

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Area: Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Internacional Económico

El Estándar del trato justo y equitativo en las
obligaciones internacionales del Ecuador

José Gustavo Prieto Muñoz

2010

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....
José Gustavo Prieto Muñoz
Septiembre, 2010

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Area: Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Internacional Económico

El Estandar del trato justo y equitativo en las
obligaciones internacionales del Ecuador

José Gustavo Prieto Muñoz

2010

Tutora: Doctora Carmen Amalia Simone Lasso

Quito, Ecuador

RESUMEN

En la última década del siglo pasado, un gran número de acuerdos regionales y tratados bilaterales de protección de inversiones (TBI) fueron suscritos entre países desarrollados y en vías de desarrollo, formando un complejo y enredado marco jurídico que regula la inversión extranjera directa. Dentro de este marco se generaron una gran cantidad de procesos arbitrales que trataban principalmente conflictos relacionados con expropiación. Sin embargo, en los primeros años de este siglo, las controversias empezaron a incluir violaciones a los estándares de trato, concretamente al estándar de Trato Justo y Equitativo (TJE). Esto generó el que un gran número de Estados, entre ellos el Ecuador, sean demandados ante tribunales arbitrales. Sin embargo, por la gran cantidad desarticulada de fallos, el umbral de responsabilidad adquirido por los estados frente a este estándar ha sido muy variable. Con este antecedente, la presente investigación busca adentrarse en la conceptualización e interpretación del TJE en las obligaciones adquiridas por el Ecuador, tanto por fuente convencional y analizar si existe una presencia de las mismas en fuente consuetudinaria. El estudio está compuesto de tres partes: en la primera, se estudian a los estándares dentro del derecho de inversiones, analizando la teoría sobre la naturaleza de este tipo de normas y analizando en particular el estándar mínimo internacional; en la segunda parte, se efectúa un estudio del TJE, lo que incluye el análisis de su evolución, los criterios expansivos y restrictivos de su interpretación. Finalmente, en la última parte, se estudia en concreto el TJE en las obligaciones contraídas por el Ecuador, analizando los diferentes TBI suscritos, los casos más relevantes en los que el Ecuador ha sido demandado por incumplimientos del TJE y donde se elaboran las perspectivas a futuro del estándar luego del dictamen de la Corte Constitucional ecuatoriana, que dispone la denuncia de los TBI suscritos con Alemania y el Reino Unido.

A mis padres, por su apoyo incondicional

Introducción	8
Capítulo I: Los estándares de protección a la Inversión	
1.1 Concepto Inversión extranjera	9
1.2 Inversión Extranjera Protegida	10
1.3 Evolución histórica del derecho de inversiones	11
1.4. Los Estándares de trato en el Derecho de Inversiones	14
1.4.1 Estándar como técnica jurídica	15
1.4.2 Definición de estándar	17
1.4.3 Naturaleza jurídica	18
1.5 Diferencia entre principio y estándar	19
1.6 Características de los estándares	21
1.7 Critica a la aplicación de los estándares	21
1.8 Estándar Mínimo Internacional	22
Capítulo II. El estándar del Trato Justo y Equitativo (TJE)	25
2.1 Orígenes y evolución del Trato Justo y Equitativo	27
2.1.1 El TJE en acuerdos Multilaterales	27
2.1.2 El TJE en tratados bilaterales	32
2.2 Fuentes del TJE	34
2.2.1 El TJE en la Costumbre	37
2.2.2 El TJE en los Tratados	38
2.3 Interpretación del contenido del TJE	39
2.3.1 Criterio restrictivo y expansivo	40
2.4 Contenido del Trato Justo y Equitativo (TJE)	42
2.4.1 Obligación de vigilancia y protección	44
2.4.2 Debido proceso/denegación de justicia/arbitrariedad	46
2.4.3 Transparencia, respeto por las legítimas expectativas del inversor	49
2.4.4 Elementos autónomos de equidad	51
Capítulo III. El TJE y las obligaciones del Ecuador	
3.1 Antecedentes del derecho de inversiones y el TJE en el Ecuador	53
3.2 Los Tratados Bilaterales de Protección de inversiones celebrados por el Ecuador	56

3.3 El TJE y los Litigios internacionales del Ecuador	64
3.3.1 El TJE en el caso Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador, Laudo arbitral de 1 de julio de 2004	64
3.3.1.1 Los argumentos de las partes y la posición del tribunal frente su competencia	65
3.3.1.2 El TJE en el Laudo Arbitral	68
3.3.2 El TJE en el Caso Encana	72
3.3.2.1 Los argumentos de las partes y la posición del Tribunal	72
3.3.3 M.C.I. Power Group and New Turbine contra República del Ecuador	74
3.3.4 Duke Energy Electroquil Partners contra República Del Ecuador Caso CIADI N.o ARB/04/19, 18 de agosto de 2008	75
3.3.5 El Caso Chevron Texaco contra la República del Ecuador, laudo arbitral parcial de 30 de marzo de 2010	77
3.3.5.1 El TJE en los argumentos de las partes	78
3.3.5.2 El TJE en el Laudo Arbitral	79
3.3.6 Burlington Resources inc. c. República del Ecuador, Decisión sobre Jurisdicción.	81
3.4 Las perspectivas del Ecuador frente al TJE	83
3.4.1 La denuncia de TBI en Ecuador	83
3.4.1.1 El TJE en las obligaciones del Ecuador fuera de los TBI	88
3.4.1.2 Teoría de la elección racional en el tratamiento del TJE	89
3.4.2 Hacia una nueva concepción en el derecho de inversiones	92
4. Conclusiones	94
5. Bibliografía	99

LISTA DE ANEXOS

- ANEXO 1. Cláusula Trato justo y equitativo. Derecho Internacional
- ANEXO 2 Cláusula Trato justo y equitativo. Otros Estándares
- ANEXO 3. Cláusula Trato justo y equitativo. Seguridad y protección
- ANEXO 4. Cláusula Trato justo y equitativo. TJE SOLO
- ANEXO 5. Cláusula Trato justo y equitativo. Sin TJE

EL ESTÁNDAR DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LAS OBLIGACIONES

INTERNACIONALES DEL ECUADOR

Introducción

Uno de los temas dentro de la agenda de la actividad económica contemporánea que más controversia ha generado es la inversión extranjera, debido tal vez a que esta ha sido sometida a un gran debate que ha ocasionado una evidente polarización ideológica. En este sentido, por un lado, algunos la han concebido como la respuesta para los problemas de crecimiento de una economía; mientras que para otros es un mecanismo de evidente opresión de las potencias dominantes hacia los países del tercer mundo, llegando hasta el 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 desde el punto de vista objetivo del derecho este fenómeno económico.

Se debe entonces partir para tal efecto, de una realidad incontrastable, que es el hecho de que desde el año 1990, este suceso económico fue en considerable aumento. Según datos de la UNCTAD en los últimos 10 años del siglo XX, los flujos de inversión extranjera se cuadruplicaron.¹ Junto a este crecimiento, se empezó a desarrollar una rama independiente del derecho internacional económico, que es conocida como el derecho internacional de inversiones extranjeras. Este derecho se encuentra compuesto de una serie de capas o estratos, conformados por doctrinas, tratados, estándares de derecho internacional, principios, precedentes, así como legislación interna de los países.

Uno de esos estándares en cuestión es el del Trato Justo y Equitativo (TJE) que ha estado presente en los diferentes intentos por desarrollar un sistema económico mundial, desde el final de la Segunda Guerra Mundial. La terminología fue introducida por primera vez en la Carta de La Habana en 1948 y desde entonces ha estado presente en una serie de instrumentos internacionales. Pero no fue sino hasta la década de los noventa, antes comentada, donde este estándar empezó a ser utilizado como punta de lanza en casi cualquier disputa en materia de inversiones, lo cual generó una desarticulada jurisprudencia arbitral sobre su contenido.

¹ Informe de la UNCTAD, citado por Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer en *Principles Of Investment Law*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2008, p.1

En el presente trabajo se pretende estudiar este complejo estándar y analizar la presencia del mismo en las obligaciones contraídas por el Ecuador. Con tal efecto, este estudio cuenta con tres capítulos. En el Capítulo Primero, se tratan conceptos fundamentales del derecho de inversiones y se desarrolla una teoría de estándar como técnica jurídica, proceso fundamental para iniciar una aproximación hacia el TJE. En el Capítulo Segundo, se realiza un estudio pormenorizado del estándar, analizando sus orígenes, evolución y en este capítulo se desarrolla un análisis a la jurisprudencia del NAFTA, bajo cuyo marco se han desarrollado varios casos polémicos, los cuales son objeto de constantes comentarios por parte de la doctrina. Finalmente, en el Capítulo Tercero, se desarrolla un estudio pormenorizado del TJE en las obligaciones del Ecuador, concretamente los TBI suscritos por el Ecuador, esquematizando los tipos de formulación del TJE en tres categorías. En este Capítulo también se analizan los casos más relevantes del Ecuador y su experiencia con el estándar.

Capítulo I

Los estándares de protección a la Inversión

1.1. Concepto Inversión extranjera

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, motivo por el cual en muchos instrumentos como el Tratado de Creación del CIADI, se ha evitado el 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 al fin de obtener un beneficio económico o una ganancia. Partiendo de este concepto, podemos afirmar que inversión extranjera es cualquier utilización de activos, sean estos tangibles o intangibles, en uno o varios países distintos al del país del propietario del activo. Sin embargo, el trasladar activos a otro país deriva en la inevitable inmersión a un medio jurídico y político extraño que produce un escenario incierto para el extranjero. La posible presencia de

decisiones arbitrarias de autoridades administrativas del país anfitrión, se traduce en un riesgo que está ligado a su escenario geopolítico, por esto bien puede referirse a este riesgo como político.

Se puede tomar el concepto de Sornarajah, que define a la inversión como la “*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*”². Con este antecedente, podemos llegar a la distinción entre los dos tipos de inversión extranjera: la directa y la de portafolio. La diferencia entre ellas es el elemento de control y administración sobre su inversión; mientras que la segunda es la adquisición de compañías a través de paquetes accionarios, pero sin que exista o sin que intervenga directamente en la administración del negocio.

Por su parte, Dolzer y Shreuer³ proporcionan características de la inversión extranjera directa: a) transferencia de fondos; b) proyecto a largo plazo; c) propósito de beneficios regulares; d) cierta participación en la administración; e) riesgo en el negocio. Por este motivo, se puede considerar a ese tipo de inversión 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.

1.2 Inversión Extranjera Protegida

En 1970, la Corte Internacional de Justicia, dentro del caso de la 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.*”⁴. Adicionalmente como comenta Sornarajah, la Corte determinó que “*sólo 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*”⁵. Este caso, ejemplifica la diferencia entre inversiones de portafolio y directas.

² M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2004. p.7

³ Rudolf Dolzer y Chrisoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law...*p.60

⁴ En <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/45.pdf>

⁵ (M. Sornarajah, *The International Law ...* p.10)

Sin embargo, también generó la necesidad de los Estados de proteger la mayor cantidad posible de transacciones internacionales en la que sus particulares intervenían. 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 por los países exportadores de capital fue la de 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 Estados Unidos, contiene el siguiente concepto de inversión:

“inversión significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y 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 Tratado como inversión. Pero estas definiciones amplias de los tratados corresponden a las inversiones protegidas y debe considerárselas como una modificación del concepto original. Sornarajah, comenta:

“Esta definición de inversión extranjera directa tiene que ser rastreada a su contexto histórico y no exceder más allá del significado atribuido en la práctica estatal y de las palabras exactas en los tratados.”⁶

1.3 Evolución histórica del derecho de inversiones

Los antecedentes históricos del derecho de las inversiones pueden encontrarse en las operaciones de países durante el tiempo de la Colonia, los mismos que viajaban a los países conquistados para invertir su capital. 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.

Ante la presencia de este riesgo político, se produce una pugna entre el país receptor y el inversionista extranjero, la misma que se traduce en el interés del primero por nacionalizar la relación jurídica y por el otro lado, de internacionalizarla. El primer método utilizado por los países

⁶ (M. Sornarajah, *The International Law ...* p.18)

exportadores para mitigar el riesgo político fue el empleo del derecho de los cañones, es decir el uso de la fuerza.

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 negativa posterior al pago que debía realizarse en bonos del gobierno. La negativa de pago derivó en que el gobierno británico enviara un escuadrón de 5 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”,⁷ como relata Blackaby. Como fin anecdótico de la historia, curiosamente los tripulantes de los barcos británicos sufrieron una enfermedad tropical que les obligó el pedir cuidado a las personas a quienes tenían que bombardear originalmente.⁸

Con el transcurso de los años, Estados Unidos, quién en su tiempo fue también una colonia, se convirtió en un actor importante como exportador de capital y el mismo exigía 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”⁹. 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”¹⁰. 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.

Otro acontecimiento histórico en el contexto mundial que incidió en este ámbito fue la Revolución Rusa, misma que introdujo teorías económicas que justificaban expropiaciones que afectaron a inversores y que se expandieron por toda Europa Oriental junto con el comunismo.

⁷ Nigel Blackaby, *El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio*, El Contrato de Arbitraje, Legis Editores, Colombia, 2005, p.285

⁸ 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.

⁹ (Blackaby, *El Contrato de Arbitraje ...* p.286)

¹⁰ Citado por Adriana Sanchez Mussi, *International Minimum Standard of Treatment*, P. 4 en <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>

Como comenta Sornarajah, “Esto inició el debate entre los abogados internacionales sobre los estándares que deberían cumplirse para hacer esa interferencia con propiedad extranjera aceptable en términos del derecho internacional”¹¹.

Finalmente, y luego de los antecedentes de reducción de barreras para el comercio que comenzaron, formalmente hablando, con la Carta de la Habana en 1948 y que terminaron con el nacimiento de la Organización Mundial del Comercio en 1994, se produjo un aumento cualitativo y cuantitativo considerable de las transacciones internacionales, lo que generó la necesidad de obtener medios formales y materiales para la defensa de esos flujos. Uno de los medios materiales fue la consolidación del arbitraje como mecanismo principal de solución de disputas, y uno de los formales, fue la incorporación sistemática de estándares de protección de inversiones en tratados multilaterales y bilaterales.

En resumen, la historia del trato a las inversiones puede resumirse a un péndulo en el tiempo, que sintetiza la pugna de internacionalizar la relación 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 arbitral sobre el tema: sin embargo, el análisis histórico de las tendencias en la materia hace prever un cambio de esa tendencia, el mismo que se está evidenciando con las decisiones de Bolivia de denunciar al Convenio del CIADI en 2007, por un lado, y de Ecuador, quién a anunció su salida de este mismo instrumento en el 2009, pero que adicionalmente en su nueva Constitución estableció una prohibición para el Arbitraje inversor-estado, disposición que originó el dictamen de la Corte Constitucional, en el mismo que se ordena la denuncia de varios TBI suscritos por Ecuador. Estas decisiones de la Corte Constitucional, que serán tratadas posteriormente, evidencian sin embargo una alta carga ideológica más que jurídica en su argumentación, lo que evidencia el cambio de tendencia que ha sido característico en el trato a las inversiones.

¹¹ (M. Sornarajah, *The International Law ...* p.22)

1.4 Los Estándares de trato en el Derecho de Inversiones

Probablemente una de las instituciones jurídicas menos entendidas en nuestra realidad jurídica de tradición romanista ha sido la figura de los estándares, ya que los mismos han sido limitados en su verdadero alcance y funciones, dejando de 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 buscar su naturaleza jurídica es la aproximación etimológica al término. La palabra puede ser utilizada tanto como adjetivo: “*Que sirve como tipo, modelo, norma, patrón o referencia.*”; o sustantivo: “*tipo, modelo, patrón, nivel.*”¹². Pero el origen de esta palabra en el castellano es la traducción del inglés “*standard*”, cuyo origen puede remontarse al siglo XII, y que actualmente en este idioma es “*algo establecido por la autoridad, costumbre o consentimiento general como modelo o ejemplo*”¹³. 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 estos son las normas de calidad en la industria, en especial las normas ISO¹⁴, que en definitiva 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, quién pretende 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 comparable con 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.

¹² Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición, Real Academia Española, en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=umbral.

¹³ Original: “something established by authority, custom, or general consent as a model or example” de Merriam-Webster Online Dictionary, en: <http://www.merriam-webster.com/dictionary/standard%5B1%5D>.

¹⁴ Siglas en Ingles para: International Organization for Standardization.

1.4.1 Estándar como técnica jurídica

En el derecho anglosajón ha existido siempre el razonamiento jurídico de que la norma no es estática, sino que ésta 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, manteniendo una función más creativa dentro de un determinado sistema. Roco Pound, ya 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*...”¹⁵

Dentro de este derecho, se desarrolló una técnica jurídica denominada *standard*, que difiere del sentido que normalmente se le atribuye en nuestra lógica romanista, 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”¹⁶. La naturaleza del 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 éstos 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 el de técnica jurídica que debe ser por el contrario abstracto, necesario para que el juez pueda delinear sus contenidos.

El primer antecedente de esta técnica no se lo encuentra curiosamente en el derecho anglosajón, sino en el mismo derecho romano, con la figura del buen padre de familia, que ha sobrevivido en el tiempo pero que no se ha aplicado realmente debido a la dinámica propia del derecho romano, influenciado por la corriente positivista. Así por ejemplo, en el Código Civil ecuatoriano, todavía existe esta figura; por ejemplo, al tratar la culpa leve se hace referencia de que

¹⁵ Roscoe Pound, *El espíritu del “Common Law”*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, p.18

¹⁶ Ioana Tudor, en *The Fair and Equitable Treatment Standard in The International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press, Nueva York, 2008, p.115

quién “*debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.*”¹⁷ Estas palabras han sido repetidas a través de muchos textos sin que exista un desarrollo sobre cuál es su real contenido. La idea de que lo que significaba ser un buen padre de familia en Roma hace muchos siglos, evidentemente no es lo mismo que implica serlo en nuestros días, pero precisamente ese es el fundamento de esta técnica jurídica, su permanente evolución.

Pero los llamados a practicar esta evolución, bajo esta lógica, son precisamente los jueces quienes deben dar vida a una expresión como la del buen padre de familia y otorgarle un contenido acorde con la realidad histórica del momento de su aplicación. Sin embargo, los 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*”.¹⁸

Se debe aclarar que lo expuesto no constituye un ataque al razonamiento jurídico conocido como romanista de utilizar elementos lógicos. Al respecto Von Ihering, en su visión del espíritu del derecho romano realiza esta analogía:

“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 lógicos nos ofrece su alfabeto para descifrar los diferentes modos de la vida por difíciles que pudieran ser”¹⁹

Sin embargo, en determinados momentos, el estancamiento de ciertos elementos lógicos o más bien dicho de las normas con las que se expresan, causan un efecto contrario al deseado y se convierten en una suerte de caracteres chinos, donde existen normas que contienen un supuesto hipotético para cada caso, mientras que la naturaleza del estándar, como técnica jurídica, es la de ser un alfabeto, adaptable a un sinnúmero de características especiales. Tomemos por ejemplo el estándar de trato mínimo en el derecho internacional. Está encaminado a evitar abusos flagrantes por parte de un Estado hacia un particular de otro Estado, pero en el mismo no se contiene ningún

¹⁷ Artículo 29, Codificación Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de Junio de 2005

¹⁸ Citado en Rodrigo Correa, *Poder Judicial y Democracia: a Rescatar el Espíritu del Espíritu*, p.3, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/CorreaPaperSpanishSELA2004.pdf>

¹⁹ De R. Von Ihering, *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano*, Revista de Occidental SA., Madrid, 1962, p.29

supuesto hipotético sobre qué se considera un abuso flagrante; por el contrario, es el juez o tribunal internacional, quién debe establecer qué elementos del caso concreto pueden considerarse como tal.

1.4.2 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*”²⁰; 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*”²¹; finalmente para Juillard, 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*”²².

Por otro lado, en la visión de Schwarzenberger, se refiere los estándares como normas opcionales que incorporan “*formas fijas de limitaciones auxiliares de la jurisdicción nacional. Estas pueden denominarse standards para distinguirlos de principios opcionales y otras reglas opcionales que no se han cristalizado todavía en patrones estereotipados*”²³. Van Themaat, habla en cambio de la necesidad de que en cualquier ordenamiento internacional económico existan principios y reglas claras de conducta que puedan ser aplicadas a todos los Estados²⁴. Finalmente, Eduardo Zuleta, en un contexto más contemporáneo como es el derecho de inversiones, se refiere a

²⁰ A. Sanhoury, “general behavior that allows a certain freedom of action and much more flexible adaptation to the changing circumstances of social life”, en Ioana Tudor, en *The Fair and Equitable ...*, p.114

²¹ “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”.

²² 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”.

²³ Georg Schwarzenberger, *The Principles and Standard of International Economic Law*, A. W. SIJTHOFF, LEYDE, Países Bajos, 1966, p. 66, 67

²⁴ Pieter Verloren Van Themmat, *The Changing Structure of International Economic Law*, Hague, Martinus Nijhoff, 1981, p. 17

éstos como “*obligaciones internacionales que buscan garantizar un nivel de seguridad a la inversión y sus rendimientos*”²⁵.

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 de cada uno, evadiendo la escabrosa tarea de su conceptualización.

Sin embargo, los elementos expuestos no son necesariamente contradictorios, ya que simplemente constituyen perspectivas diferentes sobre una misma institución. Se puede concluir por lo tanto, coincidiendo con 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 que se debe esclarecer, es si esta técnica es en sí una norma de derecho, lo que se sintetiza en el debate sobre si es obligatorio o no. Al respecto podemos acotar que se debe hacer una distinción de la técnica y de las normas que esta genera. Es decir, la técnica necesita de alguna de las fuentes del derecho para poder generar normas, o como manifiesta Schwarzenberger²⁶ “*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 el trato de nación más favorecida, la norma que se crea en este tratado es obligatoria, más no el estándar por sí solo. Este proceso denomina codificación de estándares.

1.4.3 Naturaleza jurídica

Las normas que son emanadas a través de esta técnica, tienen una particularidad especial, que puede ser extraña para el positivismo, ya que 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:

²⁵ Eduardo Zuleta Jaramillo, El arbitraje de Inversión en el Tratado de Libre Comercio Suscrito entre Colombia y Estados Unidos, en Arbitraje Internacional, Tensiones actuales, Comité Colombiano de Arbitraje, 2007, p.129

²⁶ (Georg Schwarzenberger, The principles ... p. 66)

“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 nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas.”²⁷

Esto nos permite concluir que no sólo las normas que llevan consigo un supuesto de hecho pueden ser consideradas normas, sino también existen 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.*”²⁸ 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 sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos puede entender su alcance*”²⁹.

1.5 Diferencia entre principio y estándar

Por lo expuesto, 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, finalmente, tienen una capacidad de adaptabilidad al caso concreto. Sin embargo, existen unas tenues diferencias que se pueden acotar.

En primer lugar, podríamos afirmar que la primera diferencia entre estos dos conceptos muy similares radica en la escuela jurídica de la que provienen. El estándar conforme a lo expuesto proviene de la esencia misma del *Common Law*, mientras que el origen del principio proviene del derecho continental europeo, concretamente de la teoría de los conceptos jurídicos

²⁷ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho Dúctil*, Editorial Trotta, Madrid 2005, p. 110

²⁸ (Ioana Tudor, *The Fair and Equitable ...* p.118)

²⁹ (Gustavo Zagrebelsky, *El derecho Dúctil...* p. 111)

indeterminados³⁰, la misma que ha despertado gran curiosidad en los últimos años, especialmente dentro del estudio de normas constitucionales capaces de adaptarse a cada caso concreto

En segundo lugar, el principio contiene derechos cuyo valor justificativo es la justicia³¹ y que son fundamentales dentro del marco de una Constitución de un Estado, como lo es, por ejemplo, el principio del debido proceso. El estándar por otro lado contiene una técnica de evaluación de comportamientos 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 pues, 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.”*³². El salir fuera de ese campo en el ámbito internacional, resulta en un ilícito internacional, que genera la responsabilidad de un Estado de reparar al afectado. Esto puede formar una especie de pirámide, donde 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.

Finalmente, una segunda diferencia puede ser el que los estándares no necesariamente contienen derechos fundamentales. El contenido de los estándares, o más bien su elemento

³⁰ Sobre los conceptos jurídicos indeterminados, Bogel manifiesta *“Ciertos conceptos jurídicos son intencionalmente abandonados en la vaguedad porque la «indeterminación intrínseca» de su contenido es un «factor de adaptación» del derecho. Ellos «tienen por vocación natural ser indeterminados, resultando así todo el tiempo determinables y redeterminables» conforme a las circunstancias y las épocas. Son nociones evolutivas que constituyen, como uno podría decir, «los órganos flexibles o blandos del sistema jurídico», «su carne», por oposición a las nociones determinadas que son «la osamenta».*

El derecho tiene, en efecto, necesidad de un cierto número de nociones flexibles o elásticas, de contenido variable, como la falta, la negligencia, la imprudencia, el interés general, la equidad, la urgencia, las buenas costumbres, el buen padre de familia, el orden público... Hablamos de su propósito y oportunidad de «conceptos flexibles o elásticos», «párrafos de caucho», de «nociones con contenido variable», borrosos, opacos o de penumbra, indeterminados.” Jean Louis Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, Thémis Presses Universitaires de France, 2001, P. 115. Citado por “Jean Claude Tron Petit, *El qué, cómo y para qué de un concepto jurídico indeterminado del impuesto sobre la renta*, p. 28, disponible en http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=7&Itemid=40

³¹ 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. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* ... p. 82

³² (Ioana Tudor, *The Fair and Equitable* ... p.120)

subjetivo, puede cambiar o evolucionar más rápidamente que los principios. Por ejemplo, el estándar del trato justo y equitativo, incluye en mayor medida contenidos distintos en su aplicación como se demostrará más adelante.

1.6 Características de los estándares

a. Evolutivo: Conforme a lo expresado tiene una capacidad de mutación que en el tiempo le permite reaccionar ante casos concretos con mucha mayor agilidad que normas estáticas, como son las que contienen supuestos de hechos.

b. Evaluativo: Permite apreciar comportamientos concretos y establecer si estos se adaptan al contenido de su elemento objetivo.

c. No exclusivo: Un estándar no es jerárquico comparado frente a otros, inclusive en muchos tratados, una misma norma puede contener varios y es el Estado el que debe enmarcar sus actos en función de estos.

1.7 Crítica a la aplicación de los estándares

Para entender 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”*³³. En otras palabras, todo derecho busca otorgar una seguridad mínima, lo cual deriva en la garantía constitucional de la seguridad jurídica, la cual ha sido definida como: *“conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre”*³⁴. Pero, 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 del derecho de tradición romana, en

³³ (Ioana Tudor, *The Fair and Equitable ...* p.118)

³⁴ Recurso de Casación, Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Serie 17, Gaceta Judicial 11 del 11 de Julio de 2002.

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.”³⁵

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 del sólo 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”³⁶

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 estas dos funciones degenera evidentemente en que una de éstas no se cumpla. Por ejemplo, si existe demasiada ductibilidad del derecho, puede decaer en inseguridad por el otro lado. El ejemplo de este desequilibrio es lo que acontece actualmente en el desarrollo 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 quién resuelve sobre un caso puede, a pretexto de buscar el carácter evolutivo de los mismos, llegar a convertirse en una especie de co-legislador. 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, como se evidenció en la interpretación extensiva de la Comisión de Libre Comercio del Nafta del artículo 1105 de este tratado, luego de los primeros laudos arbitrales en el caso Pope & Talbot contra Canadá³⁷

1.8 Estándar Mínimo Internacional

La razón de ser de este estándar es la necesidad de una base de condiciones elementales para el trato que un extranjero debe recibir en otro estado. Por lo expuesto, la falta de cumplimiento o la violación de estas condiciones básicas de trato, se consideran como un ilícito internacional y

³⁵ Hans Kelsen, *La Teoría Pura del Derecho*, Colofón SA. México, 1994, p. 63

³⁶ (Roscoe Pound, *El espíritu del “Common Law”* p.174)

³⁷ Se extiende el análisis en el desarrollo del estándar de trato justo y equitativo.

por lo tanto, generan responsabilidad para el estado infractor. Sin embargo, no existe un concepto unánime de las acciones que están por debajo de ese mínimo, y la razón para esta ausencia es el hecho que la costumbre de un país no es necesariamente la costumbre de otro. Adicionalmente, la naturaleza misma de la técnica jurídica del *standard*, le permite a éste evolucionar en el tiempo o en la multiplicidad de casos que pueden presentarse entre un inversor y un estado receptor.

Conforme a lo expresado, 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, como el principio de la denegación de justicia³⁸, el mismo que consistía en las acciones que un extranjero podía seguir ante sus propias autoridades, en el caso de que no tuviera medios para acceder a la tutela jurídica del estado anfitrión. Posteriormente, como comenta Sánchez Mussi³⁹, este principio fue implementado 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.

Luego de la liberación progresiva de las colonias europeas en el mundo, surgió también la presencia de fuertes ideas nacionalistas por parte de los Estados emancipados, las mismas que buscaban recuperar los sectores estratégicos que estaban siendo explotados por extranjeros, generando así un riesgo político en estas actividades. Como contrapartida a la presencia de este riesgo político, se desarrollaron doctrinas que buscaban la defensa de los extranjeros y la necesidad de que exista un mínimo de protección a los mismos.

Esto permitió introducir dos elementos adicionales al acceso a justicia, estos fueron: 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, el cual es la base sobre la cual se moldearon en el futuro los diversos estándares.

Sin embargo, los límites sobre los que acciones concretas de un estado pueden ser atentatorias a este mínimo internacional, no eran del todo claros, porque aún cuando ya existían

³⁸ Adriana Sanchez Mussi, *International Minimun Standard of Treatment*, P.5 en <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>

³⁹ Idem.

elementos sobre como apreciar el Estándar Mínimo Internacional, no existía una definición de los mismos, debido a su naturaleza consuetudinaria, lo que generaba cierta relatividad en su aplicación. Así, por ejemplo, lo que para un estado era un procedimiento arbitrario y atentatorio al acceso de justicia, para otro, era un procedimiento normal, inclusive para nacionales.

A principios del siglo XX, existieron algunas decisiones que constituyeron un aporte en el tema. Una de estas fue la decisión en 1926 sobre el caso de Paul Neer, un ciudadano estadounidense que fue asesinado en territorio mexicano, en donde 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, estas 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 hubiera sido preferible que el Estado Mexicano hubiera actuado más eficientemente, esto no podía ser visto como materia de responsabilidad internacional. El pronunciamiento exacto del tribunal fue:

“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.”⁴⁰

Este caso también aportó en un problema que es generado por la aplicación de estándares internacionales, esto es el límite en el que 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, tribunales arbitrales terminarían decidiendo 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 únicamente a violaciones evidentes y claras al acceso a justicia como parte de ilícitos internacionales.

⁴⁰ El texto puede ser traducido como “*El tratamiento de un extranjero, para que se constituya en un ilícito internacional, deberían ascender a un atropello, mala fe, negligencia dolosa, o una inacción acción gubernamental tan lejana a los estándares internacionales, que cualquier hombre razonable e imparcial fácilmente reconocería dicha insuficiencia*”. Citado por Adriana Sánchez Mussi, *International Minimum Standard of Treatment*, P. 7 en <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>

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 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 pueden 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, como es el caso del Capítulo 11 del NAFTA.

La aplicación de este principio en el derecho de inversiones, tomando como fuente la costumbre internacional, sin la presencia de una fuente convencional, no dispone de muchos fundamentos, ya que la costumbre sólo podría manifestarse en un caso donde exista negligencia y mala fe flagrante como lo expresado en el razonamiento del caso Neer. En otras palabras, sólo en un caso evidente de un ilícito internacional se podría justificar el usar la costumbre internacional como fuente de aplicación en un caso concreto.

Esto coincidió con la inclusión paralela de los términos en diversos instrumentos multilaterales y bilaterales de las palabras “*trato justo y equitativo*”, que pueden ser consideradas ambiguas. Los cuestionamientos de la doctrina y los tribunales resultaron en dos visiones: por un lado, considerar a estas palabras como un estándar independiente y con un alcance mayor al mínimo del Derecho Internacional; y la segunda que es asimilar a esta expresión simplemente como sinónimo o equivalente al Estándar Mínimo.

Capítulo II

El Estándar del Trato Justo y Equitativo (TJE)

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 sólo hechos

concretos como por ejemplo la expropiación de propiedad. Dentro de estos estándares ha ganado gran importancia el Trato Justo y Equitativo (TJE), objeto del presente trabajo, 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 internos del estado encargados de manejar las relaciones internacionales y 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 TJE. Un caso evidente de esta característica del incumplimiento de estándares por autoridades locales, se produjo en el laudo *Chevron Texaco* contra la República del Ecuador⁴¹, donde el Tribunal sujeto a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, determinó la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano, por la demora en administrar justicia. En otras palabras el Ecuador fue sancionado como tal, por la actuación de los jueces al no emitir 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 como el Ecuador, 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 mismo es sujeto a un sinnúmero de factores, razón que determina que actualmente no exista un consenso, ni en la doctrina, ni en los diferentes instrumentos internacionales, y pero aún en los tribunales que se han pronunciado sobre el mismo, respecto a si constituye una extensión del Estándar Mínimo Internacional o si se trata 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.

⁴¹ Chevron Texaco contra República del Ecuador en:
<http://ita.law.uvic.ca/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>

2.1 Orígenes y evolución del Trato Justo y Equitativo.

Christoph Schreurer al referirse al Trato Justo y Equitativo realiza una analogía que sintetiza la historia y desarrollo de este estándar. El autor compara al TJE con el cuento de la bella durmiente⁴² 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 encausar demandas contra estados por conductas que no se podían encuadrar en otras formas de incumplimientos o para reforzar reclamos por expropiación o denegación de justicia, ya que como se verá, es más fácil probar el incumplimiento del TJE 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 una segunda, que consiste en su mayor difusión mediante la inclusión del mismo en la mayor parte de TBI.

2.1.1 El TJE en acuerdos Multilaterales

En relación a la primera etapa, existe un consenso de la doctrina en su utilización. Dolzer, Schreurer⁴³, Tudor⁴⁴ y las investigaciones de la OCDE⁴⁵ manifiestan que el origen de la terminología “justo y equitativo” puede remontarse a los tiempos de la Carta de La Habana en 1948, instrumento con el cual se buscaba el nacimiento de la Organización Internacional de Comercio⁴⁶. 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 Estados Unidos para incluir garantías para la inversión privada luego de la Segunda Guerra Mundial. Concretamente, el artículo 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

⁴² Christoph Schreurer, *Investment Treaty Law Current Issues II*, The British Institute of International and Comparative Law, Gran Bretaña 2007, p. 92

⁴³ Rudolf Dolzer, Christoph Schreurer, *Principles Of International Investment Law*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2008, p.120

⁴⁴ En.....

⁴⁵ *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working papers in International Investment, number 2004/4), septiembre 2004, citado por Gabriel Cavazos Villanueva, *The Fair and Equitable Treatment Standard in international investment Law: The Mexican Experience*, VDM Verlag, Estados Unidos, 2008 p.71

⁴⁶ Esta Organización fue la antecesora de lo que es hoy la OMC.

lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado.”⁴⁷

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 donde se utilizó la terminología justa y equitativa. Adicionalmente, constituyen un antecedente que fue utilizado en los futuros intentos de regular las inversiones. Entre estos intentos cabe resaltar en la Convención de 1967 de la OECD 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 Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones MIGA, por sus siglas en inglés. Este último organismo fue creado por el auspicio del Banco Mundial en 1985⁴⁸ y buscó brindar garantía a los inversores frente a riesgos no comerciales en países en vías de desarrollo. El Trato Justo y Equitativo es introducido como una condición a verificarse en el otorgamiento de la mencionada garantía⁴⁹. Sin embargo el MIGA tuvo la resistencia de varios países, como Esteban Restrepo señala:

“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.”⁵⁰

En los esfuerzos de la OCDE, Naciones Unidas y Banco Mundial por establecer un marco normativo para las inversiones, se hizo latente la continua disputa de países en vías de desarrollo y desarrollados, lo 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; pero, como destaca Cavazos Villanueva, “*hasta ahora, el MAI es el único instrumento que ha tratado de universalizar*

⁴⁷ Convenio Económico De Bogotá Los Estados Americanos Representados En La Novena Conferencia Internacional Americana, 1948, en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>

⁴⁸ OECD, *International Investment Law A Changing Landscape A companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD Publishing, París 2005, p. 79

⁴⁹ 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.” Texto disponible en: http://www.miga.org/news/index_sv.cfm?stid=1506&aid=1347#3

⁵⁰ Esteban Restrepo Uribe, *Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC*, en *La Inversión Extranjera en Colombia*, Universidad Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, 1997, p. 21

y estandarizar un marco normativo de las expectativas de los inversores con respecto del tratamiento de sus inversiones en el extranjero”⁵¹. De igual forma, es importante destacar que cualquier mención al 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 TJE no es empleado en el marco de la CAN, pero sí lo es en el 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.”⁵². Posteriormente, el TJE en el MERCOSUR también es extendido a estados no contratantes mediante la Decisión N° 11/94, que introduce el Protocolo Sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes Del Mercosur, que introduce la siguiente disposición: “Cada Estado Parte asegurará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de Terceros Estados (...)”⁵³, con lo cual se establece la presencia del TJE en el marco jurídico del MERCOSUR, tanto para flujos de capital internos como para capitales externos a la región.

Adicionalmente, y conforme lo manifiesta Tudor⁵⁴, el TJE es mencionado en el artículo 159 del COMESA, que es el acuerdo comercial de 1994 que agrupa a 19 estados⁵⁵ de África oriental y austral. Sin embargo, esta simple mención del acuerdo original es aclarada en el año 2007, cuando los países miembros de esta organización adoptaron un acuerdo de inversiones, donde en su artículo 14, expresamente se limita al TJE con el Estándar Mínimo Internacional, dejando claro la interpretación en este sentido. El texto es el siguiente:

⁵¹ Traducción personal de Gabriel Cavazos Villanueva, *The Fair And Equitable Treatment Standard in International Investment Law: The Mexican Experience*, VDM Verlag Dr. MüllerAktiengesellschaft, Estados Unidos, 2008, p. 49

⁵² Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, artículo 3, disponible en http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia_s.asp

⁵³ Protocolo Sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes Del Mercosur, artículo 2,C, disponible en <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1194s.asp>

⁵⁴ (Ioana Tudor, *The Fair And Quitable Treatment Standard...* p. 42)

⁵⁵ Burundi, Comoros, D.R. Congo, Djibouti, Egypt, Eritrea, Ethiopia, Kenya, Libya, Madagascar, Malawi, Mauritius, Rwanda, Seychelles, Sudan, Swaziland, Uganda, Zambia, Zimbabwe, para más información del COMESA, revisar: <http://www.comesa.int/>

“2. Paragraph 1 of this 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.”⁵⁶

En el continente asiático, resalta la inclusión del TJE en el ASEAN – por sus siglas en inglés - que es la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (1967)-, compuesta por diez⁵⁷ estados de esta región. Esta Asociación en 1987 promulgó su Arreglo de Protección y Promoción de Inversiones donde se incluye al TJE de la siguiente manera: “*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*”⁵⁸. En este tipo de redacción del TJE, resalta el que el Estándar está relacionado con el de 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 sentido que es necesario el establecimiento de las obligaciones adquiridas con terceros estados para establecer este mínimo.

En el continente europeo, resalta su incorporación dentro del marco de la Carta Europea sobre la Energía⁵⁹, 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 adicionalmente, como destacan las publicaciones de la OCDE, reviste de importancia el que varios

⁵⁶ Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, en <http://vi.unctad.org/files/wksp/ijawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf>

⁵⁷ Cinco países fueron los miembros originarios: Tailandia, Indonesia, Malasia, Singapur y Filipinas y posteriormente se sumaron al grupo Vietnam, Laos, Camboya, Brunéi y Myanmar.

⁵⁸ Una traducción sugerida del texto es la siguiente “*Todas las inversiones realizadas por inversores de una Parte Contratante gozarán de un trato justo y equitativo en el territorio de cualquier otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el concedido a los inversores de la mayoría de la cláusula de nación*” Artículo IV, *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, texto disponible en: <http://www.aseansec.org/12812.htm>

⁵⁹ Conocida por su nombre en inglés Energy Charter Treaty

de los estados contratantes sean “*economías en transición*”⁶⁰. La disposición del Tratado Constitutivo de la Carta Europea es la siguiente:

“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 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”.⁶¹

En América del Norte, la inclusión del TJE en el NAFTA de 1994, muestra especial importancia, esto porque de este instrumento existe una gran cantidad de fallos arbitrales que han resuelto disputas relacionadas con el TJE. La inclusión se la realiza en el Capítulo 11 del NAFTA, 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*”⁶². Según Cavazos Villanueva, la importancia de la inclusión del TJE en este Tratado radica también en que “*El capítulo 11 ha sido un modelo para otros instrumentos internacionales, el más relevante siendo el Acuerdo Multilateral de inversiones (MAI)...*”⁶³. En adición a este desarrollo dentro del marco de este Tratado regional, es importante el pronunciamiento de la Comisión de Libre Comercio del NAFTA, que en el 2001, emitió una interpretación obligatoria en la que limita el TJE al Estándar Mínimo Internacional. Esta

⁶⁰ 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, *International Investment Law: a Changing Landscape ...* p.80

⁶¹ Una traducción sugerida del texto 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*”, Artículo 10, Energy Charter Treaty,

disponible en: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=55

⁶² Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Quinta Parte: Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados, Capítulo XI: Inversión, en:

http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=676#A1105

⁶³ (Gabriel Cavazos Villanueva, *The Fair and Equitable Treatment Standard ...* p. 47)

interpretación se produjo cuando varios tribunales arbitrales realizaban interpretaciones extensivas de la responsabilidad adquirida por los Estados en relación al TJE.

Finalmente, en el caso de la OMC, los estándares relativos como el Trato Nacional y Nación Más Favorecida, han sido reconocidos en los distintos acuerdos, especialmente, GATT, GATS y 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 protección de inversiones, lo que también significa que el TJE no haya sido incluido en la normativa multilateral de comercio de la OMC.

2.1.2 El TJE 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 comercio⁶⁴, y en ellos, se empiezan a desarrollar estándares de trato, especialmente el de NMF. En los siglos dieciocho y diecinueve, 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 Estados Unidos y Francia en 1778⁶⁵, los cuales estaban concentrados en relaciones comerciales de personas naturales y se celebraron hasta las guerras mundiales.

Después de la Segunda Guerra Mundial, los Estados Unidos 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 veinte, radica en que estos introducen a las corporaciones como actores económicos, mientras la primera generación se enfocaba en las personas. La propia Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso *Sumitomo contra Avagliano* (1982), analiza la necesidad de este segundo tipo de acuerdos de la siguiente manera:

⁶⁴ Georg Schwarzenberger, comenta sobre varios tratados en la histórica británica, como el tratado entre Henry V y el Duque de Borgoña (1417) y Gran Bretaña y Dinamarca (1490) en *International Law and Order*, Stevens & Sons, Londres, 1971

⁶⁵ Jeswald W. Salacuse, *The law of Investment Treaties*, Oxford University Press, Reino Unido, 2010, p. 84

“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”⁶⁶

En esta segunda generación de Acuerdos de Comercio y Navegación, los Estados Unidos empiezan a incluir las primeras redacciones del TJE en la esfera bilateral. Sin embargo, en los años sesenta, los estados europeos, liderados por Alemania⁶⁷, empiezan a lanzar el programa de Tratados Bilaterales de Protección de inversiones (TBI), con el fin de asegurar las inversiones realizadas sobre todo en territorios de ex colonias. Con esta necesidad, los TBI se constituyeron en un avance en el derecho de inversiones por dos razones: se instituyen como en normas materiales exclusivas de inversión separándose de aquellas de comercio en general; e introducen normas formales, las cuales creaban 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 TJE. Posteriormente, en la década de los ochenta, empiezan a integrarse en Estados Unidos⁶⁸ las experiencias anteriores, tanto multilaterales como de los tratados de amistad y navegación. Finalmente, economías en desarrollo empiezan a celebrar también TBI entre sí, constituyéndose así una red de aproximadamente 3000 TBI, los cuales han dado lugar a más de un centenar de pronunciamientos arbitrales sobre el TJE.

Una última etapa en la historia de este estándar ha sido la nueva formulación de cláusulas con TJE, en los TLC suscritos por Estados Unidos con Perú y Colombia, en los mismos que se ha optado por una redacción donde se restringe al estándar en gran medida. Esta reformulación de los Estados Unidos responde a acuerdos bipartidistas de este país donde ante la presión por los últimos fallos en el marco del NAFTA, se ha establecido en un país desarrollado – curiosamente-, la consigna de *no greather rights*, refiriéndose a que a las sociedades extranjeras no se les puede conceder mayores derecho que a sus locales. El modelo de redacción 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. 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

⁶⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Sumitomo Shoji America, inc. V. Avagliano*, 457 U. S. 176 (1982), texto disponible en <http://supreme.justia.com/us/457/176/>

⁶⁷ El Primer TBI conocido es el celebrado entre Alemania y Pakistan (1959)

⁶⁸ Jeswald W. Salacuse, *The law of Investment Treaties*, Oxford University Press, Reino Unido, 2010, p.95

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.”⁶⁹

2.2 Fuentes del TJE

Si tomamos en cuenta la naturaleza del TJE, como norma-estándar del derecho internacional de inversiones, se debe partir del análisis de sus fuentes, estableciendo precisamente 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*”⁷⁰; Manuel Díez de Velasco las conceptualiza como “*procedimientos o medios a través de los que el DI nace, se modifica o extingue*”⁷¹; Matthias Herdegen, las relaciona con el concepto de “*producción jurídica*”⁷². En general, se aprecia como 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 este tema, ha sido casi universalmente aceptado el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual entró en vigor en el Ecuador mediante su publicación el 6 de febrero de 1946, como aquel que determina las fuentes a las que hacemos referencia, principalmente por dos razones: en primer lugar, la importancia de este artículo radica en que su texto se concibe el primer intento de institucionalización de la comunidad internacional; en segundo lugar, porque en él se prevé un tribunal y un procedimiento para la solución de conflictos dentro de la misma, esto es, la Corte Permanente de Arbitraje, que tiene sus antecedentes en la Convención de La Haya de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, la cual tuvo vigencia durante la extinta Sociedad de las Naciones. Adicionalmente la Corte

⁶⁹ Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato, TLC Perú – Estados Unidos, disponible en: http://www.tlcperu-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10_Inversion_limpio.pdf

⁷⁰ Felipe Tredinnick, *Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, Verner Guttentag, La Paz, 3ª edición, 2000, p.13

⁷¹ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, España 2006, p.113

⁷² Matthias Herdegen, *Derecho Público Internacional*, Fundación Konrad Adenauer, México, 2005, P. 113

Internacional de Justicia, es universalmente reconocida, al ser parte del marco institucional de la ONU.

Tomando en cuenta estas razones, la mayor parte de tribunales internacionales la han tomado como referente en sus decisiones. El mencionado artículo 38 del Estatuto prescribe:

“Art. 38.-

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”.

Del sistema de fuentes expuesto, es importante destacar las convenciones internacionales, la costumbre y los principios generales reconocidos por las naciones civilizadas. Esto, a pesar de que se ha criticado que el literal c), parte de una visión eurocentrista de la historia, pero en todo caso, reconoce claramente a 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*”⁷³, ya que al tratarse de normas-estándares, están son las que realmente dan el contenido de las mismas, especialmente en normas relacionadas con el TJE, donde a través de sentencias y laudos se extraen una serie de normas de aplicación de los mismos.

Sobre este artículo, se han hecho críticas y observaciones; las principales son que el artículo 38 no debe ser considerado como un sistema taxativo de fuentes del derecho internacional público; y, que no existe una jerarquía de fuentes dentro del mismo artículo. Sobre el primer punto, se ha comentado que en el mismo se excluyen a 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, Cesar Montaña manifiesta: “*El art. 38, en nuestra opinión, tiene un gran vacío, pues no comprende a las disposiciones jurídicas emanadas por los organismos internacionales, por ejemplo, las normas adoptadas en el seno del Consejo de Seguridad de*

⁷³ (Matthias Herdegen, *Derecho Público Internacional* ... p.113)

Naciones Únicas o aquellas que se crean de manera descentralizada en los moderno organismos de integración o unificación”⁷⁴. Sobre el segundo punto, se analiza si debe existir o no una jerarquía de fuentes, aunque a breves rasgos la fuente convencional ha sido aceptada como la principal en el derecho internacional contemporáneo.

Para determinar las fuentes o la forma de creación jurídica del estándar de TJE, se debe tomar entonces a las fuentes establecidas en el Estatuto de la CIJ, sin embargo es lógico preguntarse si este sistema de fuentes conceptualizado hace más de un siglo, no ha sido alterado por una de las principales características del derecho internacional, esto es 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. Daniel 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”*⁷⁵. Por lo tanto es lógico concluir que las fuentes del derecho deben ajustarse a la realidad y contexto internacional.

Con este antecedente, podemos concluir que las fuentes de normas-estándares son las establecidas en el artículo 38 del ECIJ –léase tratados, costumbre–, pero teniendo a las normas supranacionales, que se originan en procesos de integración, y a las decisiones alcanzadas por tribunales, como fuentes no sólo interpretativas, sino también como generadoras de normas adicionales, dependientes de la existencia de una norma-estándar, pero que delimitan su contenido. En otras palabras, se concluye que es necesaria una fuente de derecho internacional para la existencia de una norma que cree un estándar como el TJE, pero a través de las fuentes interpretativas enunciadas, se generan a su vez una gran cantidad de normas que imponen un umbral de obligaciones internacionales para los estados.

⁷⁴ Cesar Montaña Galarza, *Manual de Derecho Tributario Internacional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito, 2006, p.23

⁷⁵ Daniel García San José, *El Derecho Internacional Postcontemporáneo, Un Nuevo Orden Normativo Internacional en Formación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p.22

2.2.1 El TJE 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*”⁷⁶ 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*”⁷⁷. Este elemento, sin embargo, 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 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 TJE radica en que en muchas de las redacciones de estos tratados se vincula a este estándar con el derecho internacional, entendiéndose como este al trato mínimo establecido. Dolzer y Von Walter, comentan esta inclusión de la costumbre a través de los tratados, de la siguiente manera:

“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”⁷⁸

Por lo expuesto, gran cantidad de los TBI suscritos, así como los acuerdos regionales, incorporan a la costumbre con la forma en el que el TJE debe ser entendido. Esto plantea dos puntos fundamentales: en primer lugar, establecer cuál es el trato mínimo en la costumbre del derecho internacional, que debe aplicarse en el trato a las inversiones; y, si el TJE es en sí un estándar

⁷⁶ (Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de Derecho Internacional Público* ... p.130)

⁷⁷ (Matthias Herdegen, *Derecho Público Internacional* ... p.145)

⁷⁸ Rudolf Dolzer and André von Walter, *Fair and Equitable Treatment-lines of Jurisprudence on customary law*, en *Investment Treaty Law*, British Institute of International Comparative Law, Gran Bretaña, 2007, p. 99

diferente a este trato mínimo del DIP. 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 de igual forma, al haber diferentes formas de redactarlo en los tratados, es cuestionable el pretender establecer la existencia del TJE en la costumbre internacional.

La importancia de la inclusión del TJE 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 TJE aunque no exista un TBI o alguna norma escrita de derecho internacional donde se fundamente. Sin embargo, por la diversidad de concepciones del contenido del TJE, lograr establecer cuál es la *opinio juris* en la práctica de un determinado estado, se plantea como algo altamente complejo y hasta irreal.

2.2.2 El TJE en los Tratados

La fuente convencional se convierte en la principal fuente del derecho internacional contemporáneo, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, desplazando 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 TJE. Sin embargo, la gran diversidad de redacciones del mismo a través de los diferentes instrumentos, hace difícil establecer inclusive si deberíamos referirnos al TJE en plural o en singular, es decir 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. Por lo tanto, los tratados se constituyen en la fuente principal del estándar del TJE, aunque la gran cantidad de TBI e instrumentos regionales que los contemplan, hacen también que la forma de redacción de los mismos varíe en gran medida de tratado a tratado.

Ioana Tudor⁷⁹ propone una sistematización de estas complejas y sobre todo diversas formas en el que el TJE es redactado, mediante tres categorías principales: en primer lugar, los tratados que hacen mención al estándar solo; en segundo, los que hacen mención al estándar con relación o

⁷⁹ Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Quitable Treatment Standard and Human Rights Norms, en Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Reino Unido, 2009, p, 313

referencia al derecho internacional, entendiéndose como una referente a la fuente consuetudinaria; y, finalmente, los que mencionan al TJE junto con otros estándares de tratamiento, especialmente aquellos relacionados con la no discriminación –léase trato Nacional y Nación Más Favorecida-. Esta sistematización reafirma que al existir al menos tres tipos de redacciones del estándar es difícil conceptualizarlo como uno solo.

La problemática expuesta demuestra también lo difícil que es fundamentar la inclusión del TJE 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 no se puede ni siquiera hablar de una sola forma de redacción en la fuente convencional.

2.3 Interpretación del contenido del TJE

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, contenido en el artículo 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 éstos y teniendo en cuenta su objeto*”⁸⁰; 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...*”⁸¹. 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 exportadores de capital como Estados Unidos, en sus diferentes TBI, buscan incluir esta terminología en el preámbulo para reforzar las normas incluidas en el tratado⁸², lo cual cobró una importancia vital en el caso con Occidental en 2004, como será analizado posteriormente en el presente trabajo.

⁸⁰ Artículo 31, Convención de Viena Sobre el Derecho de Los Tratados, Convenio 1, publicado en el Registro Oficial No.6 de 28 de Abril de 2005

⁸¹ Artículo 32, Convención de Viena Sobre el Derecho de Los Tratados

⁸² Tratado de Inversión Extranjera con Estados Unidos, Codificación 12310, publicado en el Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de Noviembre de 2005.

En todo caso, es un consenso que la interpretación del TJE ha ido más lejos de la literalidad de las palabras que lo componen. Es más, solamente en un caso un tribunal⁸³ ha utilizado este significado, por lo que, como Ioana Tudor concluye el “*TJE tiene un propio contenido técnico legal que es independiente de las dos nociones que lo componen*”⁸⁴. Por lo tanto, dependiendo de la interpretación que se utilice pueden existir un sinnúmero de criterios ya que de por sí, las palabras justo y equitativo son muy amplias, por lo que su interpretación varía del tratado en concreto sobre el que versa una disputa, y por ende de las prácticas y del contexto de las relaciones internacionales que lo justifican. Sin embargo, se pueden agrupar las posibles interpretaciones en un criterio restrictivo y en uno expansivo, que en sí, pueden considerarse como 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, que consiste, por un lado, en la intención del estado receptor de nacionalizar la relación jurídico – comercial; y, como contrapartida, la intención del inversor de internacionalizar la relación jurídica. De esta forma, una interpretación restrictiva o limitada del contenido del TJE, otorga un pequeño margen de responsabilidad con la consecuente internacionalización de una disputa, mientras un criterio más ambicioso de su contenido, ocasiona lo contrario. A continuación se explicará las dos formas de aproximarse al contenido del TJE.

2.3.1 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 sume el Estado receptor de la inversión va encaminada a evitar las actuaciones de los estados que vayan flagrantemente en contra del Estándar Mínimo Internacional. Si se toma este criterio, no es necesario hablar ni siquiera de un estándar diferente, ya que para tal efecto, los estados deberían claramente definir lo que implicaría un nuevo estándar. Caso contrario, cada tribunal puede seguir ampliando el contenido del mismo sin ningún tipo de límite. Wallace sintetiza esta postura de la

⁸³ Consortium RFCC contra. Morocco, CIADI, 2003, Citado por Ioana Tudor, *The Fair and Equitable treatment Standard ...*, p. 319

⁸⁴ Traducción personal de (Ioana Tudor, *The Fair and equitable treatment Standard ...*, p. 319)

siguiente manera: *“Trato Justo y Equitativo es una utopía en la Tierra, puede ser todo”*⁸⁵. 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 del TJE, lo que hace que casi cualquier tema pueda ser juzgado por un tribunal internacional usando el TJE como llave para extender su competencia a otros asuntos que no eran originalmente parte de su competencia.

La crítica a esta visión 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 Schreuer, expresan: *“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”*⁸⁶

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 las transacciones comerciales del siglo XXI. La segunda posición del criterio expansivo consiste en ver al Trato Justo y Equitativo como un estándar totalmente diferente, que si bien parte del EMI, tiene sus características propias y 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”*⁸⁷.

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,

⁸⁵ Don Wallace Jr, citado por Adriana Sánchez Mussi, *International Minimum Standard of Treatment*, P.23 en <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>

⁸⁶ Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law*, P.124

⁸⁷ M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2004. P.333

procedimientos y legislaciones locales de los Estados. En otras palabras, una concepción muy amplia del Trato Justo y Equitativo puede romper el límite que separa al derecho interno del derecho internacional público, 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 éstos 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.

Prueba de esta situación fue clara luego del caso Pope & Talbot contra Canadá en 2001, donde el tribunal del caso aplicó un criterio expansivo en sus dos primeros laudos⁸⁸. Antes del tercer y último laudo, la Comisión de Libre Comercio del Nafta efectuó una interpretación del artículo 1105 en la que manifestó que Justo y Equitativo, no significa un trato que vaya más lejos que el estándar mínimo internacional. Sornarajah realiza 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 incomoda y existió la necesidad de una media vuelta rápida...”*⁸⁹.

2.4 Contenido del Trato Justo y Equitativo (TJE)

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, más aún como sostiene el Tribunal de Mondev vs. Estados Unidos: *“un juicio sobre que es justo y equitativo no puede alcanzarse en abstracto; tiene que depender de los hechos del caso particular”*⁹⁰. Esta importancia que se le otorga al elemento subjetivo de este estándar, ha permitido

⁸⁸ En el caso Pope & Talbot contra Canada, existieron 3 laudos.

⁸⁹ (M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, P.337)

⁹⁰ “(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 v.USA, 11 de octubre de 2002, citado en Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law*, P.128

que en diversas interpretaciones se creen un sin número de elementos o derechos para el inversor, que se apartan mucho de los elementos del caso Neer, como parte del trato justo y equitativo.

La primera dificultad para el análisis de estos elementos, parte de la gran diversidad de redacciones de cláusulas que contienen el estándar del TJE, que hace que la interpretación estructural en casos concretos difiera de un caso a otro; y en segundo lugar existe una dificultad por la gran cantidad desarticulada de fallos, que es producto de la ausencia de un solo órgano internacional que unifique los criterios frente al estándar. Por las dificultades expuestas, el establecer estos elementos se ha vuelto en un problema para la doctrina, donde prácticamente cada autor propone su sistematización de manera diferente de los elementos elaborados por tribunales arbitrales sobre el TJE, haciendo imposible el lograr un consenso sobre lo que se entiende por el contenido del estándar dentro de un criterio amplio de su interpretación. A continuación se exponen algunos de los intentos de sistematización por parte de la doctrina, de la gran cantidad de interpretaciones de tribunales arbitrales sobre contenido del estándar.

Para Sornarajah⁹¹, quien es crítico de una interpretación extensiva del estándar, los elementos del TJE, son únicamente dos: denegación de justicia y debido proceso. Por su parte, para Dolzer y Schreuer⁹², 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-Small⁹³, por su parte, analiza los siguientes: obligación de vigilancia y protección; debido proceso; falta de arbitrariedad y no discriminación; transparencia y estabilidad; expectativas legítimas. Lluís Paradell⁹⁴ menciona: denegación de justicia; no discriminación; transparencia; estabilidad; legítimas expectativas. Salacuse⁹⁵ 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. Schill⁹⁶,

⁹¹ (M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, p. 340)

⁹² Dolzer y Schreuer, *Principles Of International Investment Law*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2008, p.133

⁹³ Katia Yannaca-Small, *Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments en Standards of Investment Protection*, 2008, Oxford University Press, Reino Unido ,p.118.

⁹⁴ Lluís Paradell, The Bit Experience of The Fair And Equitable Treatment Standard, en *Investment Treaty Law, Current Issues II*, Reino Unido, Brithish Institute of International and Comparative Law, 2007 II, p.129

⁹⁵ (W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, P.228)

⁹⁶ Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, 2009, Cambridge University Press, Reino Unido, p.80

aparte de los elementos mencionados, acota que el TJE 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 Tudor⁹⁷, son nueve circunstancias que se pueden apreciar en el TJE, estas son: 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; trato discriminatorio y arbitrario.

La gran diversidad de criterios expuestos habla por sí sola de la complejidad de identificar el contenido del TJE 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 el aceptar como punto de partida, la clasificación en cuatro grupos de estos elementos que propone los trabajos de la OCDE sobre el TJE. En estas categorías podemos ver que se incluyen a los elementos mencionados anteriormente. Las categorías son: a) Obligación de vigilancia y protección, b) Debido proceso /denegación de justicia /arbitrariedad; c) Transparencia y respeto de las expectativas legítimas del inversor; y d) Elementos autónomos de equidad. A continuación se realiza un análisis de estas categorías, buscando incluir en ellas las diferentes interpretaciones de la doctrina.

2.4.1 Obligación de vigilancia y protección

Este grupo parte de redacciones de cláusulas donde se vincula al TJE con otro estándar del derecho internacional, que es el de seguridad y protección. Sin embargo, es necesario establecer que mientras el TJE, implica una obligación negativa, es decir de no hacer; el de seguridad y protección implica una obligación positiva, que implica el tomar las medidas y actuaciones necesarias para proteger la inversión efectuada por el extranjero frente cualquier contingencia u hostilidad que pueda recibir en el territorio del país anfitrión. Estos dos estándares son utilizados frecuentemente juntos en muchos TBI, pero su aplicación ha generado dos problemas para los tribunales arbitrales que lo han analizado: El primero es establecer la relación entre el TJE y la seguridad y protección, es decir si la violación de uno implica necesariamente el incumplimiento del otro; y el segundo, si

⁹⁷ (Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, p.321)

la obligación de protección se limita o no al ámbito físico, es decir, si la protección se extiende a otras 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 Lanka⁹⁸, en la que se establece una relación entre el TJE 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 TJE, 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 sólo de seguridad 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.⁹⁹

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 de TJE, donde se haga mención a las expresiones expuestas.

Los trabajos de la OCDE, no 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 análisis a la estabilidad del marco legal. En

⁹⁸ OECD, Fair And equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD International Investment Law a Changing Landscape, 2005, Según la información expresada en la publicación, el documento fue preparado por Catherine Yannaca-Small, y discutido por los miembros del *OECD Investment Committee*, París, p.106

⁹⁹ Apartado 408, Laudo arbitral Azurix Corp. contra La República Argentina, caso CIADI No. arb/01/12, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurixlaudo.pdf>

especial manifiesta “*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*”¹⁰⁰. El Tratado en el 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 relacionarse 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.

2.4.2 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 law¹⁰¹. 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 cuando la misma constituye un ilícito internacional. Para Sorharajah, esta responsabilidad se alcanza cuando

¹⁰⁰ 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 and Ian Laird, *Standards of Treatment, The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, p.278

¹⁰¹ M. Sornarajah, *The Fair and Equitable Standard of Treatment: Whose Fairness? Whose Equity?*, en *Investment Treaty Law, Current Issues II*, Reino Unido, British Institute of International and Comparative Law, 2007 II, p.175

el perjuicio que irroge la decisión de un estado, “*escandalice la conciencia del mundo exterior*”¹⁰². Tudor por su parte, identifica dos elementos¹⁰³ en la noción de denegación de justicia: Uno procesal, que significa la imposibilidad de acceder a cortes locales y uno sustantivo, que implica la función deficiente de un órgano jurisdiccional. García-Amador, identifica tres formas de entender la denegación de justicia¹⁰⁴: 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 estos tipos de formas de entender el concepto de denegación de justicia, la intermedia es la que ha predominado en los diferentes fallos sobre el tema.

La jurisprudencia arbitral se ha pronunciado sobre casos de denegación de justicia, tanto en situaciones administrativas como judiciales. En las actuaciones administrativas, 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*”¹⁰⁵. Por otra parte sobre la actuación de las cortes, el Tribunal de Azinian contra México ha sido uno de los que más han 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 éste 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.”¹⁰⁶

¹⁰² (M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, p.430)

¹⁰³ (Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment*, p, 158)

¹⁰⁴ Citado por Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Reino Unido, Oxford University Press, 2010, P.241

¹⁰⁵ Apartado 91, Laudo Arbitral de 30 de agosto 2000, *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI No. Arb(af)/97/1, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/MetacladAward-Spanish.pdf>

¹⁰⁶ Apartados 102 y 103 del Laudo Arbitral del 1 de noviembre de 1999, *Robert Azinian, Kenneth Davitian Y Ellen Baca contra Los Estados Unidos Mexicanos*, caso CIADI, CASO Núm. ARB(AF)/97/2

Sin embargo, el propio tribunal, realiza la siguiente apreciación sobre los límites que debe 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. Aún si los demandantes convencieran a este Tribunal Arbitral 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.”¹⁰⁷

Del análisis del Tribunal en el presente caso, se puede entender que un tribunal no podría aplicar el TJE 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, el tribunal de *Loews contra Estados Unidos*, al analizar el TJE encuentra también que el acceso a justicia, o la denegación de esta, es parte del estándar¹⁰⁸. 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*”¹⁰⁹. Finalmente, se puede

http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC544_Sp&caseId=C156.

¹⁰⁷ Párrafo 99, Laudo Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, *Contra Los Estados Unidos Mexicanos*, (*Azinian v. México*) disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azinian-Spanish.pdf>

¹⁰⁸ El Tribunal manifiesta: en su apartado 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 Laudo Arbitral, de 26 de Junio, de 2003, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra Estados Unidos*, disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>

¹⁰⁹ Traducción personal, el Pronunciamiento completo del Tribunal es el siguiente: “*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*

mencionar que en casos recientes como en *Thunderbirth contra México*¹¹⁰, se ha mantenido esta línea de la interpretación de fallos anteriores.

En conclusión se puede apreciar 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 puede concluir puntos comunes entre las diferentes 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 TBI. 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 y donde se 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.

2.4.3 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: en primer lugar porque es difícil de establecer exactamente cuáles son dichas expectativas en un caso concreto; estas legítimas expectativas pueden constituir una camisa de fuerza para los estados, los cuales deben analizar el desarrollo de sus políticas públicas, tomando en cuenta las meras expectativas del inversionista; y finalmente se debe mencionar que si los estados que celebran un TBI, hubieran deseado extender una fórmula tan ambiciosa mediante la cual las expectativas de un

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.”. Laudo arbitral, de 30 de abril de 2004, *Waste Management, Inc.*

Versus México, disponible en: http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf

¹¹⁰ El tribunal realiza el siguiente análisis donde parte 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 1926/12, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence*13. *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*”. Apartado 194, Laudo Arbitral, *International Thunderbird Gaming Corporation contra México*, 26 de enero de 2006. Disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>

inversor se transforman, interpretando el TJE, en verdaderos derechos, estos lo introducirían expresamente en una cláusula de un tratado y no dejarían que un Tribunal transforme meras expectativas en obligaciones internacionales. En todo caso, a continuación se analiza la posición de la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

La protección de las legítimas expectativas es una figura que nace, al igual que las citadas anteriormente, 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”*.¹¹¹ 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”*¹¹². Sin embargo, el marco legal sobre en 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”*¹¹³. En resumen, quienes defienden la existencia de una obligación de respetar las legítimas expectativas del inversor, se centran en la estabilidad y transparencia del marco normativo del estado anfitrión.

En el análisis efectuado por la jurisprudencia, en la gran mayoría de casos se limitan a analizar en el caso concreto las legítimas expectativas del inversor, como en *Generation Ukraine*

¹¹¹Traducción personal: (M. Sornarajah, *The Fair and Equitable Standard of Treatment*, p.176)

¹¹² Traducción personal (Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law*, P.134)

¹¹³Traducción personal: (W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, p.233)

contra Ucrania¹¹⁴, donde el Tribunal efectúa 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 más detenidamente el concepto de expectativas legítimas y lo realiza de la siguiente manera:

“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 la naturaleza de la violación alegada bajo el TLCAN y de las circunstancias del caso”¹¹⁵

Los estudios de la OECD también citan fallos con análisis similares, pero 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. En todo caso, se puede afirmar que existe una relación entre el marco legal y la norma que contiene el TJE, 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.

2.4.4 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 búsqueda del significado de la equidad. Los trabajos de la OCDE, no desarrollan mucho esta categoría limitándose 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 TJE. El caso generó tres laudos, siendo el segundo y tercero los más importantes. En la fundamentación del segundo, el Tribunal manifiesta que el TJE es un estándar adicional al mínimo requerido por el derecho internacional¹¹⁶ y por lo tanto posee un

¹¹⁴ Apartado 20.37, laudo Generation Ukraine, INC. c. Ukraine CIADI, caso No. ARB/00/9, disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/GenerationUkraine_000.pdf

¹¹⁵ Traducción personal del apartado 147 y 148 del laudo de 26 de enero de 2006, International Thunderbird Gaming Corporation c The United Mexican States. Bajo las reglas de la UNCITRAL, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>

¹¹⁶ El Tribunal manifiesta : “investors under NAFTA are entitled to the international law minimum, plus the fairness elements”. Párrafo 110,

umbral de responsabilidad mayor 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”¹¹⁷ 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 NAFTA, que vieron cómo la interpretación expansiva de los casos expuestos, encabezados por Pope & Talbot podrían generar un peso mayor del grado de responsabilidad en sus actuaciones, lo que en general motivó que la Comisión del Acuerdo del NAFTA, establecida en este Tratado, emitiera una opinión vinculante al respecto, la misma que limita y liga al TJE al derecho consuetudinario internacional.

Con estos antecedentes, y canalizando la preocupación de los estados miembros del NAFTA, la comisión de este tratado, en julio de 2001, emitió la siguiente opinión aclaratoria sobre el Capítulo 11 del acuerdo regional, el cual contiene el TJE:

“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 éste.
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).”¹¹⁸

Esta interpretación por lo tanto buscó limitar la interpretación expansiva que los casos mencionados habían empezado a desarrollar en torno al TJE. Sin embargo, esta interpretación también fue objeto de cierta crítica¹¹⁹ ya que manifiesta que el TJE no requiere un trato adicional al

¹¹⁷ Los vocablos en inglés empleados son “egregious” “Outrageous”, Apartado 109, Pope & Talbot Awards, en *Offprints of The Journal of World Investment*, Werner Publishing Company Ltd., Ginebra, 2001

¹¹⁸ Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11*, 31 de julio de 2001, texto disponible en:

http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_s.asp

¹¹⁹ 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 interpreted 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 *The Quest to Define “Fair and Equitable Treatment For Investors under International Law, The Case Of NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards*, en *Offprints of The Journal of World Investment*, Werner Publishing Company Ltd., Ginebra, 2001, p.675

derecho internacional, añadiendo la palabra consuetudinario, lo cual para muchos constituyó una extralimitación de la Comisión al no sólo hacer una interpretación sino realmente modificar el Tratado. Esta posición crítica a la interpretación fue asumida por el propio tribunal de Pope & Talbot, quién 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.

Capítulo III

El TJE y las obligaciones del Ecuador

3.1 Antecedentes del derecho de inversiones y el TJE en el Ecuador

Como gran parte de estados que fueron colonias europeas, las primeras normas relacionadas con inversión en el Ecuador, parten de los tratados de amistad, comercio y navegación, que fueron parte -al igual que los TBI contemporáneos-, 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 Estados Unidos y Francia (1778)¹²⁰. En esta línea, el Ecuador suscribió este tipo de tratados con 15 estados diferentes¹²¹, siendo los primeros suscritos con las potencias del mencionado siglo: Estados Unidos (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.

La gran parte de los mencionados tratados se encuentran extintos, ya que han sido remplazados por TBI, o simplemente han perdido vigencia por el cumplimiento del plazo de los mismos. Únicamente, se encuentran vigentes -al menos formalmente-, los tratados con Suecia (1939) y Perú (1999), país con el cual se firmó la paz a fines del siglo pasado, razón por la cual también es el más reciente y por lo tanto su estructura difiere bastante de aquellos celebrados en los siglos XVIII y XIX.

¹²⁰ (M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, p. 209)

¹²¹ Estados Unidos, Francia, Antigua Granada, Reino Unido, México, Chile, Colombia, Japón, Italia, Bélgica, Suiza, El Salvador, Países bajos, Suecia, Perú

El siguiente paso en la evolución de las normas relacionadas con inversión en el Ecuador, se produce en la esfera bilateral, ya que en 1966 se negoció y suscribió un Convenio de Protección de Inversiones de Capital con la República Federal Alemana¹²², durante la presidencia de Clemente Yerovi, en lo que fue el primer TBI ecuatoriano. Sin embargo, en los años siguientes la práctica no fue común ya que se debería esperar a la década de los noventa para una mayor expansión en la práctica de este tipo de instrumentos internacionales. Antes de los noventa, 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, ya que el mismo únicamente se limita a evitar cualquier expropiación que no lleve consigo una “*indemnización efectiva y adecuada, conforme al derecho internacional*”¹²³, introduciendo así 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 el 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 de la inversión extranjera, pero se establecían las razones de ser de la misma: por un lado, la de establecer como objetivo primordial de la Comunidad el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros; y la aceptación, aunque sea en parte, de las teorías económicas¹²⁴ que sustentan el derecho de las inversiones que crean en mayor o menor grado la relación causa-efecto entre inversión y el desarrollo deseado¹²⁵.

Lo expuesto se evidenció el 21 de diciembre de 1970 cuando se promulgó la Decisión 24 de la CAN, a la cual Muchlinski¹²⁶, 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 tanto la entrada de flujos de capital, los cuales debían obtener una autorización para su

¹²² RO. No. 147 del 25-10-1966

¹²³ Artículo 3, Convenio De Inversion Extranjera Con Suiza , ROS No.153 de 25-11-2005

¹²⁴ Las principales teorías son: Clásica, dependencia y mixta, para un mayor desarrollo léase a (M. Sornarajah, *The International Law On Foreign Investment*, p.50)

¹²⁵ 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*, 1972

¹²⁶ Peter t. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2007, p 657

ingreso, por lo que en este contexto no se creaban estándares de protección como el TJE, los mismos que eran contrarios a la lógica de control común de la inversión extranjera en la región que predomina la decisión 24¹²⁷. 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*"¹²⁸. El centro fundamental de esta Decisión radica en alejarse del proteccionismo de sus predecesoras y más bien entra de alguna manera en la dinámica de aperturismo que primaba en la década de los noventa. 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, los cuales antes se encontraban limitados en un 14 % en Decisión 24 y luego en 20 % en la 220. En lo relacionado a los estándares de trato, la Decisión 291 no introduce el TJE, 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..¹²⁹

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

¹²⁷ El texto de la decisión 24, se encuentra disponible en

http://intranet.comunidadandina.org/IDocumentos/c_Newdocs.asp?GruDoc=07

¹²⁸ Decisión del Acuerdo de Cartagena 291, *Régimen Común de Tratamiento a Los Capitales Extranjeros Y Sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*, publicada en el Registro Oficial Suplemento 682 del 13 de mayo de 1991.

¹²⁹ 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 [...]* ", Art. 1, de la Decisión 291. 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.

que introduce el régimen de empras multinacionales andinas, aborda ciertos puntos de interés¹³⁰, sin embargo, en materia de estándares no tiene en su contenido material un desarrollo relacionado con el TJE, 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 cualquier política común sobre inversiones extranjera*"¹³¹. Lo cual sintetiza la falta de acuerdos políticos que ha experimentado la CAN a lo largo de su historia.

Posteriormente, en la década de los noventa, existe el fenómeno de la multiplicación de tratados internacionales, del cual el Ecuador no estaría 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 TJE.

La etapa de negociaciones y suscripción de negociaciones llegó a su fin para el Ecuador en el año 2007 –no así para otros países de la región–, cuando el Presidente electo Rafael Correa, manifestó su oposición a este tipo de tratados y a aquellos donde el Ecuador abra la puerta para el arbitraje internacional, motivo por el cual en 2007, el Ecuador inició los procesos de denuncia del CIADI. En esta misma línea, en el año 2008 se promulgó la nueva Constitución de la República, la cual en su artículo 422 limita el arbitraje estado-inversor. Finalmente, en enero de 2010, el mismo presidente solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de varios TBI, sobre los que en algunos casos ya sea manifestado la Corte Constitucional conforme se analizará en líneas posteriores.

3.2 Los Tratados Bilaterales de Protección de inversiones celebrados por el Ecuador

El Ecuador en su práctica internacional ha firmado al menos veinte y cuatro¹³² tratados que

¹³⁰ Por ejemplo, incorpora los conceptos de inversionista y empresas nacionales, extranjeras, subregionales, las cuales están determinados por el porcentaje del capital social de sus accionistas 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.

¹³¹ (Peter t. Muchlinski, *Multinational Enterprises & The Law*, p. 658)

¹³² 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

pueden clasificarse como TBI, siendo el primero el celebrado en 1966¹³³ con Alemania, conforme lo mencionado anteriormente y los últimos en el año 2001¹³⁴. Sin embargo, de estos la gran mayoría fueron suscritos en la década de los noventa¹³⁵, como parte del proceso liberatorio de ese momento, encabezado por el nacimiento del marco multilateral de comercio, patrocinado por la OMC. Esta nueva organización internacional cuenta con una estructura compleja de arreglos que regulan entre otras cosas: servicios, mercancías, agricultura y propiedad intelectual. Sin embargo, este marco multilateral carece de un arreglo específico de inversiones, lo que entre otras cosas motivó la proliferación de TBI en todo el mundo, como se ha comentado en líneas anteriores.

Conforme lo manifestado, y en relación con el TJE, estos tratados utilizan diferentes formas y estilos de redacción en las cláusulas que contienen a este estándar. Por lo tanto, a fin de sistematizar su análisis, pueden utilizarse dos criterios: el propuesto por Iona Tudor¹³⁶, el cual contempla analizar que otros estándares son incluidos en la cláusula del TJE¹³⁷; y, complementariamente, cuáles de estos TBI, incluyen al TJE, en el preámbulo, lo cual influye en su interpretación, especialmente si se toma en cuenta la interpretación a través del contexto determinada en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados¹³⁸.

En relación al primer criterio, Tudor propone una división de las redacciones de cláusulas de TJE en tres categorías: una en la que el TJE se encuentra solo; una segunda categoría, donde se agrupa a cualquier referencia que se haga al derecho internacional; y finalmente una tercera, en la que se agrupan las redacciones que ligan de alguna manera el TJE con otros estándares de protección, como nación más favorecida, seguridad y protección y trato nacional.

¹³³ 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.

¹³⁴ Tratados suscritos con: Costa Rica, Italia y Suecia

¹³⁵ 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

¹³⁶ Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, en *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Reino Unido, Oxford University Press, 2009, p. 313

¹³⁷ Revisar Anexos.

¹³⁸ 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 Estado Unidos.

Sobre el primer grupo, es decir aquellos donde el TJE, se encuentra expresado solo, sin hacer mención ni al 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 sólo de jure sino también de facto*”¹³⁹. En esta categoría existen doce TBI¹⁴⁰ firmados entre el Ecuador y estados mayormente latinoamericanos. El que el TJE este 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.*”¹⁴¹

En este grupo, también encontramos otro tipo de referencia secundaria al TJE 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.*”¹⁴². En la comparación de estas dos redacciones, se puede apreciar cómo el Tratado con Argentina guarda una vinculación más fuerte con el TJE, 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 TJE.

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,*

¹³⁹Traducción personal de (Ioana Knoll-Tudor, *The Fair and Equitable Treatment*, p, 313)

¹⁴⁰ Tratados firmados con: Alemania , Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Italia, Nicaragua , Perú, Rumania, Suecia

¹⁴¹ Artículo 3 de Convenio entre El Gobierno de La Republica del Ecuador y El Gobierno De La República Argentina para la Promoción y Protección Reciproca de Inversiones (1994)

¹⁴² Art. 2, Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento Y Reciproca Protección de Inversiones de Capital (1996)

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 TJE 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 al el segundo grupo, únicamente en la redacción de TBI firmados por cuatro países –Canadá, Estados Unidos, Francia y Venezuela– con Ecuador se menciona al derecho internacional en la cláusula que contiene el TJE. 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 TJE 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”*¹⁴³. Sin embargo, dentro de esta misma categoría, existen diferentes formas de expresar el TJE, por ejemplo, el TBI entre Ecuador y Francia¹⁴⁴, 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.”*¹⁴⁵

La redacción 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 DI y no sólo los principios, con el siguiente texto:

¹⁴³ Traducción personal de Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Reino Unido, Oxford University Press, 2010 , P.223

¹⁴⁴ 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”*

¹⁴⁵ Artículo 4 del Tratado de Protección de Inversiones entre Ecuador y Francia

*“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”*¹⁴⁶.

Esta forma de concebir al estándar se asemeja a la que fue empleada en las notas obligatorias interpretativas de la Comisión del Acuerdo del NAFTA, la cual fue realizada ante los fallos de tribunales arbitrales que utilizaban interpretaciones expansivas, conforme se analizó anteriormente. En todo caso, el utilizar al derecho internacional en la redacción de una cláusula no significa que un tribunal realice interpretaciones expansivas, partiendo no de la naturaleza autónoma del TJE, sino de la capacidad evolutiva del estándar mínimo internacional, como fue el caso de *Pope & Talbot*, en el mismo marco del NAFTA.

Finalmente existe un último grupo¹⁴⁷ de tratados suscritos por el Ecuador, en los que en la cláusula del TJE incorpora 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 TJE. 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:

*“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”*¹⁴⁸

Por lo expuesto, podemos concluir que el utilizar el TJE, junto con otros estándares, permite a la inversión gozar de una doble protección frente actuaciones del estado receptor por sí misma, o

¹⁴⁶ 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.”*

¹⁴⁷ Este es el caso de los TBI, suscritos con: China, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Países Bajos, Paraguay, Suiza

¹⁴⁸ El texto puede traducirse como: *“Un Tratado que ofrece un 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 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”*. (Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, P.221).

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.*”¹⁴⁹. En este tipo de redacción, se aprecia como el estándar de NMF constituye una base para la aplicación del TJE, ya que si bien se manifiesta que el trato no sea menos favorable que el otorgado a terceros, no implica que pueda ir más lejos¹⁵⁰.

Dentro del grupo de estándares que se mezclan en la redacción de cláusulas con el TJE, es común apreciar como existe la combinación con el estándar de seguridad y protección. En muchas ocasiones se ha manifestado que este estándar es una adición al TJE, 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 TJE 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 TJE, 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 Contratante.*”¹⁵¹. Otra forma de redacción es la presentada en el TBI suscrito con los Países Bajos, donde se incorpora la siguiente cláusula:

¹⁴⁹ Art. 4, Acuerdo para La Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre La República del Ecuador y El Reino De España

¹⁵⁰ 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.*”

¹⁵¹ Artículo 4 del *Convenio entre la República del Ecuador y El Gobierno de La República Francesa para la Promoción Y Protección Recíprocas De Inversiones* (1996)

“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.”¹⁵²

También se pueden señalar ciertos TBI, como el suscrito con Estados Unidos, que elaboran una completa redacción del TJE junto con el derecho internacional y varios estándares de trato, incluyendo los de no discriminación y protección y seguridad plenas. La redacción de esta 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*”¹⁵³ En este tipo de redacción, se incorpora los elementos analizados anteriormente, y se establece al derecho internacional como base pero no como límite, lo cual fue objeto del análisis por parte del Tribunal del primer caso con Occidental, que será objeto de análisis en líneas posteriores.

Finalmente, en relación a las formas de inclusión del TJE en los tratados suscritos por el Ecuador, se puede incorporar un segundo criterio de análisis que es la inclusión de este estándar en los preámbulos de los tratados. En general, el preámbulo de un tratado es un texto que muchas veces no es objeto 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, misma 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*”¹⁵⁴ . Por lo expuesto, la inclusión de la terminología *justo y equitativo* en el preámbulo permite que la interpretación sistemática de una cláusula del TJE respectivo, sea concebida de una forma más amplia.

Este es el caso del preámbulo del TBI con Estados Unidos, que expresa lo siguiente: “*Conviniendo en que, a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización*

¹⁵² Artículo 3 del *Convenio Para La Promoción Y Protección Reciproca De Inversiones Entre La República del Ecuador Y El Reino de Los Países Bajos* (1999)

¹⁵³ Artículo 2, *Tratado entre la República del Ecuador y Los Estados Unidos de América Sobre Promoción y Protección Reciproca de Inversiones* (1993)

¹⁵⁴ Georg Schwarzenberger, *International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1957, p. 505

más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones”¹⁵⁵. En este preámbulo se hace una referencia tanto al TJE como al marco estable como elementos del mismo, lo cual hace que la dimensión de la cláusula del TJE adquiera un especial significado.

Existen en general cuatro TBI¹⁵⁶ que incorporan esta terminología en el preámbulo. Resalta un poco el Tratado con República Dominicana, ya que es el único que no incorpora en el texto del tratado al TJE, 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”*¹⁵⁷. Sin embargo, la inclusión del TJE sólo 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”*¹⁵⁸. En este caso, el preámbulo se refiere a *condiciones justas y equitativas*¹⁵⁹ 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.

Conforme a lo analizado en las líneas anteriores, es claro que no existe un solo estándar absoluto de TJE en las obligaciones adquiridas por el Ecuador, sino que existen diferentes menciones al mismo; mas, el umbral de responsabilidad adquirido depende especialmente de todos los factores analizados en la forma de su formulación. Adicionalmente, debemos reafirmar que el estándar deberá ser apreciado no sólo en abstracto, sino también en concreto, analizando las

¹⁵⁵ Ibidem

¹⁵⁶ Tratados suscritos entre el Ecuador y los siguientes países: Estados Unidos, Perú, República Dominicana y Suecia

¹⁵⁷ Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Dominicana.

¹⁵⁸ Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (2001)

¹⁵⁹ Esta misma fórmula es utilizada en el TBI con 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”*

cuestiones propias de cada caso, y la formulación específica de cada TBI, para poder delimitar su contenido.

3.3 El TJE y los Litigios internacionales del Ecuador

Conforme a lo expresado, 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 por el Ecuador, pero la segunda parte, consiste en conocer la experiencia del Ecuador en los análisis concretos que han efectuado tribunales internacionales.

3.3.1 El TJE en el caso *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, en lo que fue conocido como el “IVA petrolero” donde el Ecuador, a través del SRI, 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 éstas, y por lo tanto que no exista obligación por parte del Estado de reintegrar o devolver valores por este concepto.

El contrato de participación petrolera entre Occidental Exploration and Production Company (OEPC) y Petroecuador, fue suscrito en 1999, pero la relación de la compañía con el Ecuador data de 1985, mas con 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. 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 OEPC, el arbitraje no fue llevado ante el tribunal internacional con una base contractual, sino alegando expresamente violaciones a derechos adquiridos en la aplicación del TBI entre Estados Unidos y el Ecuador, concretamente por violaciones al TJE. 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. Por lo

expuesto, este es probablemente el caso en el que el Ecuador ha sentido con mayor rigurosidad los efectos de una aplicación extensiva del TJE, al punto en que su potestad tributaria no tuvo un peso significativo ante los ojos del Tribunal internacional.

Este caso ha sido, así mismo, uno de los más importantes sobre la materia, porque permite apreciar la relación del TJE 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 de IVA, lo que deja muchas interrogantes sobre la aplicación del TJE, 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 TJE- puede ir más lejos del consentimiento otorgado por un Estado incurriendo en falta de competencia. Con esta premisa, el Ecuador planteó, sin éxito, en los meses siguientes al laudo de 1 de julio de 2004, una ofensiva legal con el fin de anular el laudo¹⁶⁰, precisamente con el argumento de que los árbitros se habían excedido 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.

3.3.1.1 Los argumentos de las partes y la posición del tribunal frente su competencia

OEPC 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 Ecuador¹⁶¹: conceder Trato Justo y Equitativo (TJE); el tratamiento menos favorable el otorgado a los exportadores ecuatorianos; el no impartir medidas discriminatorias; y finalmente, la expropiación directa o indirecta. Por su parte, el Ecuador planteó como argumentos

¹⁶⁰ En total existieron cuatro decisiones de las Cortes inglesas sobre la materia: Judgment of High Court of Justice regarding non-justiciability of challenge to arbitral award, 29 April 2005; Judgment of the Court of Appeal regarding non-justiciability of challenge to arbitral award, 9 September 2005; Judgment of the High Court of Justice regarding challenge to arbitral award, 2 March 2006; Judgment of the Court of Appeal regarding challenge to arbitral award, 4 July 2007. El texto completo de estas decisiones se encuentra disponible en: http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_respondant.htm

¹⁶¹ Apartado 36 del laudo

de su defensa excepciones de competencia del tribunal internacional relacionadas con el artículo VI (2) y (3), que impiden la bifurcación de caminos en la justicia nacional e internacional; y la prohibición contenida en el artículo 10 del TBI, que excluye la materia arbitral del tratado. Adicionalmente, negó las pretensiones materiales de OEPC y rechazó expresamente la existencia de expropiación.

El árbitro en primera instancia analizó su competencia, partiendo de las dos excepciones en este sentido expuestas por el Ecuador. En relación a la primera excepción, sobre la denominada bifurcación de caminos o *fork in the road*, que consiste en la prohibición que establece el TBI para perseguir por dos caminos distintos un mismo conflicto en la justicia nacional e internacional, debemos mencionar que el Ecuador alegó ante el Tribunal el hecho de que OEPC ya había recurrido las decisiones del Servicio de Rentas Internas (SRI) ante las cortes locales (Tribunal Fiscal y la entonces Corte Suprema de Justicia), por lo que ya se habían activado los mecanismos locales, dejando precluida la acción internacional. El TBI en su parte pertinente prescribe:

“2. Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- a) A los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia; o
- b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido, o
- c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este artículo.

3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio”¹⁶²

En esta disposición del TBI, se establece con toda claridad el curso de las acciones a seguir por un nacional de uno de los dos estados, esto es el perseguir el litigio en las cortes locales o acceder a un tribunal arbitral internacional, de ahí que se conozca a este tipo de disposiciones como bifurcación de caminos. Sin embargo, para el Tribunal esta disposición no llegó a aplicarse al caso, ya que evaluó el término de 20 días que la ley ecuatoriana otorga al contribuyente para accionar contra este tipo de actos administrativo y manifestó:

“The Tribunal is of the view that in the case the investor did not have real choice. 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

¹⁶² Artículo 6 (2) (3) TBI Ecuador – Estados Unidos

applicacion before the local courts were not made within the period mandated by the Tax Code”¹⁶³

Con este razonamiento y tomando en cuenta que la acción estaba centrada en violaciones o incumplimientos a la obligaciones contenidas en el TBI, el Tribunal concluyó simplemente que la prohibición contenida en el artículo 6 (2) (3), no se aplicaba a este caso y por lo tanto, la desechó.

En lo relacionado a la segunda excepción, esto es, a la competencia de los árbitros, el Estado ecuatoriano alegó expresamente la disposición contenida en el artículo 10 del tratado, cuyo texto es el siguiente:

“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 artículos 6 y 7 del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:
a) La expropiación, de conformidad con el artículo 3;
b) Las transferencias, de conformidad con el artículo 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 inciso a) o el inciso 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.”¹⁶⁴

Este artículo del TBI 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 Estado¹⁶⁵. José Vicente Troya, sobre esta disposición comenta:

“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 si mismo, no es bastante para que sirva de asidero a la existencia de arbitraje tributario internacional obligatorio que sea apto para

¹⁶³ Apartado 61 del fallo, podría traducirse de la siguiente forma “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 renunciada, si la aplicación ante las cortes locales no se hubiera efectuado en el periodo establecido en el código Tributario.”

¹⁶⁴ Artículo 10 TBI Ecuador – Estados Unidos

¹⁶⁵ 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 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 el Ecuador, en Impuestos sobre el Comercio Internacional*, Victor Uckmar, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 200, p. 407

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”¹⁶⁶

Sin embargo, el Tribunal consideró que al tratarse de violaciones al TJE, y tomando en cuenta que en el mismo artículo 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 artículo 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.

Finalmente, en lo relacionado a las acusaciones de expropiación, la OPEC manifestó que la negativa de devolución del IVA por parte del SRI, consiste realmente en una forma de expropiación. Este argumento carece de cualquier sustento, ya que tomando en cuenta el régimen tributario de un estado como un conjunto, lo que pudiera ser expropiatorio sería un tributo y no la ejecución del mismo. Adicionalmente, ninguna de las partes, ni siquiera el propio inversor puso en tela de duda la existencia del hecho generador y la consecuente obligación tributaria del IVA petrolero. Como manifiesta José Vicente Troya: *“Es mucho más difícil, casi imposible, sustentar que la Administración tributaria, al aplicar los impuestos y otras cargas de este ámbito, constituya o produzca medidas equivalentes a una expropiación en los términos del derecho internacional”*¹⁶⁷. El Tribunal al respecto manifiesta: *“El tribunal consecuentemente sostiene que el reclamo concerniente a expropiación es inadmisibles”*¹⁶⁸.

3.3.1.2 El TJE en el Laudo Arbitral

Por lo expuesto en líneas anteriores, resulta claro que el TJE en el presente caso es el argumento fundamental sobre el cual el Tribunal Arbitral fundamenta muchas de las decisiones de su laudo. En especial podemos apreciar dos formas de utilización de TJE: como herramienta formal para fundamentar competencia en el caso; y, como norma material para establecer la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano.

¹⁶⁶ (José Vicente Troya, *Impuestos y Arbitraje Internacional...*, p.409)

¹⁶⁷ (José Vicente Troya, *Impuestos y Arbitraje Internacional...*, p.410)

¹⁶⁸ Traducción personal del Párrafo 92, laudo OPEC contra Ecuador, 2004

En relación al primer punto, el Tribunal hace una construcción del estándar y enfatiza especialmente su inclusión en el artículo 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 artículo 2 del TBI. El Tribunal manifiesta:

“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. Párrafo 1 of Article X thus acquires in this context its full meaning”¹⁶⁹

Por lo expuesto, es claro que el Tribunal realiza una construcción de su competencia en el presente caso partiendo de violación exclusivamente al TJE y no por tratarse en sí de un tema tributario arbitrable. En todo caso y como se verá más adelante, no queda claro en ciertos puntos de laudo, el alcance del TJE incluso con una visión amplia, ya que a pretexto del mismo, se interpreta inclusive la ley tributaria nacional.

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 TBI que expresa lo siguiente: “*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*”¹⁷⁰. Sobre el análisis de este texto, el Tribunal se pronuncia sobre la premisa del TJE, 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

¹⁶⁹ Una traducción aproximada del texto sería: “*La disputa, de una forma u otra, claramente está sujeta a las disposiciones de solución de controversias del Tratado. Esto automáticamente activa las normas de tratamiento del artículo II, incluido el trato justo y equitativo. Párrafo 1 del artículo X lo que adquiere en este contexto su pleno significado*” apartado 75, laudo OEPEC contra Ecuador.

¹⁷⁰ Preambulo TBI Ecuador – Estados Unidos

TJE concebido por las partes en este TBI en particular¹⁷¹. Este es un ejemplo más de cómo la inclusión del TJE en la motivación de un TBI, lo potencia y lo hace 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: “*The Tribunal must note in this context that the framework under which the investment was made an operates has been changed in an important manner by the actions adopted by the SRI*”¹⁷². Adicionalmente, el Tribunal menciona varios precedentes¹⁷³ de interpretación amplia del TJE para establecer que en el presente caso no existió la certeza necesaria para que el inversor pueda planear su operación económica en violación al TJE, y para que señalar que a efectos de este incumplimiento del estándar, no es necesario establecer si existió mala fe, ya que este elemento contiene una obligación objetiva¹⁷⁴ y no subjetiva.

Finalmente, el Tribunal hace un análisis sobre la relación entre el TJE y el EMI, donde aplica evidentemente 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:

“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”¹⁷⁵ (subrayado es personal)

¹⁷¹ Apartado 183, Laudo OEPC contra Ecuador

¹⁷² Una traducción aproximada al texto sería: “*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*”, apartado 184, Laudo OEPC contra Ecuador.

¹⁷³ Se menciona como antecedentes: Técnicas Medioambientales Tecmed SA. Contra México ; Metaclad

¹⁷⁴ Apartado 186, Laudo OEPC contra Ecuador.

¹⁷⁵ Una traducción aproximada al texto sería: “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”. Apartado 191, Laudo OEPC contra Ecuador.

Podemos concluir que el transcrito 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 partimos del punto 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 TBI.

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 TBI 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 internas¹⁷⁶.

En todo caso el pronunciamiento del tribunal sienta un importante precedente en relación de la aplicación del TJE 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

¹⁷⁶ En relación a la búsqueda de esta estabilidad como marco de inversiones, llama la atención disposiciones como la contenida en la Constitución de 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: “*Artículo 62°. 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 sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*” disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>

alterar el equilibrio de la inversión, lo cual hace que el cumplimiento de obligaciones internacionales en esta área sea más demandante, lo cual significa una mayor responsabilidad por parte del Estado.

Se puede concluir en todo caso que el derecho tributario de los estados no es totalmente independiente de la normativa que busca fomentar la llegada de flujos extranjeros de capital a un país como el Ecuador, ya que si bien es cierto que el Estado es quien debe ejercer su potestad tributaria de creación y de aplicación, estas ciertamente pueden verse limitadas al celebrar TBI, y en algunos casos, son inclusive la principal herramienta para fomentar inversiones, como en el caso de peruano¹⁷⁷. Por lo tanto cobra vital importancia el tipo de redacción del TJE en los TBI, como se analizó anteriormente, ya que como en el presente caso, la inclusión del TJE en el preámbulo, en el tratado y en el artículo 10 referente a exclusiones de jurisdicción en materia tributaria, dan un alcance extremadamente amplio lo que lleva consigo un umbral de responsabilidad de igual forma considerable.

3.3.2 El TJE en el Caso Encana

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 nos permite apreciar la importancia del contexto y la redacción de las normas de inversiones en tratados bilaterales, concretamente los estándares como el TJE. En definitiva, se puede constatar que el TBI entre Ecuador y Canadá permite ver la existencia de un TJE más restrictivo del establecido con el TBI con Estados Unidos, lo que refuerza la conclusión de que el TJE es un estándar que debe apreciarse en concreto y no en abstracto, ya que dependiendo del estilo de redacción, se obtienen TJE, y por tanto, interpretaciones diferentes unas con otras.

3.3.2.1 Los argumentos de las partes y la posición del Tribunal

En este caso, partimos de antecedentes prácticamente idénticos a los expuestos del respecto del caso Occidental, esto es, el conflicto sobre la interpretación de la norma tributaria para establecer si el IVA de las operaciones de producción de empresas petroleras exportadoras debía ser o no devuelto, y las resoluciones negativas del SRI en este sentido, Encana el 14 de marzo de 2003

¹⁷⁷ Perú ha asegurado a sus inversores estabilidad en el marco tributario por 10 años como mecanismo para aumentar los flujos de capital hacia este país.

demandó al Estado Ecuatoriano, bajo las reglas de arbitraje de la 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 artículo 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*”; por incumplimiento del TJE, establecido en el artículo 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*”; por incumplimiento del trato nacional¹⁷⁸; y finalmente, por expropiación¹⁷⁹ establecida en el artículo 8 del TBI.

Ecuador, por su parte, manteniendo una tesis similar al caso Occidental en lo referente a las alegaciones de incumplimiento del TJE, indicó que siendo el objeto de la controversia una cuestión tributaria, la disputa cae entre las excepciones del Acuerdo; 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 construcción 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

¹⁷⁸ El TBI, en su artículo 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*”.

¹⁷⁹ El texto del artículo 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.*”

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”¹⁸⁰

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 se impone a determinado grupos de personas la carga de pagar dinero al Estado para el beneficio público.*”¹⁸¹ De esta forma se establecen cuatro elementos que debe reunir una medida para que sea categorizada como *fiscal* en el campo internacional: debe provenir de una ley; debe ser impuesta a un grupo de personas; consiste en la carga de pagar dinero, es decir una prestación pecuniaria¹⁸²; y 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 no se pronunció en concreto sobre el TJE.

3.3.3 M.C.I. Power Group and New Turbine contra República del 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 Estados Unidos y Ecuador a 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. En todo caso, 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 TJE. Sobre el estándar en estudio, 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

¹⁸⁰ Apartado 142.1 del Laudo Arbitral de 3 de febrero de 2006, *Encana Corporation contra la República del Ecuador*

¹⁸¹ Apartado 142.4 Ibidem

¹⁸² 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 *Derecho Internacional Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990, p.110

por el TBI no dependen de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza sobre el contenido de las obligaciones exigibles”¹⁸³

En el caso concreto, no existía certeza sobre las obligaciones exigibles por el inversor, por lo que mal podía haber una falta del TJE en relación a las expectativas del inversor. Adicionalmente, en relación con la interpretación del TJE, en lo que respecta al estándar mínimo internacional se utiliza una construcción restrictiva del estándar al afirmar: *“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”*¹⁸⁴ 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”*¹⁸⁵

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; y, en segundo lugar, el Tribunal limita el poder del juzgador al determinar que una actitud inamistosa no necesariamente implica una violación al TJE.

3.3.4 Duke Energy Electroquil Partners contra República Del Ecuador, Caso CIADI N.o ARB/04/19, 18 de agosto de 2008

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 el país en esa década. En este contexto, dentro de las pretensiones de la demanda, se incluyó la violación del TJE incorporado en el TBI celebrado entre Estados Unidos y Ecuador.

¹⁸³ Apartado 278. Laudo, M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc.c. República del Ecuador, Caso CIADI NO. ARB/03/6

¹⁸⁴ Apartado 370, Ibídem

¹⁸⁵ Apartado 371. Ibídem

En relación al TJE, el Tribunal aportó con dos reglas relacionadas con el estándar: por una parte estableció las perspectivas del inversor; y, por otro, diferenció entre actos 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 sólo la literalidad de las palabras. En efecto, 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*”¹⁸⁶ y de igual forma determinó que este entorno es parte de las expectativas del inversionista. Sin embargo, manifestó que incumplimientos por parte del Estado de la relación contractual, no acarrear 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*”¹⁸⁷. De esta forma, el Tribunal aportó un elemento en la construcción del TJE, 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. Marruecos¹⁸⁸

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 especifica que: “*En consecuencia, Duke Energy conocía el riesgo de que pudiera imponerse a Electroquil multas por incumplimiento y asumió el consiguiente riesgo de negocios*”¹⁸⁹. De igual forma, el Tribunal estableció el tema referente a multas contractuales y otras actuaciones, y sostuvo que en las mismas el Ecuador no utilizó sus potestades soberanas, con la excepción a un tema de garantías¹⁹⁰ como parte de la relación contractual, donde se estableció que se generó responsabilidad por la supuesta expectativa ocasionada por el Ministerio de Finanzas, y que al hacerlo, se vulneró el TJE. En todo caso, se puede apreciar como una actuación aparentemente menor de un Ministerio, en

¹⁸⁶ Apartado 339, Laudo Duke c. Ecuador

¹⁸⁷ Apartado 342, Ibidem

¹⁸⁸ El tribunal 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)

¹⁸⁹ Apartado 351, Ibidem

¹⁹⁰ Apartado 359

un marco de un TJE tan amplio como el contenido en el TBI con Estados Unidos, generó responsabilidad para el Estado.

Finalmente, en lo relacionado a la reclamación por aranceles aduaneros, es interesante destacar que el Tribunal utilizó el pronunciamiento del Tribunal de Encana, sobre lo que debe entenderse como *cuestiones tributarias* para el derecho internacional y concluyó que: “Por lo tanto, está claro que la reclamación por el pago de aranceles de aduana se relaciona con cuestiones tributarias”¹⁹¹, declarándose incompetente para tratar esta pretensión

3.3.5 El Caso Chevron Texaco contra la República del Ecuador, laudo arbitral parcial de 30 de marzo de 2010

Este es el más reciente laudo arbitral dictado en esta materia y consiste en uno de los más polémicos, debido a que este caso, es un episodio más de lo que en el Ecuador ya se conoce como la “saga Texaco”¹⁹², esto por la gran exposición que ha tenido localmente la demanda de pobladores de la Amazonía ecuatoriana en contra de la compañía Chevron Texaco por reparación de daños extracontractuales. Sin embargo, el presente caso es independiente de aquellas acciones extracontractuales, toda vez que el Ecuador fue demandado ante un Tribunal internacional por incumplimiento de obligaciones relacionadas con la demora excesiva de las cortes locales en emitir fallos sobre disputas contractuales entre la Compañía y el Estado.

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 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 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

¹⁹¹ Apartado 176, Ibidem

¹⁹² Expresión utilizada por Alvaro Galido, Director de de Patrocinio internacional de la Procuraduría General, entrevista con Ecuador Radio, disponible en www.elcomercio.com

inició varios procesos en las cortes locales, relacionados con incumplimiento de contrato¹⁹³, los cuales no tuvieron una respuesta de la justicia ecuatoriana en los siguientes 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, aunque como se analizará oportunamente, esta demanda podría tener la intención subyacente de lograr un fallo que desprestigie a las cortes locales ecuatorianas, con el objeto de restar credibilidad a futuras decisiones que se adopten en relación con las demandas por responsabilidad extracontractual que la Compañía mantiene en litigio en el Ecuador .

3.3.5.1 El TJE en los argumentos de las partes

Los accionantes fundamentaron su acción en una serie de incumplimientos del Tratado de Protección de Inversiones entre Estados Unidos y la República del Ecuador.¹⁹⁴ Entre ellos, se alega expresamente el incumplimiento del artículo II (3) del TIB, el cual contiene el TJE. El incumplimiento de este estándar es argumentado por los accionantes utilizando lógicamente una concepción amplia del mismo, primero en la demora sin justificación por más de 13 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 cual a criterio de la compañía quebranta el Trato Justo y Equitativo que las partes se obligaron mutuamente otorgar a sus nacionales. Adicionalmente, 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.

¹⁹³ 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 UNCITRAL, 30 de marzo 2010, en

<http://ita.law.uvic.ca/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>

¹⁹⁴ Tratado De Inversión Extranjera Con Estados Unidos , ROS No.153 25-11-2005

También en la argumentación de la Compañía de incumplimiento del TJE, se esgrime que la falta de una pronta resolución a sus demandas en cortes locales, constituye sin lugar a dudas un incumplimiento a sus legítimas expectativas de disponer de una sistema de justicia justo e imparcial, lo cual no ocurrió cuando las cortes ecuatorianas se negaron a pronunciarse oportunamente sobre sus pretensiones mediante retrasos y lo que los accionantes catalogan como decisiones injustas.

Por su parte, el Ecuador construye su defensa en base a una interpretación restrictiva del TJE, y expresamente argumenta que la función del Trato Justo y Equitativo es la de incorporar el Estándar Mínimo Internacional (EMI) y no generar nuevos estándares o reglas relacionadas a las acordadas por las partes¹⁹⁵. En esta misma línea, el Estado también manifiesta que los argumentos y casos citados por los accionantes no son suficientes para establecer una evolución del EMI 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 la demora en concreto, la defensa del Estado 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 el Ecuador “*puede durar 20 años*”¹⁹⁶, por lo que no se violenta ninguna norma del TBI en este sentido. Adicionalmente, el Ecuador justifica las demoras en la inestabilidad política, especialmente aquella que llevó al Estado en el 2004 a quedar sin Corte Suprema de Justicia, y manifestó que las reformas en el sistema judicial y su infraestructura han sido significativas en los últimos años para mejorar este aspecto. 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 Ecuatoriano haya interferido con la justicia¹⁹⁷, por lo que expresa que no existe fundamento para la alegación de Chevron.

3.3.5.2 El TJE en el Laudo Arbitral

El Tribunal Arbitral en el presente caso no hace un análisis directo del TJE, a pesar de que fue formulado por las partes, esto porque basó su pronunciamiento en un artículo expreso del TBI,

¹⁹⁵ Apartado 226, laudo parcial Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra La República del Ecuador.

¹⁹⁶ Apartado 229.

¹⁹⁷ Apartado 229.

que simplifica la labor argumentativa en la redacción del laudo. Esta norma es el artículo 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.”¹⁹⁸

En relación a esta norma, el Tribunal expresa que la misma se constituye en un estándar independiente, al que denomina “*medios eficaces*”¹⁹⁹ 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 “*lex sepecialist*” o ley especial que busca dar claridad al EMI que sería parte de la ley general. También da a esta norma el carácter de norma positiva y manifiesta: “*la obligación del artículo 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*”²⁰⁰. El otorgarle a esta norma-estándar 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. Siguiendo esta argumentación, el Tribunal concluye que la demora no puede ser justificada y claramente manifiesta que “*ni la complejidad de los casos ni el comportamiento de los demandantes justifica esta demora*”²⁰¹. 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, por lo que no existe justificación alguna para el retraso entre la providencia y la resolución por parte del juez. Tampoco es considerado el argumento ecuatoriano de la conocida inestabilidad política, ya que esto no

¹⁹⁸ Artículo II (7), TBI Ecuador – Estados Unidos

¹⁹⁹ Traducción personal del Apartado 242, Chevron Texaco contra Ecuador, Laudo 30 de marzo 2010

²⁰⁰ Traducción personal del Apartado 248, Ob cit

²⁰¹ Traducción personal del Apartado 254, Ob. cit

justifica los 13 a 15 años en los que no hubo un pronunciamiento de las cortes locales. Finalmente, sobre el tema del tiempo de demora, el Tribunal no especifica el número de años que configura un incumplimiento, más bien resalta la importancia de establecer si existieron razones que sean equivalentes al tiempo destinado para resolver una causa. En este sentido, el Tribunal manifiesta:

“Trece años es un período significativo, pero el Tribunal no encuentra que un específico retraso por si solo resulte en un automático incumplimiento al Artículo 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 (...)”²⁰²

Por lo que al no encontrar una razón en los procesos internos señalados para la demora en llegar a una resolución, encuentra un incumplimiento al artículo II (7), con la consecuente responsabilidad para el Ecuador de responder por esto. Sin embargo no realiza un pronunciamiento concreto sobre si todo lo antes relatado, constituye o no parte del TJE 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 artículo 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. En otras palabras, lo que se sostiene es que una vez que con el análisis del artículo del TBI citado se ha establecido la responsabilidad del Ecuador, no es necesario determinar otros incumplimientos.

Lo expuesto significa también que la puerta queda abierta para que algún otro Tribunal arbitral que decida en el futuro, en base a una interpretación amplia del TJE en un Tratado donde no exista una norma como la contenida en el artículo II (7), determine que los razonamientos elaborados en el presente caso, en especial el relacionado a la regla de los “*medios adecuados*”, sea considerado como parte del TJE.

3.3.6 Burlington Resources inc. c. República del Ecuador, Decisión sobre jurisdicción

Finalmente como parte de este análisis sobre la experiencia del Ecuador frente al TJE, es necesario mencionar el presente proceso, no ha existido un laudo definitivo, pero sí una decisión sobre jurisdicción donde se aborda al TJE. Este proceso tiene como antecedente los conflictos generados por la aplicación de la denominada Ley 42 que gravaba los ingresos de los excedentes

²⁰² Traducción personal del Apartado 254

petroleros. En todo caso, es importante destacar que en el mismo ya se sigue como línea de razonamiento los precedentes sentados, especialmente en los casos con Encana y Duke, relacionado a medidas tributarias y responsabilidad por actos soberanos.

Sobre una parte de los reclamos por violaciones al TJE, 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 la Ley 42 trata sobre materias impositivas, el Tribunal parte del siguiente razonamiento: *“El Artículo X forma parte de un tratado internacional entre Estados Unidos y Ecuador. Un tratado internacional se rige por el derecho internacional, no por el derecho interno de Estados Unidos o de Ecuador. Por consiguiente, la cuestión de si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X se rige por el derecho internacional, no por el derecho ecuatoriano.”*²⁰³. Con este razonamiento el Tribunal determina que carece de importancia el saber si las obligaciones mencionadas en Ley 42, son o no un tributo para la ley ecuatoriana y que lo importante es determinar cómo son categorizadas en el derecho internacional.

Siguiendo su razonamiento, 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 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 preestablecido. 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”²⁰⁴

A pesar de este pronunciamiento, en el laudo sobre el fondo de la controversia quedan pendientes algunas pretensiones del inversor relacionadas con el TJE, pero es de suponer que el Tribunal utilizará una interpretación extensiva del estándar, basándose en el contexto ofrecido por el preámbulo del TBI suscrito con Estados Unidos, y cuya importancia trasciende en el razonamiento

²⁰³ Apartado 162, Laudo 2 de junio de 2010, *Burlington Resources Inc. C. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5

²⁰⁴ Apartado 166, *Ibidem*

del caso Occidental, pero de igual forma es importante rescatar el importante impacto que ha tenido y tendrá el caso Encana particularmente para futuras controversias.

3.4 Las perspectivas del Ecuador frente al TJE

Con el fin de determinar las perspectivas del estándar a futuro, es necesario establecer dos tendencias bien definidas: por un lado, la reacción de los países receptores de capital de los mecanismos y normativa relacionada con la protección de inversiones, la misma que queda evidenciada con la inclusión del artículo 422 de la Constitución de la República, que limita los arbitrajes estado-inversor y que ha producido el pronunciamiento de la Corte Constitucional ecuatoriana; y por otro lado, la propia reacción de los países desarrollados, quienes por consecuencia de la propia globalización ahora son también demandados y sienten *incomodidad* de que tribunales internacionales establezcan responsabilidad por actos de sus autoridades locales y centrales, lo que ha motivado entre otras cosas la nueva forma redacción del TJE en Tratados como los TLC suscritos entre Estados Unidos con Colombia y con Perú.

3.4.1 La denuncia de TBI en Ecuador

En relación al primer punto, el futuro del TJE se ve comprometido, toda vez que la totalidad de normas, es decir TBI suscritos por el Ecuador y que han sido objeto del presente análisis, correrán la suerte de ser denunciados, luego de los pronunciamientos de la Corte Constitucional ecuatoriana.

Como antecedente a la salida de los TBI, como marco normativo a la inversión extranjera, se encuentra la promulgación de la Constitución Ecuatoriana del año 2008, la misma que en su artículo 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.”²⁰⁵

²⁰⁵ Artículo 422, Constitución del Ecuador

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, de las cuales dos entran en el análisis del TJE: en primer lugar, si en el ámbito del artículo 422 se incluye únicamente las controversias “contractuales o de índole comercial” o si también involucra las obligaciones internacionales contenidas en los TBI; y si así acontece, ¿cuál es la situación de los TBI ya suscritos que contienen al TJE?

Eric Gillman, efectúa el siguiente análisis sobre la primera interrogante:

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 reading 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. (subrayado es personal²⁰⁶)

El análisis que se efectúa es valedero, ya que respecto al ámbito de aplicación, se podía establecer que la prohibición contenida en el artículo 422 está dirigida a controversias contractuales. Pero 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 c. Ecuador*, analizado en líneas anteriores. Por lo tanto, esta diferencia en las clases de responsabilidades no fue tomada en

²⁰⁶ Una traducción posible del texto sería: “Como se ha visto en la primera frase del artículo 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.” 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, 2009, P.267.

cuenta por los Constituyentes en la redacción del artículo 422, ya que la misma fue motivada por razones políticas²⁰⁷ más que jurídicas.

La segunda interrogante, relacionada con la situación de las obligaciones ya adquiridas, entre ellas el TJE, es el establecer el efecto del artículo 422 en los TBI suscritos por el Ecuador. Jijón y Robalino, sobre el tema comentan: “*Los tratados internacionales en los que el Ecuador ha sido parte antes de la nueva Constitución son efectivos, y esto comprende los asuntos de arbitraje, por esto, seguirán con efecto pleno, por lo que la prohibición es limitada a la ejecución de nuevos tratados*”²⁰⁸. En esta misma línea Cesar Montaña, manifiesta lo siguiente:

“Según se mira, el artículo 422 contiene en inicio una prohibición para el futuro, por lo que aparentemente los tratados suscritos por el 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”²⁰⁹

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció sobre el artículo 422, luego de que el Presidente de la República del Ecuador, aduciendo un perjuicio para el país, 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 el Ecuador. En particular, serán objeto del presente análisis los pronunciamientos de la Corte sobre los TBI suscritos con el Reino Unido y con Alemania.²¹⁰

En relación al Dictamen sobre la constitucionalidad del TBI suscrito entre Reino Unido y Ecuador, éste no aporta mayormente en el razonamiento de las interrogantes planteadas sobre el TJE, ya que en la fundamentación de la misma se esbozan argumentos sobre todo políticos. En todo caso en el análisis que se efectúa sobre el artículo 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*

²⁰⁷ María Augusta Calle, presidenta de la Mesa No. 9, redactora del proyecto del artículo 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

²⁰⁸ Traducción personal de: Rodrigo Jijón y Javier Robalino, *National and International Arbitration in Ecuador*, en *The Arbitration Review of The Americas 2009*, Law Business Research Limited, Londres 2008, p.44

²⁰⁹ Cesar Montaña Galarza, *Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución*, en *La Nueva Constitución del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, p. 365

²¹⁰ Estas sentencias fueron publicadas en el Suplemento del Registro Oficial No.249 del 3 de agosto de 2010.

comerciales”²¹¹ 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 TJE y finalmente concluye indicando que: “*el contenido de los artículo 8 y 9 del Convenio entre Ecuador y el Reino Unido (...) somete al Ecuador aun tribunal arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (...) lo que implica renunciar a la Jurisdicción del Estado.*”²¹².

En el Dictamen sobre el TBI con Alemania, es importante que 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 artículo 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 artículo 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*”²¹³. Por lo tanto, la Corte relaciona las ideas de comercio e inversión, para incluir al TBI con Alemania dentro de la protección del artículo 422, aunque no realiza una diferencia entre obligaciones internacionales y contractuales.

En todo caso, al analizar todo el contenido del TBI, la Corte realiza un estudio del artículo que contiene al TJE, el cual introduce el siguiente texto: “*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*”²¹⁴. Sobre esta cláusula, que incorpora el TJE, la Corte se pronuncia 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 artículo 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

²¹¹ ROS. No.249, *ibídem*, p.24

²¹² *Ibidem*

²¹³ Caso No. 0006-10-DTI-CC, publicado en ROS No.249 de 3 de Agosto de 2010

²¹⁴ Artículo 2, TBI Alemania - Ecuador

de la Constitución que promueve las inversiones nacionales y extranjeras y el artículo 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.”²¹⁵

Si bien la Corte no analiza directamente el TJE, al referirse al artículo que lo contiene, determina que el mismo no estaría en contradicción con el marco constitucional vigente, sino que, es más, desarrolla varias conexiones con el mismo. Por ejemplo, se destaca el artículo 339, donde se establece el mandato del Estado a promover la inversión y el 416.12, por lo que se puede concluir que los estándares contenidos en los tratados, entre ellos el TJE, no estarían en contradicción directa con la norma fundamental, por lo que 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*”.²¹⁶ Lo cual guardaría cierto sentido, ya que si únicamente la solución de controversias del TBI es objeto de conflicto con la Constitución, lo que se debería es buscar armonizar este artículo y no la totalidad del Tratado.

En todo caso, se prevé que todos los TBI sometidos ante el control de la Corte, guardarán una línea de argumentación similar, ya sea a la expuesta en TBI con Alemania o con el Reino Unido. Por lo que, en relación al futuro del TJE, es necesario establecer que el mismo estaría vigente hasta la vigencia del TBI que lo contiene, lo cual dependería de cada caso. Para tal efecto es necesario recurrir a las normas pertinentes de la Convención de Viena, concretamente a su artículo 56 que determina que: “*Un tratado 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.*”²¹⁷. 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*

²¹⁵ *Ibídem*

²¹⁶ *Ibídem*

²¹⁷ Artículo 56, Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados

objeto preservar el derecho de los Estados a desligarse en cualquier momento de sus obligaciones convencionales internacionales”²¹⁸, por lo que se puede concluir que para que exista una denuncia, esta debe estar contemplada en el propio tratado y ceñirse a sus normas. En el caso del TBI, con Reino Unido, el mismo tiene incorporada la siguiente cláusula en relación a su terminación:

“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.”²¹⁹(Subrayado personal)

Por lo tanto, si la corte dictamina la denuncia del tratado, y esta tiene que ceñirse a las normas de la Convención de Viena, las que forman parte del derecho internacional que el Ecuador ha determinado como norma de conducta, la denuncia se debería enmarcar en el propio TBI, concretamente en el texto citado. En este texto se especifica una protección para las inversiones efectuadas de 20 años, donde las obligaciones y disposiciones estarían vigentes, lo que significaría que los convenios arbitrales también lo estarían; y, finalmente, el TJE de fuente convencional, estaría vigente dependiendo de la nacionalidad del inversor. Inclusive, se plantearía el problema de establecer, en el caso que un país tenga un tiempo de protección menor a 20 años, si un inversor de un tercer estado puede o no acogerse a la disposición de Nación Más Favorecida de su Tratado, alegando una condición más favorable en el TBI con el Reino Unido. En todo caso, estas dudas se dilucidarán cuando exista la necesidad de hacer análisis en concreto de las normas planteadas.

3.4.1.1 El TJE en las obligaciones del Ecuador fuera de los TBI

Una interrogante que queda latente es la situación de futuras inversiones que se realicen luego de la denuncia de lo TBI con diferentes países, ya que conforme a lo manifestado, esto pondría fin al TJE desde la fuente convencional. Sin embargo, queda pendiente determinar cuál es la situación del Ecuador dentro del marco del derecho internacional.

En este sentido es importante destacar lo establecido en la propia Constitución que determina que el Estado ecuatoriano “*Reconoce al derecho internacional como norma de*

²¹⁸ Pedro Pablo Camargo, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Bogotá, Editorial Leyer Ltda. P.465

²¹⁹ Artículo 14, TBI, Reino Unido y Ecuador.

*conducta*²²⁰. Por lo tanto, al reconocer el derecho internacional, se están reconociendo a todas sus fuentes, no sólo a los tratados sino también a la costumbre, en la que sin lugar a dudas existe un mínimo trato que sería reconocido por el Ecuador. En todo caso, como ya se mencionó, el establecer la presencia del TJE a través de la costumbre no es tan sencillo, ya que por la misma diversidad de redacciones de TJE, sería difícil encontrar los elementos de *opinio juris*, para que el estándar sea vinculante. En todo caso, alguno de los elementos encontrados en el TJE, se pudieran encontrar a través de la costumbre, como lo relacionado al debido proceso y al acceso a la justicia.

3.4.1.2 Teoría de la elección racional en el tratamiento del TJE

Luego de analizar la situación actual del marco constitucional ecuatoriano, queda un último tema por analizar, el cual radica en la proyección a futuro de los artículos antes mencionados. 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 artículo 422, donde como excepción a la prohibición de arbitrajes internacionales, claramente se instituyen a los medios establecidos para solucionar disputas con ciudadanos de Latinoamérica. En todo caso, esta apertura por parte del Estado ecuatoriano hacia la integración manifestada en la redacción de su norma fundamental, sólo tendrá viabilidad en el futuro si es acogida por la región, y los demás países que forman parte de la misma adoptan medidas similares frente a TBI de terceros estados e impulsan mecanismos alternativos para la inversión intra y extra región. Si esto acontece, los beneficios para el Ecuador serían grandes, ya que ganaría una fuerza geopolítica que le permitiría ingresar a negociar nuevos tratados con diferente capacidad negociadora.

Sin embargo, no queda claro hasta qué punto los países de la región asumirán compromisos tan profundos hacia la integración, como el caso ecuatoriano, donde a nivel constitucional se ha insertado esta prohibición. Sobre todo, no se conoce si el resto de países de la región adoptarán una actitud agresiva hacia el marco internacional que regula las inversiones.

Es en este punto, que se puede incorporar al presente análisis 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

²²⁰ Artículo 416.9, Constitución de la República del Ecuador

herramienta dentro del análisis del derecho y no de otras ciencias como las relaciones internacionales y la política internacional, ha sido justificado por varios tratadistas²²¹.

En concreto, existe un elemento de análisis que ha sido incorporado, para analizar tendencias, especialmente dentro del derecho internacional económico, como lo es la teoría del prisionero²²², que consiste básicamente en la decisión de dos individuos aislados, entre cooperar o no cooperar, entre y donde el mayor beneficio radica en cooperar con el otro jugador, pero donde las partes usualmente eligen simplemente no cooperar y minimizar el riesgo. Este modelo de análisis es utilizado por Baistrocchi,²²³ 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*”²²⁴, planteado en tres escenarios: Uno entre países desarrollados; otro entre países en desarrollo; y finalmente otro 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

²²¹ 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 states 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*, Estados Unidos, Oxford University Press, Inc., 2005, p.7

²²² Eduardo Baistrocchi, Explica la Teoría del Prisionero de la siguiente manera: “*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*”. Eduardo Baistrocchi, *La estructura del Sistema de Tributación Internacional: Algunas cuestiones conceptuales*, en *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008, p.61

²²³ Ibidem

²²⁴ Ibidem, p.26

dañina²²⁵. Sin embargo, si uno de los Estados, coopera y el otro no, significaría el peor escenario posible para el Estado que eligió cooperar²²⁶. Esta situación estratégica genera la necesidad de que ninguno de los dos coopere entre si 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 TBI y los estándares como el TJE, donde de alguna manera, se produce esta dinámica en el contexto internacional. Bajo ese parámetro, los beneficios para el 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, si no adoptan políticas o reformas en contra de los TBI–, 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 TJE 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 análisis del marco normativo de las inversiones establecido en la telaraña de TBI suscrito por los estados. Es decir, usualmente los Estados 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 comercialmente en una posición de desventaja.

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 caso del Ecuador, de

²²⁵ Para el autor, un ejemplo de competencia fiscal dañina puede ser un incentivo fiscal limitando a inversores extranjero

²²⁶ Entendido como no entrar en competencia fiscal dañina ya sea a través de normas internacionales como acuerdos bilaterales o nacionales.

no llegar a recibir la cooperación al profundo nivel propuesto por su Constitución de 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 *jugadores*. Sin embargo, en la misma Constitución se especifica la idea de generar un marco normativo internacional, que sea inspirado por criterios de justicia y equidad, por lo que deberemos esperar algunos años para evaluar si este deseo de los Constituyentes pudo ser puesto en práctica.

3.4.2 Hacia una nueva concepción en el derecho de inversiones

Finalmente, como último punto del presente trabajo, es necesario plantear los desafíos de una postura frente al TJE, en la que se incluyan los momentos actuales de la disciplina. Concretamente planteó dos puntos esenciales: el cambio de la concepción en el derecho de inversiones, y el desarrollo del TJE en este nuevo marco.

En relación al primer punto, implica un cambio de concepción en sí, de la disciplina, ya que ha sido vista muchas veces como una independiente, en la que su fin es la protección de inversiones. Pero 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 lo son las ramas del derecho humano y ambiental. Por lo que los fallos vertidos al interior de esta área, deben tratar de interpretar a las normas de inversiones dentro de un sólo sistema llamado derecho internacional. Surya Subedi, al analizar las decisiones tomadas por algunos tribunales arbitrales en contra de Argentina, hace la siguiente reflexión:

“There seems to be certain unease on the part of many developing countries about the recent trend in jurisprudence of international investment tribunals. (...) Some of the investment tribunals rejected the argument based on the doctrine of necessity or legitimate public interest advanced by Argentina to defend the emergency measures it took in the face of the financial crisis in the country around the turn of the 20th century. Thus, the question as to whether foreign investment law should become to law of investment protection or rather remain simply foreign investment law capable of reconciling itself with other competing extant and evolving principles of international law has become a pertinent one”²²⁷ (subrayado es personal)

²²⁷ Una Traducción del texto sería: “*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 20. Por lo tanto, la cuestión de si la ley de inversión extranjera debe ser a la ley de protección de la inversión o, más bien se la considera la ley de inversión extranjera capaz de reconciliarse con otros conceptos existentes y la evolución de los principios del derecho internacional se ha convertido en una duda pertinente*”. (Surya P. Subedi, Portland, Hart Publishing, 2008., p.2)

Dentro de esta perspectiva, el TJE 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 donde únicamente 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 TJE, como el comportamiento del inversor en la relación económica, ejemplificado en el razonamiento del Tribunal de Azinian c. México y el posible conflicto entre normas de derechos humanos, donde han existido tribunales como Santa Elena contra Costa Rica²²⁸, 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.

En relación a lo planteado, Sornarajah, uno de los principales críticos a la concepción amplia del estándar, realiza el siguiente comentario:

“Now why it is that fairness and equity is always emphasize the protection of the foreign investor? Cannot you argue that it is fair and equitable that the state should interfere with corporations which do not fulfill standards of accountability? Since it is obvious that corporations which act like Enron, bring disaster to their host economies, is it not fair and equitable that their investments be terminated, particularly if the host states are developing economies that have little means of controlling the misconduct of such corporations? Is it not fair and equitable that defenses are created to states in those situations where it is necessary that there should be regulation in the interest of the host economy to avoid threats posed by nefarious conduct of corporation which affect the environment, the health , morals or security of the host state or violate human rights and labor standards? (...) The days of expansionary trends and the unilateral filling out of nebulous notions like the fair and equitable standard seem to be over”²²⁹

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

²²⁸ Laudo, Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica, comentado por Iona Tudor, *The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms* .p339

²²⁹ Una posible traducción del texto sería la siguiente: “*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 deba interferir con las empresas que no cumplan las normas de rendición de cuentas? Ya que es obvio que corporaciones que actúan como Enron, trayendo desastre para la economía del estado anfitrión, ¿no sería justo y equitativo que sus inversiones ser terminadas?, particularmente si el estado que los acoge han podido controlar la mala conducta de tales corporaciones tales? ¿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 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” M. Sornarajah, *The Fair and Equitable Standard of Treatment: Whose Fairness? Whose Equity?*, en *Investment Treaty Law, Current Issues II*, Reino Unido, British Institute of International and Comparative Law, 2007 II, p.181*

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 defensa²³⁰. 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.

4. 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, como lo es el estándar del Trato Justo y Equitativo y que 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 el 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 una 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 claro una preeminencia en muchos aspectos del primero, tal es así que muchos de los elementos relacionados

²³⁰ 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, Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 133

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 la misma 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 TJE 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 TJE. Entre estos intentos y esfuerzos, el que más ha ganado notoriedad es el Acuerdo Multilateral de Inversiones MAI –por sus siglas en inglés - promovido por la OECD, 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 TJE ha estado presente en casi todos los procesos de integración a nivel mundial. Así tenemos que el TJE es mencionado, en los protocolos sobre inversión del MERCOSUR, los 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 TJE en el NAFTA, 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 resoluciones²³¹ que históricamente han regulado la materia de inversiones en este proceso de

²³¹ Resoluciones 24, 220 y 291 de la Comunidad Andina de Naciones CAN

integración. Finalmente es claro que la mayor cantidad de inclusiones del TJE se ha producido en los TBI, principalmente aquellos celebrados en la década de los noventa, y que en la actualidad bordean los 3000.

En relación al contenido del estándar del TJE, existen dos posiciones dentro de la doctrina y los tribunales que lo han analizado: Una restrictiva en la que se concibe al TJE 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 TJE 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.

Por otro lado, existe la concepción amplia del estándar del TJE, en la que se 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 ha analizado estos elementos partiendo de los trabajos sobre el tema de la OECD, 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. 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 TJE 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 TJE 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 TJE en tres grupos: Los TBI que mencionan al TJE solo; los que lo vinculan con el derecho internacional; y finalmente 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 TJE dependiendo de su forma de redacción. El segundo criterio fue el análisis de los preámbulos de los TBI, donde la inclusión del TJE en los mismos

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

Los casos de Occidental y Encana, ejemplifican el diferente grado de responsabilidad ha asumido el Ecuador dependiendo del desarrollo del TJE 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 TJE 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 consolide criterios sobre la interpretación de los distintos tipos de TJE.

Finalmente, las necesidades actuales tanto de los principales actores económicos como de los estados receptores de capital, como el Ecuador, demandan un equilibrio que viabilice la existencia de un varadero 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, pero tomando en cuenta a las dos partes de la relación jurídica, el estado anfitrión y el inversor. En especial se debe tomar en cuenta dos aspectos fundamentales: el balance de esta materia con otras ramas del derecho internacional como lo son el derecho ambiental y derechos humanos; y fundamentalmente donde exista una evaluación real del comportamiento de los inversionistas en el Estado anfitrión, para poder acceder a los beneficios que otorga el TJE.

Finalmente, es claro que las obligaciones contenidas en los TBI suscritos por el Ecuador, entre ellas el de conferir un TJE a los nacionales de otros estados, continuarán en vigencia por un tiempo, aun después de producida la denuncia de dichos tratados, por lo que es posibles la

existencia de nuevos litigios internacionales que estén relacionados con el TJE, el cual si continua 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 el Ecuador, incluyan cláusulas de TJE, 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 el 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, que en el presente caso significa adoptar una posición en la que se acepte un TJE únicamente bajo un supuesto de interpretación restrictiva, donde no se generen derechos sustanciales 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.

5. Bibliografía

1. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Dominicana.
2. Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (2001)
3. *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>
4. Baistrocchi, Eduardo, *La estructura del Sistema de Tributación Internacional: Algunas cuestiones conceptuales*, en *Litigios de Precios de Transferencia: Teoría y Práctica*, Buenos Aires, Lexisnexis, 2008
5. Blackaby, Nigel *El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio*, *El Contrato de Arbitraje*, Legis Editores, Colombia, 2005
6. Bergel, Jean Louis, *Méthodologie juridique*, Paris, Thémis Presses Universitaires de France, 2001, P. 115. Citado por “Jean Claude Tron Petit, *El qué, cómo y para qué de un concepto jurídico*

indeterminado del impuesto sobre la renta, p. 28, disponible en http://jeanclaude.tronp.com/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=7&Itemid=40

7. Calle, María Augusta, presidenta de la Mesa No.9, redactora del proyecto del artículo 422, declaraciones recogidas por la página oficial de la Asamblea en:
http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=9407
8. Camargo Pedro Pablo, Tratado de Derecho Internacional Público, Bogotá, Editorial Leyer Ltda.
9. Cavazos Villanueva, Gabriel, *The Fair And Equitable Treatment Standard International Investment Law: The Mexican Experience*, Estados Unidos, VDM Verlag Dr. MüllerAktiengesellschaft, 2008
10. COMESA, en <http://www.comesa.int/>
11. Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11*, 31 de julio de 2001, en:
http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_s.asp
12. *Concepto de Nación Más Favorecida En Tratados y Convenios*, Decreto Legislativo 1, en Registro Oficial 1239, Ecuador, 13 de Octubre de 1900.
13. Constitución República del Ecuador, 2008
14. Convenio entre El Gobierno de La Republica del Ecuador y El Gobierno De La República Argentina para la Promoción y Protección Reciproca de Inversiones (1994)
15. *Convenio De Inversión Extranjera Con Suiza*, publicado en Registro Oficial Suplemento No.153, 25-11-2005
16. *Convenio entre la República del Ecuador y El Gobierno de La República Francesa para la Promoción Y Protección Reciprocas De Inversiones* (1996)
17. *Convenio Para La Promoción Y Protección Reciproca De Inversiones Entre La República del Ecuador Y El Reino de Los Países Bajos* (1999)
18. *Convenio Económico De Bogotá Los Estados Americanos Representados En La Novena Conferencia Internacional Americana*, 1948, en
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>
19. Convención de Viena Sobre el Derecho de Los Tratados, Convenio 1, en Registro Oficial No.6 28 de Abril de 2005, Ecuador, 2005
20. Correa, Rodrigo, Poder Judicial y Democracia: a Rescatar el Espíritu del Espíritu, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/CorreaPaperSpanishSELA2004.pdf>
21. Corte Suprema de los Estados Unidos, Sumitomo Shoji America, inc. V. Avagliano, 457 U. S. 176 (1982), texto disponible en <http://supreme.justia.com/us/457/176/>
22. Chevron Texaco contra República del Ecuador en
<http://ita.law.uvic.ca/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>

23. Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company contra La República del Ecuador, Lauda Parcial bajo las reglas de la UNCITRAL, 30 de marzo 2010, en <http://ita.law.uvic.ca/documents/ChevronTexacoEcuadorPartialAward.PDF>
24. Decisión del Acuerdo de Cartagena 291, *Régimen Común de Tratamiento a Los Capitales Extranjeros Y Sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías*, publicado en Registro Oficial Suplemento 682, 13 de mayo de 1991, 1991
25. Decisiones de las Cortes inglesas : Judgment of High Court of Justice regarding non-justiciability of challenge to arbitral award, 29 April 2005; Judgment of the Court of Appeal regarding non-justiciability of challenge to arbitral award, 9 September 2005; Judgment of the High Court of Justice regarding challenge to arbitral award, 2 March 2006; Judgment of the Court of Appeal regarding challenge to arbitral award, 4 July 2007, en: http://ita.law.uvic.ca/alphabetical_list_respondant.htm
26. Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, España, Tecnos, 2006
27. Dolzer, Rudolf y Christoph Schreuer, *Principles Of International Investment Law*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2008
28. Dolzer, Rudolf and André von Walter, *Fair and Equitable Treatment-lines of Jurisprudence on customary law*, en *Investment Treaty Law*, Gran Bretaña, British Institute of International Comparative Law, 2007
29. Don Wallace Jr, citado por Adriana Sánchez Mussi, International Minimum Standard of Treatment, P.23 en <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>
30. Dumberry, Patrick, The Quest to Define “Fair and Equitable Treatment For Investors under International Law, The Case Of NAFTA Chapter 11 Pope & Talbot Awards, en *Offprints of The Journal of World Investment*, Werner Publishing Company Ltd., Ginebra, 2001, p.675
31. Energy Charter Treaty, en: http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf#page=55
32. *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*, OECD Working papers in International Investment, number 2004/4), septiembre 2004, citado por Gabriel Cavazos Villanueva, *The Fair and Equitable Treatment Standard in international investment Law: The Mexican Experience*, VDM Verlag, Estados Unidos, 2008
33. Fallo Caso Barcelona Traction Light and Power Company, Limited Segunda Fase, España, 5 de febrero de 1970, en <http://www.dipublico.com.ar/cij/doc/45.pdf>
34. Galindo, Alvaro, Director de de Patrocinio internacional de la Procuraduría General, entrevista con EcuadorRadio, en www.elcomercio.com
35. García San José, Daniel, *El Derecho Internacional Post contemporaneo, Un Nuevo Orden Normativo Internacional en Formación*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008,

36. Goldsmith, Jack L. y Eric A. Posner, *The Limits of International Law*, Estados Unidos, Oxford University Press, Inc., 2005
37. 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, 2009
38. Grierson-Weiler, Tood and Ian Laird, *Standards of Treatment*, The Oxford Handbook of International Investment Law, New York, Oxford University Press, 2008
39. Herdegen, Matthias, *Derecho Público Internacional*, México, Fundación Konrad Adenauer, 2005
40. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, en <http://vi.unctad.org/files/wksp/iiawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecom esa.pdf>
41. Juillard Patrick, *General Principle of International Law*
42. Jijón, Rodrigo y Javier Robalino, *National and International Arbitration in Ecuador*, en *The Arbitration Review of The Americas 2009*, Law Business Research Limited, Londres 2008
43. Kelsen , Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, México, Colofón SA. 1994
44. Lafer, Celso, EL GATT, La Cláusula de la Nación Más Favorecida y America Latina en *Lecturas sobre Derecho y Derecho Económico* en: Martinelli, José María, comp. *Lecturas sobre derecho y derecho económico*, Universidad Autónoma Metropolitana - Iztapalapa.
45. Laudo Arbitral, de 26 de Junio, de 2003, The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen contra Estados Unidos, en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Award-2.pdf>
46. Laudo, M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc.c. República del Ecuador, Caso CIADI NO. ARB/03/6
47. Laudo arbitral, de 30 de abril de 2004, Waste Management, Inc Versus México, en: http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf
48. Laudo Arbitral, International Thunderbird Gaming Corporation contra México, 26 de enero de 2006, en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/ThunderbirdAward.pdf>
49. Laudo Arbitral de 3 de febrero de 2006, *Encana Corporation contra la República del Ecuador*
50. Laudo Duke c. Ecuador
51. Laudo 2 de junio de 2010, *Burlington Resources Inc. C. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5
52. Laudo OEPC contra Ecuador, 2004
53. Laudo Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca, Contra Los Estados Unidos Mexicanos, (Azinian v. México) en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azinian-Spanish.pdf>
54. Laudo, 30 de Agosto de 2000, METALCLAD CORPORATION contra ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
55. Laudo parcial, S.D. Myers, Inc. contra Canadá, en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/SDMyers-1stPartialAward.pdf>

56. MIGA, en: http://www.miga.org/news/index_sv.cfm?stid=1506&aid=1347#3
57. Mondev v.USA, 11 de octubre de 2002, citado en Rudolf Dolzer, Christoph Schreurer, Principles Of International Investment Law, P.128
58. Montaña Galarza, César, Manual de Derecho Tributario Internacional, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2006
59. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7 en <http://icsid.worldbank.org/ICSID>
60. Muchlinski, Peter T. *Multinational Enterprises & The Law*, Gran Bretaña, Oxford University Press, 2007
61. OECD, *International Investment Law A Changing Landscape A companion Volume to International Investment Perspectives*, París, OECD Publishing, 2005
62. Pound, Roscoe, El Espíritu del Common Law, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954
63. Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre La República del Ecuador y El Reino De España
64. Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, en http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcolonia_s.asp
65. Protocolo Sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes Del Mercosur, en <http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/dec1194s.asp>
66. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda edición, en: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=umbral
67. Recurso de Casación, Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Serie 17, Gaceta Judicial 11. 11 de Julio de 2002.
68. Registro Oficial. No. 147, 25-10-1966, Quito, 1966
69. Restrepo Uribe, Esteban, Mecanismos Multilaterales de Protección (MIGA, ICSID) y OPIC, en La Inversión Extranjera en Colombia, Santa Fe de Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1997
70. Salacuse, Jeswald W., The Law of Investment Treaties, Reino Unido, Oxford University Press, 2010
71. Salgado Peñaherrera, Germánico *El Grupo Andino y la Inversión Extranjera: Las Líneas Básicas de una Política Regional en Relación con la Empresa Transnacional*, 1972
72. Sanchez Mussi, Adriana, *International Minimum Standard of Treatment*, en <http://asadip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>
73. Schreurer, Christoph, *Investment Treaty Law Current Issues II*, Gran Bretaña, The British Insitutue of International and Comparative Law, 2007,
74. Schwarzenberger , Georg, *The principles and Standard of International Economic Law*, Países Bajos, A. W. SIJTHOFF, LEYDE, 1966
75. Schwarzenberger, Georg, *International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1957

76. Schwarzenberger, Georg, *International Law and Order*, Londres, Stevens & Sons, 1971
77. Sornarajah, M., *The International Law On Foreign Investment*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2004
78. M. Sornarajah, *The Fair and Equitable Standard of Treatment: Whose Fairness? Whose Equity?*, en *Investment Treaty Law, Current Issues II*, Reino Unido, British Institute of International and Comparative Law, 2007
79. TBI celebrado entre Alemania y Pakistan (1959)
80. TBI, suscritos con: China, España, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Países Bajos, Paraguay, Suiza
81. Técnicas Medioambientales Tecmed SA. Contra México; Metaclad
82. Tempone, Rubén Eduardo, *Protección de Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires-Madrid, Editorial Ciudad Argentina, 2003
83. Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento Y Reciproca Protección de Inversiones de e Capital (1996)
84. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Quinta Parte: Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados, Capítulo XI: Inversión, en:
http://www.nafta-sec-alena.org/DefaultSite/index_s.aspx?DetailID=676#A1105
85. *Tratado entre la República del Ecuador y Los Estados Unidos de América Sobre Promoción y Protección Reciproca de Inversiones* (1993)
86. Tratado de Inversión Extranjera con Estados Unidos, Codificación 12310, publicado en el Registro Oficial Suplemento 153. 25 de Noviembre de 2005.
87. Tratados suscritos con: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba , El Salvador, Nicaragua, Peru, Paraguay, Perú, Rep. Dominicana, Rumania
88. TLC Perú – Estados Unidos, en:
http://www.tlcp Peru-eeuu.gob.pe/downloads/documento/10_Inversion_limpio.pdf
89. Tredinnick, Felipe, *Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales*, Verner Guttentag, La Paz, 3ª edición, 2000
90. Troya , José Vicente, *Derecho Internacional Tributario*, Quito, Corporación Editora Nacional, 1990
91. Troya, José Vicente, *Impuestos y Arbitraje Internacional, El caso propuesto por las empresas petroleras para la devolución del IVA en el Ecuador*, en Victor Uckmar, *Impuestos sobre el Comercio Internacional*, , Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003
92. Tudor, Ioana, *The Fair and Equitable Treatment Standard in The International Law of Foreign Investment*, Nueva York, Oxford University Press, 2008
93. Tudor, Ioana, *The Fair and Quitable Treatment Standard and Human Rights Norms*, en *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Reino Unido, 2009

94. UNCTAD, Informe, citado por Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer “*Principles Of International Investment Law*”, Oxford University Press, Gran Bretaña, 2008.
95. Von Ihering , R., *Abreviatura de El Espíritu del Derecho Romano*, Revista de Occidental SA., Madrid, p.29, 1962
96. Van Themmat, Pieter Verloren, *The Changing Structure of International Economic Law*, Hague, Martinus Nijhoff, 1981
97. Webster Online Dictionary, en <http://www.merriam-webster.com/dictionary/standard%5B1%5D>
98. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho Dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 2005
99. Zuleta Jaramillo, Eduardo, *El arbitraje de Inversión en el Tratado de Libre Comercio Suscrito entre Colombia y Estados Unidos*, en *Arbitraje Internacional, Tensiones actuales*, Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, 2007

ANEXO 1

Cláusula Trato justo y equitativo. Derecho Internacional

TBI ECUADOR CON:	Fecha de publicación /Status	Cláusula Trato justo y equitativo
CHINA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON CHINA	25/11/2005 Vigente	"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....., "
ESPAÑA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON ESPAÑA	25/11/2005 Vigente	" 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..... "
FRANCIA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON FRANCIA	25/11/2005 Vigente	"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"
PARAGUAY Título:	25/11/2005 Vigente	"Art. 4.- PROTECCION - TRATAMIENTO DE LA NACION MAS FAVORECIDA Y ZONA DE INTEGRACION ECONOMICA..... 2. TRATAMIENTO DE LA NACION MAS 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"
SUIZA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON SUIZA	25/11/2005 Vigente	"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..... "

ANEXO 2

Cláusula Trato justo y equitativo. Otros Estandares

TBI ECUADOR CON:	Fecha de publicación/ Status	Cláusula Trato justo y equitativo
CANADA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON CANADA	25/11/2005 Vigente	"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.....
ESTADOS UNIDOS Título: TRATADO DE INVERSION EXTRANJERA CON ESTADOS UNIDOS	25/11/2005 Vigente	" Art. 22. 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..... "
FRANCIA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON FRANCIA	25/11/2005 Vigente	"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"
VENEZUELA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON VENEZUELA	25/11/2005 Vigente	"Art. 3.- PROTECCION 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....."

ANEXO 3

Cláusula Trato justo y equitativo junto con estándar de Seguridad y Protección

TBI ECUADOR CON:	Fecha de publicación/ Status	Cláusula Trato justo y equitativo
CHINA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON CHINA	25/11/2005 Vigente	<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 numeral 1 de este artículo no será menos favorable que los acordados a inversiones de inversionistas de terceros países y a actividades relacionadas con las mismas.</p> <p>3. El tratamiento y protección mencionados en los numerales 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>
ESTADOS UNIDOS Titulo: Convenios bilaterales	25/11/2005 Vigente	<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 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.</p> <p>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 artículos 6 y 7, una medida podrá tenerse por arbitraria o discriminatoria aún cuando una parte haya tenido o ejercido la oportunidad de que dicha medida se examine en</p>

		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. 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. 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.”
FRANCIA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON FRANCIA	25/11/2005 Vigente	“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”
GRAN BRETAÑA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON GRAN BRETAÑA	25/11/2005 Vigente	“Art. 2.- PROMOCION Y PROTECCION 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 inversiones de nacionales y compañías de cada una de las Partes Contratantes recibirán un tratamiento justo y equitativo y deberán gozar de total protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna Parte Contratante podrá de ninguna manera impedir mediante medidas irrazonables o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante en su territorio. Las Partes Contratantes deberán observar cualquier obligación que puedan haber adquirido en relación con inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante”
PAISES BAJOS Título:CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA EN LOS PAISES BAJOS	25/11/2005 Vigente	“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

	<p>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 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”</p>
--	---

ANEXO 4

Cláusula Trato justo y equitativo. TJE SOLO

TBI ECUADOR CON:	Fecha de publicación/ Status	Cláusula Trato justo y equitativo
ALEMANIA Título: TRATADO DE INVERSION EXTRANJERA CON ALEMANIA	25/11/2005 Vigente	“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, promoviénolas 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 “
ARGENTINA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON ARGENTINA	25/11/2005 Vigente	“ARTICULO 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 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.”
BOLIVIA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON BOLIVIA	25/11/2005 Vigente	“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.”
CHILE Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON CHILE 1995	25/11/2005 Vigente	“ARTICULO 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 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”
COSTA RICA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON COSTA RICA	25/11/2005 Vigente	“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”
CUBA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON CUBA	25/11/2005 Vigente	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 “
EL SALVADOR Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON EL SALVADOR	25/11/2005 Vigente	“Art. 4.- PROTECCION 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 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.”
ITALIA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON ITALIA	04/03/2005 Vigente	“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.”
NICARAGUA Título: TRATADO DE INVERSION EXTRANJERA CON NICARAGUA		“Artículo 3 Protección de Inversiones 1.-Cada Parte Contratante asegurara en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, y no perjudicara su gestión, mantenimiento, uso, goce, usufructo, ampliación, liquidación o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.”
PERU Título: TRATADO DE INVERSION EXTRANJERA CON PERU	25/11/2005 Vigente	“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

		<p>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 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>RUMANIA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON RUMANIA</p>	<p>25/11/2005 Vigente</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 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>SUECIA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON SUECIA</p>	<p>25/11/2005 Vigente</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</p>

		<p>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 éstas 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 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>FINLANDIA Título: CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON FINLANDIA</p>	<p>25/11/2005 Vigente</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>

ANEXO 5

Cláusula Trato justo y equitativo. Sin TJE

TBI ECUADOR CON:	Fecha de publicación/Status	Cláusula Trato justo y equitativo
REPUBLICA DOMINICANA		Artículo 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.