la adquisición, el mantenimiento, la utilización, el usufructo, la expansión, la venta, la enajenación, ni en su caso, la liquidación de tales inversiones».

# Universidad Andina Simón Bolívar

## Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica de nuevo tipo, creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos.

La Universidad es un centro académico abierto a la cooperación internacional, tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración, y el papel de la Subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal forma parte del Sistema Andino de Integración. Fue creada en 1985 por el Parlamento Andino. Además de su carácter de institución académica autónoma, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia), Quito (Ecuador), sedes locales en La Paz y Santa Cruz (Bolivia), y oficinas en Bogotá (Colombia) y Lima (Perú). La Universidad tiene especial relación con los países de la UNASUR.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. En ese año la Universidad suscribió un convenio de sede con el gobierno del Ecuador, representado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador, mediante ley, la incorporó al sistema de educación superior del Ecuador, y la Constitución de 1998 reconoció su estatus jurídico, el que fue ratificado por la legislación ecuatoriana vigente. Es la primera universidad del Ecuador en recibir un certificado internacional de calidad y excelencia.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Adolescencia, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Migraciones, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Agrarios, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

# Universidad Andina Simón Bolívar

## Serie Magíster

- 125** Francisco Ortiz, *¿ANTICIPARSE A QUÉ?: la estrategia de seguridad de los Estados Unidos*
- 126** Pablo Larreátegui Plaza, *ENTRE LA MEMORIA Y EL OLVIDO: posmodernidad y literatura en dos autores latinoamericanos*
- 127** Juan Francisco Terán Sunca, *LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO EN LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS*
- 128** Gabriela Michelena, *FRANCISCO GRANIZO, POETA DE LOS DESENCUENTROS*
- 129** Denisse Rodríguez, *LA BANCA DE DESARROLLO EN AMÉRICA LATINA: ¿es posible su reformulación?*
- 130** Andrés Luna Montalvo, *ÍDOLOS DEPORTIVOS Y FANS EN INTERNET*
- 131** Daniel Gudiño Pérez, *LA CONSTRUCCIÓN DE UN TANGRAM POLÍTICO: Ecuador y la lista negra del GAFI*
- 132** Melisa Núñez Pacheco, *LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS: LA MERCADERÍA. Controversias y soluciones*
- 133** Guillermo Cordero, *LA NOVELA POLICIAL EN ECUADOR*
- 134** Gustavo Medinaceli, *LA APLICACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN*
- 135** Gonzalo Ordóñez, *LA NARRATIVA DEL AMOR Y LA INTIMIDAD EN UNA SERIE DE TELEVISIÓN*
- 136** Rodrigo Silva Tapia, *EL MODELO NEOLIBERAL Y EL SERVICIO DE TELEFONÍA MÓVIL EN ECUADOR*
- 137** Rocío Nasimba Loachamín, *LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN EL GOBIERNO DE RAFAEL CORREA: entre el deber ser y el ser*
- 138** Alonso Llanos, *GESTIÓN DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO EN ECUADOR: nueva modalidad para radiodifusión y televisión abierta*
- 139** Gustavo Prieto, *EL TRABAJO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES*

En las dos últimas décadas, los flujos de inversión extranjera en el mundo se incrementaron considerablemente, llegando a montos nunca antes vistos. Junto a este crecimiento económico, se desarrolló, en el contexto internacional, un complejo régimen compuesto por una gran cantidad de tratados bilaterales y regionales que regulan la inversión extranjera directa.

Estos tratados incorporan una serie de normas que establecen estándares de trato para las inversiones extranjeras. De estas, existe una en particular, el denominado trato justo y equitativo, que ha sido utilizado en casi todo litigio de inversiones durante los últimos años.

Este enigmático estándar ha estado presente en los diferentes instrumentos internacionales económicos desde finales de la Segunda Guerra Mundial, pero no fue sino hasta la década de los 90 del siglo anterior cuando empezó a utilizarse como punta de lanza en la mayoría de disputas en materia de inversiones; lo cual ha generado una desarticulada jurisprudencia arbitral sobre su contenido.

La presente investigación pretende estudiar este complejo estándar, partiendo de un estudio de su naturaleza y su evolución durante el siglo XX. Adicionalmente, aprecia las distintas formas de interpretarlo, desde la experiencia ecuatoriana en litigios de inversiones y su proyección dentro de la evolución del derecho internacional de inversiones.



*Gustavo Prieto (Quito, 1980) es Abogado (2004), y Doctor en Jurisprudencia (2005) por la Universidad de las Américas, Quito; obtuvo los títulos de Diploma Superior (2009) y Magíster en Derecho, con mención en Derecho Internacional Económico (2010) por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, y es candidato a Doctor en Derecho, por la Universidad de Verona. Profesor e investigador en temas de derecho internacional económico. Profesor invitado por la Comisión Fullbright Bulgaria, en 2011, y por el Instituto Donahue de Estudios Políticos de la Universidad de Massachussets, en 2010. Conferencista invitado a la Universidad Vytautas Magnus, Kaunas, en 2010 y a la Academia Rusa de Justicia, en 2011. Profesor invitado a las universidades ucranianas Karazin y de Aviación, en 2011.*

ISBN: 978-9978-84-678-0



9789978846780