



UNIVERSIDAD DE CHILE

Escuela de Derecho

Departamento de Derecho Internacional.

**ESTÁNDAR DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.
TRATAMIENTO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y
JURISPRUDENCIAL DE LAS CLÁUSULAS DE EXPROPIACIÓN Y
TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.**

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
y Sociales**

Alumnos: ANDRÉS ALBERTO GELERSTEIN WAISBEIN

CARLOS ALBERTO PORTALES UNDURRAGA

Profesor Guía: MARIO ARNELLO ROMO

Santiago Chile, octubre de 2012

AGRADECIMIENTOS

La presente Tesis es producto del esfuerzo de distintas personas, sin las cuales éste proyecto no hubiera sido posible.

Agradecemos al profesor Mario Arnelo Romo, a la profesora Gilda Cicci, al profesor Santiago Montt y al profesor Rodrigo Polanco, por la paciencia, la orientación y toda la ayuda y apoyo prestado para la realización de éste trabajo.

A nuestras familias, por el apoyo incondicional en todo éste proceso.

Gracias a todos.

TABLA DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	1
II. CAPÍTULO PRIMERO: INVERSIÓN	6
1. Introducción	6
a. Concepto de Inversión Extranjera.	7
i. Concepto de Inversión Extranjera presente en los Tratados Bilaterales de Inversiones	7
ii. Alcance del Artículo 25 del Convenio CIADI.	8
b. Definición jurisprudencial de la materia.	12
c. ¿Inversión equivalente a transferir Capital?	15
d. Definición en la Legislación Nacional Chilena	17
e. El inversionista debe ser extranjero.	18
i. Inversionista Persona Natural.	18
ii. Empresa Inversionista.	19
iii. Accionistas como inversionistas por derecho propio.	20
III. CAPÍTULO SEGUNDO: ARBITRAJE CIADI	22
1. ¿Qué es el CIADI?	22
2. Instrumentos bilaterales y multilaterales que entregan competencia al CIADI.	23
3. Jurisdicción del centro.	24
a. Concepto del doble consentimiento.	24
b. Jurisdicción en cuanto a la materia (<i>ratione materiae</i>).	26
c. Jurisdicción en cuanto a la persona (<i>ratione personae</i>).	27
d. Exclusión de protección diplomática.	29
4. Derecho aplicable.	30
5. Reconocimiento y cumplimiento del laudo.	32
IV. CAPÍTULO TERCERO: EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN	35
1. Alcance del Derecho de Propiedad.	35
2. Expropiación.	38
3. Expropiación directa.	41
4. Expropiación de derechos contractuales.	42
5. Expropiación indirecta.	43
6. Expropiación Constructiva (<i>Creeping Expropriations</i>).	50
7. Expropiaciones Regulatorias (<i>Regulatory Takings</i>)	51
8. Expropiación a través de impuestos.	54
a. Regulación.	54
b. Expropiación.	56
V. CAPÍTULO CUARTO: TRATO JUSTO Y EQUITATIVO	59

1. Introducción	59
2. Historia del Concepto.	62
3. Aproximación al Concepto.	63
4. Conceptualización Literal de la Cláusula	66
5. Construcción en los acuerdos bilaterales:	68
a. Acuerdo sin hacer referencia al Trato justo y Equitativo.	70
b. Formulación no calificada o autónoma de la Cláusula.	71
c. Formulación calificada de la Cláusula.	73
i. Vinculación con los Estándares de No-Discriminación	73
ii. Vinculación con el Derecho Internacional	74
iii. Vinculación con la Legislación Nacional	75
iv. Vinculación con el Derecho Internacional Consuetudinario y/o Estándar Mínimo de Trato	76
6. Desarrollo en los Tribunales Arbitrales de disputas entre Estados e inversionistas.	79
a. Laudos Enfocados en el Estándar Mínimo de Tratamiento de Derecho Internacional Consuetudinario.	80
i. Introducción.	80
ii. Estándar mínimo de Derecho Internacional.	82
b. Aplicaciones específicas:	88
i. Cumplimiento de las obligaciones contractuales.	89
ii. Debido proceso	91
iii. Buena Fe	92
7. Construcción desde la óptica de la Expectativa Legítima del inversionista.	93
a. Expectativas legítimas como Trato Justo y Equitativo.	94
b. Expectativas Legítimas sujeto a Condiciones	97
i. Garantías Específicas.	97
ii. Conocimiento del marco regulatorio.	99
iii. Cambio normativo para adecuarse a una inversión.	100
iv. Balance de las expectativas del inversionista y las modificaciones regulatorias.	102
8. Rol del Inversionista.	104
a. Deber de evitar conductas impropias.	105
b. Deber de realizar una razonable evaluación de los riesgos del Estado receptor.	106
c. Deber de conducir los negocios de una manera razonable.	108
VI. CAPÍTULO QUINTO: RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO	110
1. Laudo arbitral como fuente auxiliar del derecho internacional.	110
2. Ámbito de protección reconocido por la jurisprudencia internacional.	112
VII. CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA EVOLUCIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO	115
1. Introducción	115

2. Laudos Analizados	116
a. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL (NAFTA). Award, 8 June 2009.	
116	
b. Walter Bau v. Thailand, UNCITRAL (Germany/Thailand BIT). Award, 1 July 2009.	123
c. Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 (Greece/Albania BIT). Award, 30 July 2009.	134
d. Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Turkey/Pakistan BIT). Award, 27 August 2009.	139
e. Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2 (NAFTA). Award (redacted version), 18 September 2009.	148
f. Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan, SCC Case No. V (064/2008) (ECT). Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009.	160
g. EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13 (UK/Romania BIT). Award and Dissenting Opinion, 8 October 2009.	169
h. Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18 (Greece/Georgia BIT and ECT). Award, 3 March 2010.	182
i. Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877 (US/Ecuador BIT). Partial Award on the Merits, 30 March 2010.	187
j. Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada, UNCITRAL, ICSID Administered Case (NAFTA). Award, 31 March 2010.	191
k. ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2 (Turkey/Jordan BIT). Award, 18 May 2010.	196
l. Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24 (Germany/Ghana BIT). Award, 18 June 2010.	198
m. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (France/Argentina and Spain/Argentina BITs). Decision on Liability, 30 July 2010. Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken	204
n. Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA). Award, 2 August 2010	213
o. AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömu Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22 (ECT). Award, 23 September 2010.	219
p. Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19 (US/Panama BIT). Award, 24 November 2010.	227
VIII. CONCLUSIÓN	233
1. Consideraciones en la celebración de los Tratados.	233
2. Consideraciones en los Tratados celebrados por Chile	235
IX. BIBLIOGRAFÍA	238
1. Normativa Consultada.	238
2. Autoridades.	238
3. Lista de Casos Consultados.	240

RESUMEN

Cuando un Estado suscribe un acuerdo en el que otorga algún tipo de protección específica a un inversionista, dentro de los cánones del derecho internacional, debe considerar ciertos elementos que podrán limitar su capacidad de adoptar ciertas conductas, cuando estas puedan perjudicar ciertos intereses o garantías amparadas por los acuerdos.

La formulación de las distintas cláusulas, o el mecanismo de incorporación de las mismas dentro de los acuerdos internacionales en materias de inversiones, inciden en gran medida en el grado de laxitud que se otorgará al Tribunal para realizar una interpretación del contenido de la mismas en el momento en que surja una disputa.

La expropiación y el trato justo y equitativo no son conceptos estáticos que implique un sólo tipo de interferencia. Las distintas construcciones doctrinarias y jurisprudenciales hacen evolucionar los conceptos que pueden llegar a implicar un grado de interferencia injustificado por parte de los Tribunales arbitrales internacionales respecto de las potestades soberanas de los Estados.

Darle a dichas cláusulas una calificación más precisa para evitar o minimizar el campo interpretativo de los Tribunales arbitrales es a lo que se ha abocado la doctrina más reciente. Por otro lado, siguen vigente aquellas posiciones tendientes a expandir el grado de protección de los inversionistas a través de las interpretaciones jurisprudenciales.

El grado óptimo de deferencia necesario para el correcto actuar de un Estado de acuerdo a sus intereses y por otro lado, el nivel debido de protección de la inversión como polo necesario para el desarrollo económico, no deben ser tomados como conceptos dicotómicos. Buscar el equilibrio a través de la transparencia y la correcta formulación de los instrumentos vinculantes hará que las futuras controversias sean más acotadas y den un menor margen de apreciación a los Tribunales ante los cuales se vean enfrentados.

Para llegar a estos propósitos pretendemos dilucidar: ¿cuál ha sido el camino tomado por la jurisprudencia en la construcción de los estándares de protección de la

inversión? Y ¿cómo han evolucionado los distintos instrumentos de protección de inversiones en la formulación de dichas cláusulas?

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado, donde existen altos grados de integración de las economías, estimamos que la atracción de inversión extranjera juega un rol fundamental en los objetivos de los Estados que buscan alcanzar el desarrollo económico. En este contexto, nuestro país no se ha quedado atrás y se ha propuesto integrarse al mundo y competir por la atracción de Capitales. Por este motivo, existen normativas como el D.L. 600, los Tratados de Libre Comercio y los APPI (Acuerdos Recíprocos de Promoción y Protección de Inversiones) que hemos suscrito con diversos países del mundo, para promover estos objetivos.

El propósito principal de esta investigación consiste en dilucidar la evolución que han tenido los estándares de protección de los inversionistas e inversiones extranjeras. Previo a abordar el tema principal, explicaremos el contexto en el que se enmarcan dichos estándares, junto con exponer respecto de la principal institución arbitral internacional dedicada a las controversias entre inversionistas y Estados, el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), que juega el rol preponderante en el desarrollo jurisprudencial de la materia.

En relación al tratamiento de los estándares de protección, es necesario analizar cuáles son los sujetos a los que le corresponde la protección otorgada por dichos estándares. En este sentido, comenzaremos explicando la definición de inversión y de inversionista, que contienen los distintos cuerpos normativos. Además, trataremos las distintas interpretaciones que se les ha dado a dichas definiciones, con el fin de otorgarles un contenido preciso al momento de una aplicación concreta.

Una vez determinados los sujetos protegidos, nos enfocaremos en el arbitraje internacional dentro del cual se suscitan las controversias respecto de la protección de dichos sujetos. Para ello, nos concentraremos en los cuerpos normativos donde están descritos los sujetos y los regímenes de protección pertinentes. Por medio de estos, los Estados signatarios otorgan su consentimiento para conceder la competencia a los tribunales arbitrales, con el fin de que estos puedan conocer de las controversias que se suscitan. Para este capítulo en particular, nos centraremos en los casos de arbitraje institucional llevados ante el CIADI. A pesar de que éste no es la única opción de arbitraje que se incorpora en los Acuerdos de Inversión, tiene la particularidad que es el único

arbitraje, que depende de un centro institucional establecido, ya que las otras opciones de arbitraje, solo hacen referencia a reglas procedimentales, o a otros mecanismos que las partes convengan al momento de resolver una controversia.

Para comprender el ámbito de aplicación de los estándares y reglas que otorgan protección a los inversionistas extranjeros, es fundamental conocer como se aplican las reglas de este Centro, con el objeto de establecer que materias son de competencia de los tribunales arbitrales al momento en que se somete una controversia. De esta manera, podemos delimitar con mayor precisión cuales son los elementos que tendrán la mayor relevancia en el entorno normativo que protege a los inversionistas.

Habiendo analizado los sujetos protegidos y los elementos que definen la competencia de quien definitivamente resolverá una controversia, nos concentraremos en los estándares de protección, es decir, el derecho de fondo que define en gran parte el régimen de protección, otorgado por los distintos acuerdos. Para esto, nos enfocaremos en los estándares o derechos emanados de un acuerdo, distinguiendo entre aquellos que requieren de un sujeto de comparación, para determinar si ha existido una infracción y aquellos que son absolutos. En esta investigación nos concentraremos en estos últimos, ya que son los que presentan un mayor grado de complejidad para establecer su contenido concreto y, porque la mayoría de las controversias respecto inversiones, han surgido a raíz de medidas adoptadas por un Estado en contravención a un estándar absoluto.

Para comprender a cabalidad este estándar absoluto debemos delimitar la diferencia, que existe con aquellos estándares que requieren de un sujeto de comparación. Para estos últimos, el canon fundamental consiste en la no discriminación. Así, las provisiones de Trato Nacional, cuando establecen el tipo de medidas que contravienen dicho estándar, deben referirse a sujetos que estén en circunstancias similares, para luego determinar si al extranjero se le ha otorgado un trato menos favorable, que aquel otorgado a los nacionales. Las provisiones que otorgan el Trato de la Nación más Favorecida, tienen como objetivo central asegurar que los Estados partes de un Acuerdo otorguen a los inversionistas y a sus inversiones, un tratamiento no menos favorable que el que otorguen, en circunstancias similares, a los inversionistas y las inversiones de cualquier país que no sea Parte del Acuerdo.

Podemos concluir que, ambos estándares no tienen un contenido absoluto que fije un determinado estándar de tratamiento. Sino que ambos, establecen estándares de comparación para asegurar la no discriminación. De este modo, pondremos énfasis en aquellos estándares que están establecidos en provisiones que tienen el carácter de absolutos, donde no es necesario tener un sujeto de comparación para alegar la contravención del estándar a través de una medida tomada por el Estado.

Por estas razones, hemos propuesto realizar una investigación exhaustiva de las principales cláusulas que contienen estándares absolutos. Dentro de los acuerdos referidos, nos enfocaremos en las cláusulas que protegen contra la expropiación y aquellas que establecen el estándar de trato justo y equitativo o nivel mínimo de trato. Estos, procuran entregar un resguardo de las inversiones, especialmente aquellas que se refieran a la integridad de las mismas cuando se vean enfrentadas a políticas arbitrarias por parte de los Estados. Adicionalmente, analizaremos el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los tribunales arbitrales internacionales, especialmente, de aquellos a los que nuestro país ha otorgado competencia. Sin olvidar, la compleja relación que existe con otros mecanismos que otorgan competencia a otros foros y a otros tipos de tratados, que también resultan fundamentales en la construcción de los estándares de derecho internacional referidos al tratamiento de las inversiones.

Los tribunales arbitrales internacionales, además de estar regidos por los cuerpos normativos que otorgan protección a los inversionistas, no se encuentran aislados de un régimen más amplio del que forman parte para la dictación de un laudo. En el tal sentido, el régimen de inversiones internacionales, se encuentra enmarcado dentro del derecho internacional, por lo que sus normas y principios le serán aplicables. En consecuencia, es necesario estudiar la jurisprudencia como fuente auxiliar de este derecho, con el objeto de analizar la evolución de los conceptos y sus aplicaciones prácticas en los casos concretos.

Por este motivo, una sección de esta investigación estará enfocada al análisis jurisprudencial de los últimos laudos, que hagan referencia a los aspectos más controversiales del estándar de tratamiento de las inversiones. Intentaremos dilucidar la evolución o cambios de tendencias, manifestados en los laudos de más reciente data, que aún no han sido analizados a cabalidad por la doctrina. Este análisis es importante, dado que la aplicación práctica de estándares que se encuentran definidos tan genérica y

ampliamente en los tratados, llevan a la aplicación de criterios distintos, frente a situaciones similares.

En este sentido, consideramos que cobra especial importancia la vaguedad con la que son formulados ciertos preceptos, especialmente el de trato justo y equitativo. Esto otorga amplias facultades interpretativas a los árbitros, al momento de verse enfrentados con los casos particulares. Consecuencialmente, se ha originado un problema que ha sido latamente discutido a nivel internacional, que dice relación con la excesiva injerencia que puede tener un tribunal arbitral en las facultades y poderes de regulación que son propios de cada Estado soberano. Llegando a ser incluso fuente de revisión de las decisiones judiciales. Cuestión que consideramos, que genera efectos adversos para la futura construcción de acuerdos de inversión.

Estos acuerdos, no deben ser analizados aisladamente como un catálogo de derechos que privan al Estado de potestad reglamentaria, sino que deben ser interpretados con el objeto de encontrar el balance entre los intereses del Estado y los del inversionista, que deben convivir y no oponerse en la búsqueda del desarrollo económico.

Estimamos que, es fundamental y esencial para la correcta actuación de un Estado, tener la libertad de modificar su normativa para satisfacer sus intereses, sin que esto signifique una privación de la inversión ni que pueda afectarse arbitrariamente los intereses garantizados por los acuerdos que ratifican los Estados.

Como hemos señalado, la libertad del Estado para modificar su normativa no puede ser absoluta. En consecuencia, cuando un Estado se hace parte de un instrumento que otorga algún tipo de protección específica a un inversionista debe considerar ciertos elementos que podrán restringir su capacidad, para actuar respecto de ciertos actores dentro de sus fronteras.

La práctica ha demostrado que la expropiación y el trato justo y equitativo no son conceptos estáticos, sino que han ido evolucionando a través de las distintas construcciones doctrinarias y jurisprudenciales, pudiendo los Tribunales Arbitrales en ciertos casos interferir injustificadamente en las potestades soberanas de los Estados. Para evitar este tipo de situaciones, la doctrina internacional, ha intentado otorgarle a dichas cláusulas una calificación más precisa, con el objeto de restringir el campo interpretativo de los Tribunales arbitrales.

En nuestra opinión, en los tratados de protección de inversiones, siempre debe buscarse el grado óptimo que permita al estado, legislar y regular situaciones administrativas, para satisfacer plenamente sus intereses, otorgando al mismo tiempo un nivel de protección adecuado al inversionista extranjero. Buscar este equilibrio por medio de la transparencia y la correcta formulación de los instrumentos vinculantes reducirá las futuras controversias y acotarán el margen de discrecionalidad de los Tribunales, al momento de tener que interpretar, las provisiones de los tratados.

Las políticas de apertura comercial adoptadas por Chile, han llevado a la suscripción de numerosos tratados de protección de inversiones, en este sentido para nuestro país estos elementos de construcción doctrinaria y jurisprudencial, deben ser un referente al momento de adecuar las distintas disposiciones, especialmente a nivel administrativo, que puedan afectar a inversionistas extranjeros.

En este contexto, esperamos que nuestro trabajo constituya un aporte, para dilucidar el camino tomado por la jurisprudencia en la construcción de los estándares de protección de la inversión y la evolución de los distintos instrumentos de protección de inversiones en la formulación de dichas cláusulas.

II. CAPÍTULO PRIMERO: INVERSIÓN

1. Introducción

Los últimos años hemos observado que la competencia por atraer inversión extranjera directa se ha acentuado, los gobiernos han liberalizado los regímenes regulatorios, se han comprometido a conceder incentivos fiscales y financieros, han firmado acuerdos que le otorgan seguridad y protección a los inversionistas foráneos, etc. La competencia no se ha dado solamente entre estados sino que también entre los gobiernos nacionales, sub-nacionales y principalmente intra-regionalmente¹.

Considerando la contribución de la inversión extranjera a las economías locales, sobretodo en países como el nuestro y en un mundo donde se compite por la atracción de capitales, debemos ser capaces de entregar los incentivos correctos con el fin de atraer la mayor cantidad de inversión posible.

Consideramos que con un ejemplo, podremos explicar de mejor manera la importancia de la inversión extranjera para las economías, especialmente para aquellos países en vías de desarrollo. Supongamos que un empresario norteamericano con capital disponible generado en Estados Unidos de América, con trabajo americano e incentivos financiado por el Estado Americano. Hacemos presente que el ideal para Estados Unidos de América, consiste en que esos recursos se reinviertan en el país, con el objeto de crear nuevos puestos de trabajo, que se sigan pagando los impuestos en ese país y se incentive el crecimiento de la economía local. Sin embargo, si el empresario decide invertir esos recursos en Chile, esos ingresos pagarán en adelante el sueldo a un trabajador chileno y sus impuestos en Chile, contribuyendo al desarrollo de nuestra economía en desmedro de la norteamericana. Además, la inversión extranjera permite la realización de grandes proyectos, que sin la participación de capitales foráneos serían de difícil financiación en países como el nuestro.

Dada la naturaleza de los proyectos desarrollados con capitales foráneos, la inversión extranjera lleva implícita la idea de una relación de largo plazo, entre el

¹ CHUDNOVSKY, Daniel y LÓPEZ, Andrés “La competencia por atraer la Inversión Extranjera Directa, su dimensión global y regional”, Latin Nexos, año 3 número 4, enero de 2008.

inversionista y el país receptor de la inversión. En este sentido, la confianza que debe generarse o las garantías otorgadas por el país receptor son fundamentales, ya que el inversionista se verá imposibilitado de llevarse el proyecto derivado de su inversión, a otro país.

Además, es importante considerar que una vez realizada la inversión se alteran los poderes negociadores. En un principio es el país receptor el interesado en atraer capitales extranjeros, una vez que ingresaron los recursos y se materializó la inversión, el inversionista no puede dar pie atrás, por lo que el poder tiende a cambiar a favor del Estado receptor.

Estos son los motivos por los cuales existen incentivos y formas especiales de proteger la inversión extranjera. Existen razones de fondo, para distinguir entre un inversionista nacional y un inversionista extranjero, por tal razón en este capítulo además de analizar el concepto de inversión intentaremos precisar sus alcances, poniendo énfasis en el apellido del término, es decir cuando la inversión puede ser considerada extranjera.

a. Concepto de Inversión Extranjera.

El término inversión extranjera, debemos diferenciarlo de lo que comúnmente entendemos por inversión (nacional), la doctrina internacional, los Tribunales Arbitrales y los Estados a través de los Tratados Bilaterales de Inversiones y los capítulos de inversiones de un Tratado de Libre Comercio, han sido flexibles incorporando una gran cantidad de activos, actividades económicas y financieras que no sería posible considerar dentro del concepto ordinario de inversión.

En esta investigación analizaremos la definición que recogen los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI), la contenida en el Artículo 25 del convenio CIADI, las definiciones jurisprudenciales del CIADI y la definición señalada en el acuerdo del TLCAN. Hemos elegido estos conceptos en atención a que son los de mayor importancia en materia de arbitrajes internacionales.

i. Concepto de Inversión Extranjera presente en los Tratados Bilaterales de Inversiones

El concepto de inversión de mayor utilidad en el sistema CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), es aquel definido en los

TBI conocidos en la doctrina internacional como BIT (*Bilateral Investment Treaties*), dado que en numerosos fallos del Tribunal Arbitral como por ejemplo en *Fedax v. Venezuela* y *AMT v. Zaire* entre otros, el Tribunal ha considerado especialmente lo que en estos tratados se entiende por inversión para determinar, si el conflicto puede ser llevado al centro y en definitiva fallar respecto del comportamiento del Estado receptor de la inversión.

Nuestro país ha suscrito más de cuarenta Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPIS)² con países distintos y las cláusulas que definen inversión abarcan los siguientes conceptos:

Inversión comprende toda clase de bienes, siempre que se haya efectuado de acuerdo a las leyes y reglamentos de la otra parte contratante y comprenderá en particular, pero no exclusivamente:

- a) bienes muebles, inmuebles ó cualquier otro derecho real (como hipotecas, usufructos, prendas, etc.).
- b) acciones, cuotas sociales, debentures o cualquier otro tipo de participación en compañías.
- c) Préstamos o cualquier otros derechos sobre dinero ó cualquier prestación que tenga valor económico.
- d) Derechos de propiedad intelectual e industrial, *conforme a la definición de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en la medida que ambas partes lo hayan ratificado*, incluidos, derechos de autor, marcas comerciales, patentes, diseños industriales y procesos técnicos, conocimientos prácticos, nombres comerciales, derechos de llaves y *know how*.
- e) Concesiones otorgadas por ley, reglamento o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales³.

ii. Alcance del Artículo 25 del Convenio CIADI.

² Independiente de su actual vigencia.

³ Definición extraída y complementada considerando los APPI de Chile con Austria, Croacia e Islandia.

El artículo 25 del Convenio⁴, señala que la jurisdicción del CIADI, se extiende a cualquier disputa que surja directamente de una inversión, siendo éste un requisito *ratione materiae* para otorgarle competencia al Tribunal que va a conocer de la disputa.

El Convenio intencionalmente no establece lo que debe entenderse por inversión extranjera, debido a que existía temor que al definirla, se pudiera limitar el concepto y causar problemas jurisdiccionales innecesarios⁵. La ausencia del concepto permite una interpretación amplia y liberal por parte del Tribunal, para determinar si se está en presencia de una inversión o no, para efectos de establecer si el centro tiene jurisdicción para conocer de la disputa.

En la práctica, los tribunales arbitrales cuando deben determinar si se encuentran frente a una inversión efectúan un doble análisis o lo que se ha denominado un “*double keyhole approach*”(CSOB v. Slovakia)⁶, entendiéndose que la disputa debe surgir de una inversión que satisfaga los requisitos exigidos por el artículo 25 de la convención, y además debe cumplir con los requisitos establecidos en la definición de inversión que han establecido las partes cuando otorgan su consentimiento para someter el asunto al CIADI, es decir, la que se encuentra en los TBI⁷.

En el caso *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*⁸, al efectuar el análisis doble de la noción de inversión (en este caso denominado “*double barrell test*”), el tribunal estimó que no existía inversión de acuerdo al concepto establecido en el Art. 25 del Convenio CIADI. Indicando que no habiéndose satisfecho los requisitos del artículo 25, era innecesario analizar si puede ser considerado como inversión de acuerdo al TBI. El reclamo debe cumplir copulativamente con los dos requisitos antes señalados.

Sin perjuicio de la amplitud del concepto de inversión, algunas materias han sido excluidas de la jurisdicción del CIADI por el hecho de no concurrir los requisitos del

⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

⁵THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, Edited by MUCHLISNKI, Peter, ORTINO, Federico and SCHREUER, Christoph. Oxford University Press (2008) p.63.

⁶CSOB v Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 14 ICSID Rev-FILJ (1999) 251.

⁷ DOLZER Rudolph and SCHREUER Cristoph, Principles of International Investment Law, Oxford University Press (2008) p. 62

⁸Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, Award on Jurisdiction, 17 May 2007.párrafo 148.

Artículo 25 de la Convención. Por ejemplo en 1999 el Secretario General del CIADI, denegó una solicitud de arbitraje respecto de una disputa que surgió de un contrato de suministro de mercadería, argumentando que dicha transacción manifiestamente no podría ser considerada una inversión, señalando que como la disputa no provenía directamente de una inversión el centro no podía conocer de ella.

Hemos intentado establecer una definición y, los requisitos de lo que debe considerarse como inversión, los académicos y comentaristas al analizar el Artículo 25 de la Convención del CIADI han extraído los requisitos que permiten conocer cuando una operación económico financiera sea considerada inversión extranjera⁹. Estas exigencias han sido recogidas por la Jurisprudencia, especialmente en el caso *Fedax v. Venezuela*¹⁰ y posteriormente en el caso *Salini v. Marruecos* siendo reconocidos por la doctrina internacional como la prueba de salini o el “*salini test*”¹¹, los requisitos son:

1. Debe existir un compromiso efectivo a realizar la inversión por parte del inversionista.

No solo se requiere un compromiso, sino que también una contribución del inversionista, la palabra contribución en estos casos ha sido entendida en un sentido amplio, pudiendo ser cualquier recurso económico, financiero, transferencia de know how, equipamiento, personal, etc.

2. El proyecto en cuestión, debe tener cierta duración en el tiempo.

En un principio cuando se negociaban los términos del convenio, se discutía un periodo de cinco años, sin embargo hoy después del caso *LESI /Dipenta v. Algeria*¹², el tribunal ha señalado que en la interpretación de este requisito no se debe ser excesivamente riguroso y ha concluido que una duración de dos años debiera ser suficiente.

⁹ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit p.68.

¹⁰ *Fedax NV v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 11 June 1997, ILM 1378 (1998).

¹¹ *Salini v Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, 42 ILM(2003) 609, para 52: “*the doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of transaction. In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host state of the investment as an additional condition*”.

¹² *Lesi v. Algeria*, ICSID case No. ARB 05/03, Award, 10 January 2006, 19 ICSID Rev FILJ 426(2005).

3. La operación debe considerar que existirán ciertas ganancias, pero al mismo tiempo debe asumir el riesgo inherente a cualquier inversión.

La palabra riesgo debe entenderse en el sentido, de que el inversionista no puede conocer desde un comienzo cual será el costo final del proyecto, y las probabilidades de éxito o fracaso de este.

4. De acuerdo a lo establecido en el preámbulo de la Convención CIADI, la operación debe tener el potencial de contribuir al desarrollo del país receptor de la inversión.

Este ha sido considerado el punto más controvertido de todos y la jurisprudencia no ha sido uniforme al momento de considerar si este constituye realmente un requisito o no:

- En los casos *Lesi v Algeria*¹³ y *Astaldi v. Algeria*¹⁴, el Tribunal estimó que la contribución al desarrollo del país no era un requisito a considerar para determinar si una determinada operación era considerada inversión extranjera.
- En *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*¹⁵, el tribunal concluyó que la potencialidad para contribuir al desarrollo del país receptor efectivamente era un requisito para que una determinada operación sea considerada inversión extranjera.
- En *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo*¹⁶, el Tribunal arbitral estimó que la potencialidad para contribuir al desarrollo del país receptor no era un requisito para considerar a una operación como inversión extranjera, concluyendo:

“El comité ad hoc, desea señalar que desde de su punto de vista, la contribución al desarrollo económico del Estado es una característica esencial-aunque no suficiente- de la inversión. Lo que no significa que esta contribución debe ser siempre importante o exitosa; Tampoco es labor del

¹³*Lesi v. Algeria* ob. cit.

¹⁴*L.E.S.I. S.p.A. et ASTALDI S.p.A. v. Algeria*, ICSID Case No. ARB/05/3, Award 12 November 2008. (*Italy/Algeria BIT*).

¹⁵*Malaysian Historical Salvors, SDN BHD v Malaysia*, ICSID Case No. Arb/05/10, Decision on Jurisdiction, 17 may 2007, en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MHS-jurisdiction.pdf>

¹⁶*Patrick Mitchel v Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. Arb/05/03, Decision, 1 November 2006 en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/mitchellannulment.pdf>.

CIADI, determinar la verdadera contribución de la operación en cuestión. Es suficiente con que la inversión contribuya de una u otra manera al desarrollo económico del país receptor, siendo este concepto de desarrollo económico extremadamente amplio y variable dependiendo del caso”¹⁷

Es de nuestro interés, explicar en este punto que consideramos que la potencialidad de contribuir al desarrollo del país, debe analizarse en abstracto, es decir, independientemente del éxito o fracaso que tuvo la implementación de la inversión.

Por ejemplo, si un inversionista decide instalar una fábrica en un país determinado, el Tribunal deberá analizar si la fábrica tiene el potencial de contribuir al desarrollo del país y, si la respuesta es afirmativa, aun en el caso de que ésta se encuentre en bancarrota debe ser considerada inversión extranjera.

Estos cuatro elementos, han sido reconocidos como partes que ayudan a construir el concepto de inversión, sin embargo, no está completamente claro cuando y como deben cumplirse estos requisitos. Teniendo en consideración lo anterior, el Tribunal Arbitral en el caso *LESI v. Algeria*¹⁸, señaló que estos cuatro elementos deben revisarse y ponderarse según las circunstancias de cada caso.

b. Definición jurisprudencial de la materia.

Como hemos señalado, el criterio para determinar que puede ser considerado inversión varía caso a caso, pudiendo el tribunal acotar o ampliar este concepto utilizando los cuatro elementos descritos.

Sin perjuicio de lo anterior, la evolución jurisprudencial del CIADI ha estado liderada por lo que se señaló en el caso *Fedax v. Venezuela*¹⁹, donde el Tribunal tuvo que determinar si los pagarés podían ser considerados inversión extranjera debiendo analizar si existía o no inversión, en tres pasos distintos, a saber:

1. A la luz del Artículo 25 de la Convención del CIADI.

¹⁷ THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. ob. cit., p. 68

¹⁸ *Lesi v. Algeria* ob. cit.

¹⁹ *Fedax NV v. Venezuela*, Decision on Jurisdiction, 11 June 1997, ILM 1378 (1998).

En relación con este requisito, el Tribunal consideró que como las provisiones del artículo son sumamente amplias y que como los créditos, contratos de suministro y las acciones podían ser objeto de un arbitraje de este tipo, este requisito estaba satisfecho.

2. Sobre las normas del TBI que le daba competencia al Centro para conocer de la controversia.
3. Intentando distinguir entre lo que puede considerarse inversión extranjera y lo que es una transacción comercial ordinaria. Respecto de este punto, el tribunal concedió especial importancia al tratamiento que la legislación nacional venezolana otorga a los pagarés, además del hecho de que la adquisición de estos pagarés no tenía por objeto realizar una operación de corto plazo y obtener una ganancia rápida.

En este caso, el Tribunal además señaló que no era necesario que la inversión se realice en el territorio del país receptor, reconociendo que la naturaleza de muchas transacciones financieras internacionales, hace que los fondos invertidos no necesariamente lleguen a los países.

Consideramos importante recordar, que respecto del primer requisito para estar en presencia de inversión extranjera indicado por el tribunal; la contribución del inversionista, en este caso se ve satisfecho ya que se comprometieron recursos económico-financieros.

En el caso *Salini v. Marruecos*²⁰, inversionistas italianos, firmaron un contrato para construir una autopista en Marruecos. El gobierno Marroquí, argumentó que el contrato de construcción no puede ser considerado una inversión, sin embargo, el Tribunal analizando los hechos del caso, el TBI entre Italia y Marruecos y el Artículo 25 de la Convención, concluyó que en este caso particular el contrato de construcción si puede ser considerado una inversión²¹.

²⁰ *Salini v Morocco* ob. cit.

²¹ THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW ob. cit., p. 67.

En el caso *Joy Mining v. Egypt*²², el Tribunal debía determinar si la garantía requerida previa a una licitación podía considerarse una inversión. En este caso el Tribunal consideró, que el período en el que se mantuvo la garantía en el país había sido muy corto y que el supuesto inversionista no había asumido el riesgo inherente a esta supuesta inversión. Asimismo, el Tribunal rechazó el criterio establecido en el preámbulo del Convenio CIADI, ya que la inversión no contribuía en lo más mínimo al desarrollo económico del país. Sin embargo, este requisito si se cumplía, al entenderse que este tipo de garantías están íntimamente ligadas al proyecto a desarrollar.²³

En la práctica arbitral una amplia gama de actividades, han sido subsumidas dentro del concepto de inversión, entre otras, deseamos destacar:

1. Infraestructura caminera, *Bayindir v. Pakistan*²⁴.
2. Industria Hotelera, *AMCO v. Indonesia*.
3. Pagarés, *Fedax v. Venezuela*²⁵.
4. Préstamos, *CSOB v. Slovak Republic*²⁶.
5. Drenado de un canal, *Jan de Nul/ Dredging International v. Egypt*²⁷.
6. Construcción de una carretera, *Salini v. Morocco*²⁸.
7. Servicios de inspección de pre-embarque, *SGS v. Pakistan*²⁹.

Los Tribunales han reconocido que una inversión, puede consistir o puede estar compuesta de distintas actividades económicas o financieras interrelaciones que no pueden considerarse de manera aislada. Por lo tanto, no es necesario que cada uno de los elementos analizados deba ser suficiente para calificar como inversión, pudiendo así surgir una disputa de una transacción que por sí sola, no sea capaz de ser considerada inversión pero que forme parte integral de una operación que califique como tal.

²² *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. Arb/03/11, 6 August 2004, 44ILM73(2005)

²³ THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW Edited by PETER, Ibid., p. 68

²⁴ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29

²⁵ *Fedax v. Venezuela*, ob. cit.

²⁶ *CSOB v Slovak Republic*, ob. cit.

²⁷ *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/1 (Belgo/Luxembourg/Egypt BIT)

²⁸ *Salini v. Morocco*, ob. cit.

²⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13 (Swiss Confederation/Pakistan BIT)

Para el Profesor Montt³⁰, el concepto de inversión desde una perspectiva *ratione materiae* (jurisdiccional), requiere solamente el comprometer capital debiendo poder distinguirse de las relaciones ordinarias de comercio. Afirma, que la definición de inversión no juega ningún rol sustantivo en el área del arbitraje comercial y, los TBI en estos casos juegan un rol meramente de orientación. Si no fuese así sería problemático básicamente por dos razones:

1. Los países estarían obligados a regular todas las categorías que los tratados de inversión reconozcan como tal. Si no crearan derechos para cada una de las categorías, se verían constantemente enfrentados a casos de responsabilidad por aquello.
2. Los TBI podrían convertir ciertos casos de “propiedad débil” en “propiedad fuerte”. Esto cobra especial relevancia, para el caso de ciertos privilegios que otorga el Estado y pueden ser revocados libremente por éste, en cualquier momento, sin tener la obligación de compensar. Estaríamos claramente frente a un problema, si un TBI, convirtiera estos privilegios en una especie de propiedad fuerte.

El Profesor Montt³¹ concluye, que el derecho interno tiene voz en este asunto, la definición que éste tiene de derechos e intereses, no puede verse superado por aquellas que entregan los tratados de inversión.

c. ¿Inversión equivalente a transferir Capital?

Recientemente la jurisprudencia CIADI, ha señalado que, para que una inversión sea calificada como extranjera debe haberse realizado una transferencia de capital. Este criterio está en evidente contradicción con el punto de vista clásico, que señala que una inversión extranjera adquiere el carácter de tal, si es de propiedad y si está controlada por un inversionista extranjero, no siendo relevante el origen del capital.

³⁰ MONTT, Santiago. *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation (Studies in International Law)*. Hart Publishing. Portland, Oregon, USA, 2009. p. 251

³¹ *Idem*. p. 251.

En el caso *SGS v. Philippines*³² y *SGS v. Pakistan*³³, el tribunal señaló que una inversión ha sido realizada cuando se ha ejecutado una inyección de fondos en el territorio. En estos casos, el tribunal estaba examinando movimientos de capital. En el caso *Tokio Tokelés v. Ukraine*³⁴, el tribunal adopta la postura mayoritaria argumentando, que no puede exigir más que los requisitos tradicionales para considerar realizada una inversión, tales como las transferencias de capital.

Señalamos, que depender un solo criterio objetivo para definir el concepto de inversión, tendría una repercusión inmensa para los Estados que decidan suscribir cuerpos normativos que incentiven su desarrollo económico. Las partes contratantes de un acuerdo de protección y promoción de inversiones, configuran el ámbito protegido al momento de definir lo que será considerado inversión. En un mundo globalizado donde el concepto de inversión ha ido variando, se ha ido sofisticando y donde han surgido instrumentos financieros complejos, al internacionalizarse las empresas, resultaría irrisorio establecer un concepto fijo que no proteja estas inversiones.

Como hemos señalado, es de suma importancia analizar caso a caso, para afirmar, que nos encontramos frente a una inversión que está protegida por un TBI y el Convenio CIADI. Por ende, el Tribunal debe realizar un doble análisis para determinar que en el caso concreto estamos frente a una inversión extranjera.

Hemos destacado, que no basta el acuerdo de los Estados a través de un TBI para definir el objeto protegido por el sistema de arbitraje CIADI, es menester, que exista un criterio objetivo, que rescate ciertos elementos esenciales de un acuerdo multilateral para definir el alcance del concepto. Desde nuestro punto de vista, la definición de inversión del tratado de libre comercio entre Singapur y Estados Unidos es la que más se ajusta a una definición ideal de inversión. Esta última señala:

³²*SGS v Philippines*, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 8 ICSID Reports 518; 42 ILM 1285 (2003)

³³*SGS v Pakistan*, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, 42 ILM 1290 (2003); 8 ICSID Reports 406.

³⁴*Tokios Tokelés v Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, 20 ICSID Review – FILJ 205 (2005)

“Las características de una inversión incluyen, el compromiso de capital, la expectativa de recibir utilidades y el asumir el riesgo que implica dicha inversión”³⁵

d. Definición en la Legislación Nacional Chilena

En nuestra legislación no existe un concepto único de inversión extranjera. No obstante, el Decreto Ley 600³⁶ y el Compendio de normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central realizan una aproximación al concepto. El primero, a través de la definición de los sujetos amparados por la norma y, el segundo, a través de la definición de ciertos instrumentos jurídicos vigentes, poniendo énfasis tanto en el objeto de la inversión, como en las transferencias efectuadas desde el exterior.

El Decreto Ley N° 600 en su artículo 1° desarrolla el concepto de sujetos de esta forma:

“Las personas naturales y jurídicas extranjeras y las chilenas con residencia y domicilio en el exterior, que transfieran capitales extranjeros a Chile y que celebren un contrato de inversión extranjera, se regirán por las normas del presente estatuto.”

De la norma transcrita podemos señalar, que existen dos requisitos para que una persona pueda acogerse al DL 600. Primero, que participen personas naturales o jurídicas extranjeras o las chilenas con residencia y domicilio en el exterior. Segundo, que se transfieran capitales extranjeros a Chile. Es importante, que al momento de efectuar la inversión se transfieran estos capitales, dado que las utilidades generadas por estos, gozan de la protección y los beneficios que esta ley les otorga.

El objetivo del DL 600 consiste en incentivar el ingreso de capitales a Chile, otorgando el mismo estándar de protección, a un chileno no domiciliado o no residente en Chile, que a un inversionista extranjero.

³⁵ THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. ob. cit., p. 62.

³⁶ Nota al pie de página de Decreto Ley 600.

El Capítulo XIV del Compendio de Normas sobre Cambios Internacionales del Banco Central señala:

*“...cualquier acto, convención o contrato en virtud del cual una parte percibe divisas provenientes del exterior o el producto de su liquidación en el país, con el objeto de adquirir el dominio, usar, gozar, o ser poseedor o mero tenedor de valores mobiliarios, efectos de comercio, acciones, derechos sociales y cualquier otra clase de títulos o valores, o bienes raíces o muebles”.*³⁷

El sistema planteado por esta norma, es más liberal e informal que el DL 600, atendido que está pensado para inversionistas más pequeños. Para ellos es poco razonable exigirles cumplir con los requisitos del DL 600, ya que si esto fuese así la inversión no se materializaría.

e. El inversionista debe ser extranjero.

Para que la inversión pueda ser considerada extranjera, debe cumplir con todos los requisitos expuestos, pero también debe ser extranjero el inversionista que la efectúa.

Generalmente los TBI otorgan protección a los nacionales de los países contratantes. El criterio decisivo es la nacionalidad del inversionista³⁸, sin perjuicio, que para efectos de realizar un mejor estudio de la materia, primero trataremos la nacionalidad de las personas naturales, la de las compañías o las empresas y la de los accionistas.

i. Inversionista Persona Natural.

El Artículo 25 (2) de la convención del CIADI, señala que el inversionista debe ser un nacional del Estado contratante. En la letra (a) agrega que se debe tener la nacionalidad al momento en que las partes consienten suscribir el asunto a conciliación o a arbitraje. Por otro lado los TBI, también otorgan protección a los nacionales de los Estados contratantes.

³⁷ Banco Central, “Compendio de Normas de Cambios Internacionales”, Capítulo XIV, N° 2.3.

³⁸ THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, ob.cit. p.69

Para determinar la nacionalidad, no existen criterios de Derecho Internacional que deban aplicarse, sino que debe analizarse a la luz de los requisitos impuestos por la legislación interna del país, respecto del cual la parte alega ser nacional.

A la luz de lo antedicho, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Nottebohm*³⁹, señaló que si un estado decide otorgar la nacionalidad a una persona para brindarle protección respecto del país en el que reside, es requisito que exista una conexión real entre la persona y el Estado.

El CIADI en el caso *Hussein Nuaman v The United Arab Emirates*⁴⁰, declaró que no tenía jurisdicción para conocer del caso, dado que el demandante invocaba un TBI con Italia, habiendo acreditado mediante certificados su nacionalidad italiana, pero el Emirato alego que ésta persona habría perdido su condición de nacional, por el hecho de haber adquirido la nacionalidad canadiense. El Tribunal al analizar que el reclamante no cumplía con los requisitos italianos de nacionalidad, se declaró incompetente, sin perjuicio de que el Estado italiano no había revocado oficialmente su calidad de nacional.

ii. Empresa Inversionista.

El caso de las empresas es distinto de las personas, atendido que éstas pueden tener la nacionalidad, del lugar donde están establecidas, donde se administran, donde está el asiento principal de sus negocios o incluso se podría considerar nacional del país de sus controladores.

El primer caso en el que se generó esta discusión fue ventilado ante la Corte Internacional de Justicia, conocido como *Barcelona Traction*⁴¹. La Corte concluyó que lo relevante para determinar la nacionalidad de la compañía es el lugar donde se establece y el lugar donde queda el asiento principal de sus negocios, cuestión que parece ilógica en el sentido de que si se establece una subsidiaria local se perdería el derecho para reclamar internacionalmente.

³⁹THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW Ibid., p 72

⁴⁰Idem. p. 73

⁴¹*Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, (1970) ICJ Reports 3

El CIADI en su Artículo 25(2) (b), señala primero que la nacionalidad requerida para llevar un asunto a arbitraje, debe existir al momento en que las partes acuerden someter la controversia al conocimiento del Tribunal Arbitral. Además, señala que las partes pueden convenir que si una empresa tiene nacionalidad del país receptor (lo que normalmente impediría reclamar internacionalmente), pero está controlada por extranjeros, será para estos efectos, considerada nacional de la otra parte contratante. (Énfasis agregado por los autores)

Sin embargo, en el sistema CIADI por regla general se utiliza el lugar de establecimiento o asiento principal de negocios. La convención solamente señala que las partes pueden convenir algo distinto. Así el levantamiento del velo corporativo con el objeto de ver la nacionalidad de los inversionistas es optativo y queda relegado a la voluntad de las partes, cuestión que parece absurda dado que la voluntad detrás del tratado se refiere a proteger a los inversionistas.

En el caso *Tokio Tokelés v. Ucrania*⁴², podemos observar como las normas de establecimiento se utilizaron para que nacionales de Ucrania pudieran demandar a su propio país ante un Tribunal Arbitral internacional, ya que el 99% de las acciones de una compañía establecida en Lituania las tenían accionistas ucranianos. Durante el arbitraje, Ucrania solicitó al tribunal que levantase el velo, con el fin de que quede al descubierto la nacionalidad de los reclamantes para que se declare incompetente. El tribunal se negó, permitiendo que nacionales demanden indirectamente a su Estado, cuestión que al final también es absurda dado que la finalidad del procedimiento ante el CIADI no se refiere a resolver conflictos entre estados y sus nacionales.

iii. Accionistas como inversionistas por derecho propio.

La idea instaurada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*⁴³, se refiere a que los inversionistas no tienen derecho a buscar compensación excepto:

1. Cuando los derechos del accionista se vean directamente intervenidos.

⁴²*Tokios Tokelés v Ukraine*, ob. cit

⁴³*Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, ob. cit.

2. O bien, cuando un Tratado Internacional les permita reclamar.

La misma Corte luego en el caso *Elettronica Sicula Spa (ELSI)*⁴⁴, permitió que el Estado que albergaba a sus nacionales, los protegiera del Estado receptor en un caso similar.

Hoy en día existe consenso, en que los accionistas pueden buscar protección, independientemente de la compañía, además, la mayoría de los TBI contienen cláusulas que protegen las acciones.

A la luz de lo señalado por el Artículo 25 del CIADI, que permite que, cualquier disputa que surja directamente de una inversión sea llevada a un Tribunal Arbitral, se ha señalado que no es relevante el número de acciones o el porcentaje que detente el inversionista para poder reclamar independiente y separadamente de la corporación.

Existen numerosos casos en los cuales, el Tribunal Arbitral ha permitido a los accionistas, reclamar por actuaciones del Estado, independientemente de la compañía, como por ejemplo en *Lanco v. Argentina*⁴⁵, *CMS Gas Transmission v. Argentina*⁴⁶, *Enron v. Argentina*⁴⁷, *Champion Trading Company and others v. Republic of Egypt*⁴⁸, entre otros.

⁴⁴*Elettronica Sicula Spa (ELSI)(United States v. Italy)*, Judgment of 20 July 1989 (1989), ICJ Reports 15.

⁴⁵*Lanco v Argentina*, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, 8 December 1998, 40 ILM 457 (2000)

⁴⁶*CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005.

⁴⁷*Enron v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, 11 ICSID Reports 273.

⁴⁸*Champion Trading Company v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003

III. CAPÍTULO SEGUNDO: ARBITRAJE CIADI

1. ¿Qué es el CIADI?

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones es un organismo público internacional, estrechamente vinculado al Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) o comúnmente conocido como Banco Mundial, que nace a la vida jurídica como consecuencia de la celebración del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, tratado multilateral celebrado en Washington el año 1965. Dicho acuerdo, conocido como el “Convenio de Washington” fue producto de una estrategia del BIRF para estimular las inversiones de los países desarrollados en los países en vía de desarrollo, tal como consta en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencia Relativa a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.⁴⁹

El escenario actual dista de las posiciones que en su momento tenían los países latinoamericanos. En los años posteriores a su creación, existió una gran reticencia por parte de los países en vías de desarrollo de ratificar este instrumento. Específicamente en los años setenta la Comunidad Internacional entró en una etapa que los países en vías de desarrollo contemplaban negativamente el Derecho Internacional existente en esta materia y, en la medida en que respondía exclusivamente a los intereses de las potencias industriales, su aplicación judicial implicaría mantener el statu quo.⁵⁰

En la actualidad 155 países han suscrito el Convenio, de los cuales 143 han depositado los respectivos instrumentos de ratificación. Chile suscribió dicho instrumento el 2 de octubre de 1991, entrando en vigor el 14 de enero de 1992, luego de su aprobación en el congreso y su publicación en el Diario Oficial de esa fecha.

⁴⁹MAYORGA LORCA, Roberto, MORALES GODOY, Joaquín, POLANCO LAZO, Rodrigo.

La misión del Centro consiste en proporcionar mecanismos de solución de controversias, tanto de arbitraje como de conciliación, a los inversionistas para que puedan accionar en contra del Estado receptor de la inversión por los daños que éste o sus organismos les hubiesen causado. Los Estados contratantes por su parte pueden iniciar procedimientos de conciliación y/o arbitraje en contra de los inversionistas extranjeros.

Por su parte, los artículos del Convenio no contienen ninguna referencia a las normas de fondo sobre el tratamiento y la protección de las inversiones extranjeras, limitándose su contribución a la solución de las controversias entre Estados y nacionales de otros Estados en materia de inversiones, mediante métodos internacionales, lo que se justifica en el primer párrafo del preámbulo, en la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado.⁵¹

2. Instrumentos bilaterales y multilaterales que entregan competencia al CIADI.

Los principales instrumentos bilaterales que otorgan competencia al CIADI son los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPIS). Son acuerdos bilaterales suscritos entre dos Estados con el objeto de crear condiciones de seguridad para los inversionistas extranjeros en el país y para los inversionistas nacionales en el exterior. Estos acuerdos comprenden diversas materias, tanto de ámbito de protección como de sujetos protegidos, sin embargo, para este capítulo es relevante el tratamiento otorgado a la solución de controversias.

En los APPIS se dispone que la diferencia entre Estados, referentes a la interpretación o aplicación del tratado, deberán ser sometidas, a solicitud de cualquiera de las dos partes, a tribunales arbitrales ad hoc. En todos ellos se prevé el arbitraje como mecanismo para la solución de este tipo de controversias, usualmente enmarcado en el Convenio sobre Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. A su vez se estipulan normas alternativas al arbitraje en dichos acuerdos.

⁵¹ SHIHATA, Promotion of Foreign Direct Investment, ICSID Review-FILJ, vol. 6, 1991. pp. 484-509.

Actualmente, nuestro país tiene 36 Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones vigentes.⁵² Para su validez interna estos tratados deben ser aprobados por el Congreso Nacional sometiéndolos a los trámites de una ley, luego promulgarse mediante decreto supremo, y finalmente publicarlos en el Diario Oficial. Con su suscripción se eleva de rango la normativa nacional, adquiriendo un estatuto de carácter internacional, lo que se traduce en un fortalecimiento de la estabilidad y, por lo tanto, de la confianza que puede tener el inversionista, puesto que cualquier modificación normativa no dependerá únicamente del país en que se realiza la inversión, sino que del consentimiento de los Estados Partes en el Convenio.⁵³

El principal instrumento multilateral que otorga jurisdicción al Centro, es el “Convenio de Washington”, debido a que para poder llevar una solicitud al mismo, el Estado debe ser miembro del grupo de países que lo ha ratificado. Es fundamental ya que, si el Estado del cual es nacional un inversionista o el Estado parte en la controversia no son signatarios del Convenio, no podrá iniciarse un procedimiento de arbitraje en el marco del CIADI, aun cuando ellos manifiesten expresamente su consentimiento para ello. Sin embargo, el mismo Convenio estipula el mecanismo de “*additional facility*” o “mecanismo complementario”. A través de este mecanismo, el CIADI extiende su competencia a la solución de controversias en materia de inversiones, mediante la utilización de cláusulas compromisorias contractuales que estipule un Estado con el nacional de otro Estado.

3. Jurisdicción del centro.

a. Concepto del doble consentimiento.

El consentimiento de las partes no se infiere de la firma y ratificación del Convenio de Washington, ya que la participación de un Estado por sí sola no supone la obligación de someter controversia alguna al CIADI. Se requiere de un consentimiento adicional o acuerdo con el nacional de otro Estado contratante al efecto. En cuanto a las condiciones

⁵²Lista de Tratados Bilaterales de Inversiones de Chile vigentes en:
http://www.direcon.cl/index.php?accion=otros_acuerdos_appi

⁵³MAYORGA, ob. cit., p. 118.

formales de validez de la manifestación del consentimiento, el tenor literal del artículo 25.1 del Convenio establece de manera expresa una sola condición: que el consentimiento debe otorgarse en forma escrita.⁵⁴

Del consentimiento adicional se deriva una “doble renuncia”⁵⁵: el inversionista renuncia a la protección diplomática que podrá otorgarle su Estado y, asimismo, el Estado receptor de la inversión renuncia a su jurisdicción interna en la materia.

El consentimiento debe existir previo a la presentación de la solicitud al centro, por lo que debe existir un acuerdo escrito que avale dicha circunstancia para llegar a un arbitraje. Esta consideración de *ratione temporis* es fundamental para que el Estado involucrado no alegue la falta de jurisdicción del Centro.

Comúnmente este consentimiento va ligado a ciertos requisitos habilitantes, los llamados, “*cooling off periods*”. Estos incorporan la realización de consultas amistosas antes de someter la cuestión en disputa a arbitraje, de manera que, las partes deban tener un período de negociación antes de llegar al arbitraje. Otro requisito previo que puede manifestarse por las partes, antes de acceder al centro es el agotamiento de todas las vías administrativas y judiciales en el Estado receptor antes de ingresar la solicitud de arbitraje. Disposición que queda claramente plasmada en el artículo 26 del Convenio que establece:

“Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.”

La ratificación del Convenio, desde el punto de vista del Estado parte, es un mero reconocimiento de su disposición de hacer uso del mecanismo arbitral del Centro.

⁵⁴VIVES, ob. cit., p. 60.

⁵⁵RIOSECO, Alberto, “El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el Derecho de Protección Diplomática y otros Principios Jurídicos Internacionales”, en *Revista Estudios*, 1987, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago, 198, p. 148.

La decisión de un Estado de consentir al arbitraje del CIADI es puramente política y, dentro de esa propia discreción se encuentra la facultad de determinar qué tipo de disputas de inversiones pueden considerarse arbitrables en el contexto del Centro.⁵⁶

Cabe concluir que, el consentimiento es irrevocable una vez otorgado al inversionista para acudir al Centro. Lo que brinda la seguridad jurídica necesaria para que el Estado demandado no se escude en sus Tribunales nacionales para dirimir sobre estas materias.

b. Jurisdicción en cuanto a la materia (*ratione materiae*).

El Convenio sólo trata dos materias relevantes, primero que el CIADI sólo puede conocer de diferencias de naturaleza jurídica y, segundo se refiere al hecho que esta controversia debe surgir directamente de una inversión. Lo importante es que el convenio no define cabalmente lo que es inversión. A pesar que hemos desarrollado ciertos criterios objetivos que ha recogido la jurisprudencia a través de la interpretación del artículo 25 del Convenio, son las partes quienes desarrollan el ámbito de protección que se le brinda a la inversión, mediante el acuerdo o tratado que establece la jurisdicción del Centro. Es importante recalcar que, el concepto de inversión, que estará amparado por este sistema de solución de controversias, primordialmente queda definido por las partes del Acuerdo.

Al referirse a controversias jurídicas claramente se tuvo en cuenta la exclusión de las controversias meramente comerciales o políticas, y se entendía que las diferencias jurídicas requerían de la existencia de un derecho o una obligación jurídica.⁵⁷

La falta de definición rígida de inversión ha sido una opción favorable, ya que ha permitido que diversos instrumentos que se han ido creando o han mutado a lo largo del tiempo puedan ser considerados inversión. Este es el caso de los *joint-ventures*, debentures y también otras formas modernas de inversión.

⁵⁶ MAYORGA, ob.cit., p.186.

⁵⁷ ICSID, "History of the ICSID Convention", Washington D.C., ICSID, 1968-1970, Vol. N° 1, pp. 54 y 83, en: MAYORGA, ob. cit., p. 187.

Dentro de la jurisdicción del CIADI se excluyen las controversias comerciales, ya que se refieren a compra y venta de bienes y no necesariamente a una inversión. No siempre es fácil distinguir entre operaciones comerciales y de inversión, debe estarse más al análisis de la relación económica subyacente o a sus efectos, que lo que han establecido las partes.⁵⁸

c. Jurisdicción en cuanto a la persona (*ratione personae*).

La jurisdicción CIADI es aplicable a las diferencias que surjan respecto de la inversión que realice el nacional de un Estado contratante en el territorio de otro Estado contratante del Convenio. Así, entendemos que las partes en un arbitraje pueden ser directamente un inversionista de un Estado contratante y el Estado receptor de la inversión. Es un claro ejemplo de la subjetividad internacional que ha surgido en el derecho internacional respecto de personas naturales y jurídicas.

Distinto escenario se vivió durante gran parte del siglo XX, el cual tuvo un carácter predominantemente interestatal donde la doctrina se inclinaba a considerar la subjetividad internacional del individuo dudosa, o en todo caso, excepcional, secundaria o restringida.⁵⁹ Una de las principales características de este sistema, es la sustracción de la confrontación directa de los Estados para resolver este tipo de controversias. Hay que considerar lo engorroso y muchas veces perjudicial que resulta la confrontación directa en un sistema arbitral de los Estados, ya que estos tienden a confundir consideraciones políticas o económicas dentro de este tipo de controversias, que muchas veces dan como resultado un conflicto que tendrá un repercusión a mayor escala que el inicialmente planteado por una controversia respecto a una inversión.

Ahora bien, resulta conveniente realizar un análisis más detallado respecto de lo que estipula el Convenio a raíz de la jurisdicción en cuanto a la persona. Para esto el artículo 25.1 del mismo señala:

⁵⁸MAYORGA, ob. cit., p. 189.

⁵⁹VARGAS CARREÑO, Edmundo. Derecho Internacional Público, de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Ed. Jurídica. Santiago, 2007. p. 461.

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente **de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante** y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”. (Énfasis agregado por los autores)

Por Estado Contratante, entendemos que sólo aquellos que sean miembros del sistema CIADI, o que hayan prestado su consentimiento para el mecanismo de “*additional facility*”, puede ser parte del arbitraje CIADI. Por éste, también debemos comprender a toda subdivisión política dentro del Estado y todo organismo público acreditados por dicho Estado ante el Centro, salvo que éste haya notificado expresamente al CIADI que tal aprobación no es necesaria.

En el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. República de Argentina*, el tribunal señaló:

“[...]Queda establecido que las acciones de una subdivisión política de una Estado Federal, como la provincia de Tucumán en la República Argentina, son atribuibles al gobierno central. También es evidente que la estructura constitucional interna de un país no pueden alterar este tipo de obligaciones”⁶⁰

Los tribunales han aplicado este criterio para las provincias⁶¹ y las municipalidades⁶².

Por nacional de otro Estado Contratante, entendemos a personas, tanto naturales como jurídicas. Para cada uno de ellos el Convenio establece requisitos específicos. Así, el artículo 25.2 (a) del Convenio, establece que la persona natural, tanto a la fecha en que las partes consintieron al arbitraje CIADI, como al momento del registro de la solicitud de

⁶⁰ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*, Award, 21 November 2000, 16 ICSID Review-FILJ 643 (2001); 5 ICSID Reports 296; 40 ILM 426 (2001).

⁶¹ *Enron v Argentina*, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, 11 ICSID Reports 273, párrafo 32.

⁶² *Metalclad v Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209, párrafo 73.

arbitraje, debe tener la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte de la diferencia; y, esta persona natural no puede tener también la nacionalidad del Estado parte en la diferencia en ninguna de las dos fechas antes mencionadas.⁶³

Estos requisitos reflejan la intención del Convenio de evitar problemas de doble nacionalidad y, que inversionistas mediante la vía de fraude a la ley logren acceder a la jurisdicción del Centro, escapando de sus respectivas jurisdicciones nacionales.

Esta situación es importante para nuestro país ya que en el “*Caso Clarín*” (Caso N° ARB/98/2), el Estado de Chile alegó, entre otros aspectos, la falta de competencia del Tribunal Arbitral atendido a que Víctor Pey Casado tuvo, tiene y ha tenido en todas las fechas exigidas por el CIADI la nacionalidad chilena.

Para el caso de las personas jurídicas, el artículo 25.2 (b) del Convenio establece que, cualquier persona jurídica nacional de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia y, que tenga tal calidad hasta la fecha del consentimiento de las partes, podrá presentar una solicitud de arbitraje. El Convenio no profundiza en estos requisitos, sin embargo la jurisprudencia ha considerado dos caminos para su determinación. Por un lado, se ha optado por el lugar de constitución de la persona jurídica y por otra, por el del lugar de domicilio principal de la persona jurídica.⁶⁴

d. Exclusión de protección diplomática.

El artículo 27 del Convenio dispone expresamente esta prohibición y, enmarca que es lo que estará fuera de la protección diplomática o cuando se suspende esta prohibición al disponer que:

“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado

⁶³MAYORGA, ob. cit., p.190.

⁶⁴MAYORGA, ob. cit., p.191.

Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia”.

Uno de los propósitos centrales del CIADI consiste en despolitizar las diferencias en materias de inversiones se prohíbe expresamente la utilización de esta acción como medida para neutralizar el riesgo que un Estado actúe en defensa de los intereses de sus nacionales en contra de otros Estados. Con lo que se evitan las reclamaciones paralelas, por parte de los inversionistas de un Estado y el mismo Estado contra el que sea receptor de la inversión.

Es importante destacar que dicha prohibición queda sin efecto si existe un incumplimiento del laudo arbitral por el Estado parte en la diferencia. La renuncia a la protección diplomática no excluye, en el tenor del párrafo segundo del artículo 27 del Convenio, las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia, que no se consideran como una protección diplomática.

La renuncia a la protección diplomática ha de relacionarse directamente, con el hecho que el sistema del Convenio permite a las empresas nacionales de otros Estados acudir directamente a órganos jurisdiccionales internacionales, en el caso del arbitraje, para reclamar frente a los Estados en los supuestos de controversias en materias de inversiones. Este *ius standi* concedido a las empresas es uno de los puntos más destacados del Convenio.

En las controversias sometidas al CIADI, el Estado nacional del particular perjudicado no hace suya la causa del mismo, sino que es éste mismo particular quien se enfrenta directamente, ejerciendo un derecho propio, contra el Estado demandado, lo que constituye la esencia del arbitraje mixto.⁶⁵

4. Derecho aplicable.

⁶⁵VIVES, ob. cit., p. 153.

El consentimiento de las partes en la diferencia a someter una controversia al arbitraje del CIADI, conlleva la aceptación de las normas establecidas en el Convenio sobre el derecho aplicable al fondo de la controversia.⁶⁶ Por ello, el artículo 42 establece en su inciso primero la regla general ha que deben atenerse los árbitros; en el inciso segundo se recoge la prohibición del *non liquet*; y en el inciso tercero se reconoce la posibilidad de una solución *ex aequo et bono* si las partes lo acuerdan. Así, el artículo 42 señala:

“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicara la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.”

La regla general en materia de arbitrajes internacionales consiste en que, las partes sean las llamadas a pactar las normas por las que se regirá el acuerdo. A falta de estas disposiciones, se ha entendido comúnmente que serán las normas del Estado que sea parte en la diferencia incluyendo las normas de Derecho Internacional Privado, y aquellas normas de Derecho Internacional Público que pudieran ser aplicables. Esta última disposición, revela una gran importancia al establecerse que los criterios a aplicar por los Tribunales arbitrales serán aquellos que hayan utilizado sus predecesores. Pese a que la jurisprudencia del Centro no es vinculante para cada Tribunal Arbitral *ad hoc*, en la práctica cumple una función de formación y prueba de la costumbre, que en el derecho internacional es una de sus principales fuentes.⁶⁷

La práctica de los asuntos sometidos al CIADI en los que existe una elección del derecho aplicable y, en general, de los contratos en materia de inversiones, indica que la elección de las partes es, muchas veces, similar al modelo de la segunda frase del

⁶⁶VIVES, *Ibíd.*, p.175.

⁶⁷VARGAS, *ob. cit.*, p.105.

artículo 42.1, porque frecuentemente eligen el Derecho del Estado Parte y el Derecho Internacional.⁶⁸

En la prohibición de *non liquet*, ante el silencio de las partes, el tribunal arbitral ha aplicado normalmente el Derecho Internacional o sus principios, siempre que sean apropiados a la relación jurídica controvertida.

Finalmente, el artículo 42.3 del Convenio expresa que las disposiciones precedentes no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia “*ex aquo et bono*”. El acuerdo para que el tribunal decida aplicando la equidad, teóricamente se evita el riesgo de que la sentencia incurra en alguna causa de anulación relacionada con el derecho aplicable, como el abuso de poder manifiesto por parte del Tribunal.⁶⁹

5. Reconocimiento y cumplimiento del laudo.

El artículo 54 del Convenio establece las reglas generales en esta materia de la siguiente manera:

“Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio

⁶⁸VIVES, ob. cit., p.177.

⁶⁹MAYORGA, ob. cit. p.193.

ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

El laudo se ejecutara de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.”

De este artículo podemos deducir que, los laudos arbitrales equivalen a una sentencia firme de un Tribunal del Estado contra el cual se pretende accionar. El reconocimiento de los laudos, se estructura en un procedimiento lo más simple posible con el efecto de otorgar la mayor seguridad al inversionista. Si un Estado incumple esta obligación, quedará plenamente vigente la opción de recurrir a la Protección Diplomática como mecanismo de defensa de los intereses del inversionista.

En el sistema arbitral del CIADI, el reconocimiento es considerado como parte de la última fase del proceso arbitral y por ello se espera que el Estado Parte en la disputa, renuncia a cualquier defensa, incluyendo a la inmunidad de jurisdicción, que pueda interferir con el sistema CIADI y que podría ser inconsistente con el consentimiento dado por el Estado al mismo arbitraje.⁷⁰

Según la mayoría de los autores, un laudo arbitral no requiere de exequátur para su cumplimiento, puesto que todo Estado contratante debe reconocer el carácter obligatorio del laudo y ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas por él, tal como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal nacional.⁷¹

El incumplimiento de un laudo, implicaría un cuestionamiento de la aplicación o interpretación del Convenio, por lo que el Estado parte del Nacional involucrado en la disputa tendría el derecho de remitir el asunto al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia.⁷²

Para cerrar este punto es de fundamental importancia señalar, que este Sistema de Arbitraje otorga confianza y seguridad a los inversionistas extranjeros para invertir en países que no conocen, o que consideran riesgosos dada la facilidad para ejecutar la

⁷⁰MAYORGA, ob. cit., p. 206.

⁷¹VIVES, ob. cit., pp. 246-250.

⁷²MAYORGA, ob. cit., p. 208.

sentencia emanada del Tribunal Arbitral, lo que puede materializarse incluso en un país distinto del receptor de la inversión, sobre los bienes de éste en el tercer Estado. El evadir con éxito las obligaciones que impone la sentencia supone desconocer el Convenio CIADI y por lo tanto desproveer a todo este sistema de Arbitraje, de la confianza y seguridad que otorga a los inversionistas, que lo ha caracterizado a lo largo del tiempo. Por lo demás el incumplimiento daña la imagen Internacional del Estado, genera un temor en los inversionistas extranjeros que contaban con un “mecanismo efectivo” para solucionar cualquier controversia con el Estado receptor de la inversión y afectará la cantidad de inversión extranjera recibida dado que esta será considerada más riesgosa.

IV. CAPÍTULO TERCERO: EXPROPIACIÓN DE LA INVERSIÓN

1. Alcance del Derecho de Propiedad.

Las reglas de Derecho Internacional relativas a la expropiación han sido motivo de preocupación para los extranjeros, especialmente para los inversionistas foráneos.

Para determinar los casos en que se configura una expropiación directa o indirecta, es necesario establecer el alcance que se le va a dar al derecho de propiedad, dado que es la interferencia respecto de los derechos que esta otorga la que permitirá definir cuando estamos en presencia de una confiscación.

El profesor Montt⁷³ ha señalado que en los países con sistemas jurídicos desarrollados, existe una tensión inherente entre lo que es un régimen democrático y la protección de los derechos e intereses privados, esto, en el sentido de que una democracia funciona de acuerdo a lo que dictan las mayorías, y por lo tanto siempre existirán ganadores y perdedores con la decisiones que se tomen.

Entendiendo la problemática planteada, muchos países han adoptado una estrategia que tiene por objeto reconciliar los derechos e intereses privados con el régimen democrático. Esta se compone principalmente de dos reglas; la primera, consiste en que, excepto en circunstancias inusuales, la destrucción completa de los derechos de propiedad da acción para reclamar el pago de los daños; y, la segunda, se fundamenta en que las interferencias que no son capaces de destruir el derecho de propiedad, están permitidas sin otorgar derecho a demandar compensación, excepto cuando el estado ha actuado de forma ilegal, irracional, discriminatoria o desproporcionada (arbitrariamente en el sentido amplio de la palabra).

Los Tribunales en reiteradas oportunidades han señalado que, la expropiación se puede configurar no solamente sobre activos tangibles, sino también a aquellos derechos intangibles que tienen ó pueden tener un valor económico. En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido que se han configurado confiscaciones sobre derechos

⁷³MONTT, Santiago. State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation (Studies in International Law). Hart Publishing. Portland, Oregon, USA, 2009. p. 27

contractuales, intereses, derechos de administración, derecho a perseguir un proyecto, etc.

En el primer capítulo de esta investigación, nos enfocamos en analizar el concepto de inversión, con el objeto de explicar la expropiación, debemos recordar que ésta se configura sobre una inversión. En este sentido, la doctrina internacional así como la jurisprudencia, han señalado que para determinar cuando estamos en presencia de una inversión primero, debemos atender a la definición que entregan los TBI, luego si no es posible encuadrar el activo afectado dentro de esta definición, podremos tener en cuenta lo que la doctrina, la costumbre o jurisprudencia internacional ha calificado como inversión. Nuestro país en el APPI suscrito con Islandia en el Artículo 1, define inversión señalando:

“El término "inversión" significa toda clase de bienes, invertidos en relación con actividades económicas... luego ejemplifica que puede ser inversión señalando, bienes muebles, inmuebles y cualquier otro derecho de propiedad, acciones, derechos sobre dinero, derecho de autor, derechos de propiedad industrial, marcas, patentes, nombres comerciales, derechos de llave, etc.”

Los Tribunales arbitrales no han sido claros en sus laudos, respecto si el concepto de inversión que utilizan para determinar la procedencia de una expropiación directa o indirecta, proviene de los APPIS o de algún otro instrumento de inversión. Parece existir consenso, en una interpretación amplia del concepto de propiedad y los derechos inherentes a este, para efectos de determinar si son susceptibles de ser expropiados o no. En este punto existe una fuerte conexión entre el derecho interno de cada estado y el derecho internacional. Se debe tener en cuenta que, será la legislación interna de cada país la que determinara sus propias reglas sobre el derecho de propiedad, las que deberán ser aceptadas por el inversionista al momento de efectuar la inversión. Por lo tanto, podemos señalar que los TBI definirán en términos amplios las categorías y los intereses que califican como inversión, no pudiendo el Estado receptor argumentar que el tipo de activos o intereses descritos no califican como inversión. Sin embargo, será la

legislación local la que determinara cómo y cuando el inversor posee la propiedad y los derechos inherentes a esta⁷⁴.

Un tema controvertido en los Tribunales y por la doctrina internacional, ha sido la posibilidad de que se configure expropiación sobre derechos intangibles (respecto de los derechos tangibles no hay grandes discusiones). Con el objetivo de introducir el tema, a continuación presentaremos una serie de casos en los cuales el Tribunal determinó que podía existir expropiación sobre derechos intangibles:

1. Un importante caso de expropiación indirecta, demuestra que incluso los derechos contractuales pueden ser considerados derechos de propiedad para efectos de hacer procedente una expropiación indirecta. En el caso de *Norwegian Shipowners Claims*⁷⁵, Estados Unidos, preparándose para la primera guerra mundial, a través de una ley, obligó a los constructores de barcos a cancelar los contratos de construcción de navíos existentes, los que fueron tomados por el gobierno. En este caso el demandado alegó que no podía configurarse una expropiación sobre derechos contractuales, sin embargo, el Tribunal señalando que tanto la ley Estadounidense como la de Noruega protegía este tipo de derechos, por lo que concluyó que en efecto sí se había configurado una expropiación de facto.
2. En el caso *Wena Hotels v Egypt*⁷⁶, el Tribunal CIADI señaló que el concepto de expropiación no estaba limitado a los derechos de propiedad tangibles, sino que comprendía también derechos intangibles.
3. En el caso *Pope & Talbot v Canada*⁷⁷, el Tribunal NAFTA consideró que, el acceso del inversionista al mercado de la madera blanda estaba protegido como un derecho de propiedad en la Convención NAFTA.

⁷⁴MONTT, Santiago. State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation ob. cit. p. 251

⁷⁵*Norwegian Shipowners' Claims* (Norway v USA), Permanent Court of Arbitration, Award of 13 October 1992, 1RIAA 307.

⁷⁶*Wena Hotels v Arab Republic of Egypt*, Award, 8 December 2000, 6 ICSID Reports 68, párrafo 98.

⁷⁷*Pope v Talbot, Inc v Government of Canada*, Interim Award of 26 June 2000, available at <http://www.naftalaw.org>, párrafo 96.

Podemos señalar que, de acuerdo al marco normativo establecido en los TBI, la inversión recibe una protección integral, así cualquier actuación del Estado, que pueda lesionar o perjudicar económicamente a un inversionista extranjero, protegido por un TBI puede someterse a un arbitraje. Es importante recalcar que, en los APPIS firmados por nuestro país se protege a la inversión tanto de la expropiación directa como de la indirecta. A modo de ejemplo, el Artículo 5 del APPI entre Chile e Islandia señala lo siguiente:

“Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna por la que se prive, **directa o indirectamente**, de una inversión a un inversionista de la otra Parte Contratante.”

2. Expropiación.

La expropiación es la forma más severa de intervenir la propiedad privada por parte del Estado, en estos casos todas las expectativas que tenía el inversionista al momento de realizar la inversión, se ven frustradas o destruidas en caso que éste no sea compensado adecuadamente.

El Estado tiene derecho a expropiar por el solo hecho de ejercer soberanía sobre su territorio. Se considera una facultad fundamental que incluso los TBI modernos permiten al país receptor expropiar si cumple con los requisitos y condiciones. Incluso, las cláusulas estabilizadoras (son aquellas que congelan el derecho aplicable mientras dure el acuerdo), no se pueden interponer en el camino para que el Estado lleve a cabo una expropiación que cumpla con los requisitos legales. Sin embargo, ha sido discutido por la doctrina y la jurisprudencia internacional que sucedería si el acuerdo mismo excluye el derecho del Estado a confiscar.⁷⁸

En este sentido, el Artículo 6 del APPI Chile- Croacia, permite al Estado receptor de la inversión expropiar siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

Expropiación y Compensación

⁷⁸DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit p.89

“1. Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que prive, directa o indirectamente, de su inversión a un inversionista de la otra Parte Contratante, a menos que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) las medidas sean adoptadas por causa de utilidad pública o interés nacional y de conformidad con la ley;
- b) las medidas no sean discriminatorias, y
- c) las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva.

2. La Compensación se basará en el valor de mercado de las inversiones afectadas en una fecha inmediatamente anterior a aquella en que la medida llegue a conocimiento público. Cuando resulte difícil determinar dicho valor, la compensación podrá ser fijada de acuerdo con los principios de evaluación generalmente reconocidos como equitativos, teniendo en cuenta el capital invertido, su depreciación, el capital repatriado hasta esa fecha, el valor de reposición y otros factores relevantes. A esta compensación se aplicará una tasa de interés de conformidad con la ley de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión, a contar de la fecha de expropiación o pérdida hasta la fecha de pago.

3. El inversionista afectado tendrá el derecho a acceder, en virtud de la ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la autoridad judicial de esa Parte, a fin de que revise el monto de la compensación y la legalidad de cualquier expropiación o medida comparable.

4. Los inversionistas de una Parte Contratante cuyas inversiones hayan sufrido pérdidas debido a una guerra o cualquier otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia o rebelión que haya tenido lugar en el territorio de la otra Parte Contratante, recibirán de esta última Parte Contratante, en lo que respecta a restitución, indemnización, compensación u otra retribución valiosa, un tratamiento no menos favorable que el que concede esa Parte Contratante a sus inversionistas nacionales o los de cualquier tercer país, cualquiera que sea el más favorable para los inversionistas en cuestión.”

Además, el Derecho Internacional, más allá de lo que pueda disponer el derecho interno del Estado, ha desarrollado una doctrina denominada “*The Three Branches Law*”⁷⁹, o las tres ramas que regulan el alcance y las condiciones para que el Estado pueda ejercitar su derecho a expropiar legalmente:

- a. La primera dice relación con los intereses protegidos, como fue analizado en el primer capítulo de este trabajo, los Tribunales, los TBI, y el Artículo 25 de la Convención del CIADI, relacionan la expropiación a aquél acto del Estado que se lleva a cabo sobre la inversión, esto acarrea como consecuencia lógica que la jurisdicción del Tribunal queda restringida a disputas que surgen de una inversión.
- b. La segunda se refiere a la definición de expropiación.
Cuando estamos frente a una expropiación directa y formal, es un hecho evidente y claramente tipificado dentro de la legislación internacional, por lo que a nivel doctrinal ni jurisprudencial presenta grandes discusiones ni interrogantes.
Sin embargo, esta definición puede volverse sumamente compleja, cuando el Estado interfiere con los derechos del inversionista extranjero sin expropiar directamente. En la práctica de los últimos años estos han sido los casos más recurrentes; asuntos de salud pública, de medioambiente o cambios en las legislaciones vigentes pueden perjudicar los intereses de los inversionistas extranjeros.
- c. La tercera, intenta dilucidar en qué condiciones el Estado puede expropiar propiedades ajenas. Los requisitos clásicos para que una expropiación sea legal existen tres requisitos fundamentales, a saber: interés público, no discriminación y una efectiva, pronta y adecuada compensación. Este tema debe verse a la luz de lo que señale el TBI que le de competencia al tribunal.

Cumplíendose estos requisitos, es posible señalar que el único tipo legal de expropiación es la directa. En caso de una expropiación indirecta la ilegalidad es la regla general, dado que no existe una compensación antes de que el Estado adopte las

⁷⁹DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit p. 90

medidas que privan de valor a la inversión⁸⁰. En este caso, la compensación no llegará al inversionista en forma oportuna. Por lo demás, en estos casos el efecto expropiatorio de la medida adoptada por el Estado *a priori*, no es claro o evidente, requiriéndose el análisis del Tribunal arbitral para determinar si debe proceder o no la compensación.

Para explicar la diferencia entre la compensación relativa a una expropiación legal o ilegal, existen dos posturas reconocidas. La primera, señala que la compensación sería la misma, la diferencia es que la ilegal estaría dentro de las reglas generales de Responsabilidad del Estado. La segunda postura, señala que la confiscación legal compensa por el valor de la inversión al momento en que esta se produce, mientras que la ilegal debe reparar el acto de expropiación como si este nunca se hubiere producido⁸¹. Lo que cobra especial importancia si consideramos la forma como se valoran las compañías y, los proyectos comerciales hoy en día. De acuerdo, al valor presente de sus flujos futuros ó Valor Actual Neto (VAN). Lo más probable, es que la cifra sea sustancialmente distinta en un y en otro caso, especialmente en lo que concierne a las pérdidas y ganancias.

Así, para concluir la expropiación será admitida siempre que:

- a) Sea por motivos de utilidad pública.
- b) No sea discriminatoria.
- c) Se materialice a través de un debido proceso.
- d) Proceda una compensación.

3. Expropiación directa.

El concepto clásico de Expropiación es el que requiere un acto del Estado por el cual éste adquiere la propiedad privada. Lo que usualmente envuelve una transferencia de los derechos de propiedad al Estado⁸².

La mayoría de los casos ventilados ante Tribunales CIADI en el último tiempo corresponden a expropiaciones indirectas, con excepción de algunos casos entre Estados

⁸⁰ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit., p. 91.

⁸¹ Idem., p. 92.

⁸² THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, ob. cit., p. 408.

Unidos e Irán (1979), *Sedelmayer v Russia* y, las recientemente ocurridas expropiaciones por parte de los gobiernos de Bolivia y Venezuela en el sector energético. Es difícil, encontrar gobiernos que expropien directamente inversiones realizadas en sus países.

Expropiar directamente, daña la imagen internacional de un país e inspira desconfianza e inseguridad en los inversionistas, lo que evidentemente desincentiva la inversión produciendo un grave daño en la economía de una nación.

4. Expropiación de derechos contractuales.

Los derechos de propiedad comprenden activos intangibles incluyendo en estos los derechos contractuales. La dificultad en estos casos radica en distinguir entre el incumplimiento de un contrato, cuyas consecuencias legales se circunscriben generalmente a la ley nacional de cada país, y la expropiación de derechos contractuales cuyas consecuencias se radican dentro del ámbito del derecho internacional.⁸³

El criterio para determinar, si la conducta del estado constituye una expropiación de derechos contractuales o un mero incumplimiento contractual nació en el *Shufeldt Claim*⁸⁴ y fue posteriormente, desarrollado en el caso de *Jalapa Railroad*⁸⁵. Consiste, en distinguir si el estado actuó como soberano ejerciendo sus potestades gubernamentales o públicas de autoridad, o bien si ha actuado como un privado en uso de los derechos que el mismo contrato le otorga.

Dicho criterio ha sido confirmado en fallos posteriores:

- El tribunal constituido para el caso de las disputas entre Irán y Estados Unidos en *Philips Petroleum Co*⁸⁶, resolvió que la terminación de un contrato de concesión constituía una expropiación, atendido que la decisión de poner fin a una concesión, era un acto más cercano a una expropiación de la inversión de un inversionista extranjero, que a un hecho que surgiera de la relación contractual de las partes. Nosotros consideramos acertada la decisión del Tribunal en el sentido de que un particular cualquiera no tiene la facultad para

⁸³THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, ob. cit., p. 418

⁸⁴*Shufeldt Claim*, Award, 24 July 1930, 2 RIAA 1079.

⁸⁵*Jalapa Railroad and Power Co*, American- Mexican Claims Commission, 1948, 8 Whiteman, Digest of International Law 908 (1976)

⁸⁶*Philips Petroleum Co v. Iran*, 21 Iran- US CTR 79 (1989)

revocar una concesión, claramente el Estado iraní lo hizo a través de su poder de autoridad.

- En *Waste Management II*⁸⁷, un caso NAFTA el Tribunal considero que no había expropiación solo por el hecho de que el Estado no pagó las deudas contraídas con ocasión del contrato. El Tribunal concluyó que cualquier particular puede fallar al momento de tener que cumplir sus obligaciones contractuales, mientras que la nacionalización y la expropiación son actos propios del Estado.
- El Tribunal CIADI, en el caso *RFCC v. Morocco*⁸⁸, señaló que un incumplimiento del contrato no produce normalmente una infracción del tratado, a menos que se pruebe que el Estado ha ido más allá de su rol de contratante habiendo ejercido funciones propias emanadas de la soberanía.

5. Expropiación indirecta.

La expropiación indirecta es un área donde encontramos permanentemente discusiones doctrinales, ya que no existe un criterio único que nos permita determinar en qué casos nos encontramos frente a una confiscación de este tipo. Es tan complejo el poder distinguir cuando existe expropiación y cuando nos encontramos frente a un derecho legítimo del Estado, de crear su propia legislación, que se señala que la expropiación indirecta es la línea demarcadora entre la regulación y la expropiación⁸⁹. Sin perjuicio de esto, la línea que debemos seguir para efectos de este trabajo, es aquella que divide a la regulación que produce efectos expropiatorios de aquella que no los ocasiona.

Primero, debemos señalar que no todos daños causados por la acción o inacción del Estado son compensables, y que la regulación o el actuar del estado, pueden tener efectos expropiatorios aun cuando persigan legítimamente el interés público⁹⁰.

⁸⁷ *Waste Management Inc. v United Mexican States (II)* ICSID Case No. ARB(AF)/00/03, Award, 30 April 2004, 43 ILM 967 (2004)

⁸⁸ *Consortium RFCC v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/06, Award, 22 December 2003, available at http://ita.law.uvic.ca/documents/ConsortiumRFCC-Award_ooo.pdf

⁸⁹ MONTT, ob. cit., p.235

⁹⁰ Ibid.p 235.

La dificultad para encontrar una definición de expropiación indirecta, el profesor Montt⁹¹ la circunscribe dentro de un problema circular, donde los derechos de propiedad ponen un límite al poder del estado, pero que, sin embargo están definidos por el Estado mismo.

El Derecho, la Doctrina Internacional, Los Tratados y la Jurisprudencia concuerdan en que la prohibición de confiscar no sólo se refiere a las expropiaciones directas sino que también cubre las indirectas.

La prohibición de expropiar al inversionista extranjero ha sido entendida por la costumbre internacional y los TBI de manera amplia, considerando que se puede configurar una confiscación no solamente cuando el Estado receptor obliga a transferir el derecho de propiedad sobre la inversión extranjera. En este contexto, el Artículo 5 del APPI Chile- Islandia señala:

“Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna por la que se prive, directa o indirectamente, de una inversión a un inversionista de la otra Parte Contratante...”

En el mismo sentido el Capítulo 11 del NAFTA, prohíbe cualquier medida equivalente a una expropiación o nacionalización. Otros instrumentos relevantes en materia de inversión se refieren de “expropiación o cualquier otra medida que afecte los derechos de propiedad”⁹²

La mayoría de los TBI no definen ni intentan explicar en qué consiste una expropiación indirecta, atendido que los casos y, la forma en que éstas puede presentarse en la práctica son amplias y diversas. Es una cuestión que el Tribunal deberá determinar analizando las circunstancias particulares que concurren en cada caso. Sin embargo, en el último tiempo se ha distinguido entre el actuar legítimo del Estado y la conducta expropiatoria. En este sentido, el APPI entre Estados Unidos y Canadá y los más recientes, han tomado ciertos criterios jurisprudenciales fundamentalmente estadounidenses, para definir los límites de la expropiación indirecta y se han centrado

⁹¹ MONTT. ob. cit. p.235.

⁹² THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, ob. cit., p. 421

principalmente en un test de tres niveles⁹³; privación sustancial de la inversión, frustración de las expectativas legítimas del inversionista (deben justificarse las expectativas) y el carácter de la medida adoptada por el gobierno.

Los intentos por definir expropiaciones indirectas, se han centrado en interferencias poco razonables, imposibilidad de gozar de la inversión, lesión a los derechos de propiedad⁹⁴, en la pérdida de control, expulsión de un funcionario clave, destrucción de expectativas, cancelación de negocios, política estatal inconsistente⁹⁵, etc. El punto de encuentro de todos los elementos señalados, consiste en que deben privar sustancialmente al inversionista de su inversión.

Por lo tanto, podemos establecer que cuando un inversionista se ve privado sustancialmente de su inversión, nos encontramos frente a una expropiación indirecta. Sobre este punto, abogados y economistas asumen criterios distintos para separar meras interferencias de lo que podría ser una privación sustancial de la inversión. Sin perjuicio de ello, podemos señalar que no existe un criterio único para determinar en qué casos existe una expropiación indirecta y en qué casos hay meras interferencias. En términos económicos, podríamos hacer la distinción analizando la pérdida de valor de la inversión, analizando si ésta le estaba reportando utilidades o pérdidas al inversionista, o bien si había interés público comprometido con la decisión del estado. Consideramos también como elementos, para determinar la compensación.

En la práctica arbitral podemos observar, que tampoco existe un criterio uniforme para determinar, cuándo nos encontramos frente a una expropiación indirecta, los TBI no han ayudado a enfrentar el problema. Estos acuerdos, no le entregan directrices a los Tribunales para que puedan concluir en qué casos existe confiscación.

Por este motivo por el cual nos encontramos frente a casos tan disímiles como, *Telenor*⁹⁶ en el cual el Tribunal concluyó, que la inversión debe verse como un todo y que

⁹³Ibid. p. 343.

⁹⁴Ibid. p. 422.

⁹⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco, Medidas Equivalentes a Expropiación en Arbitrajes de Inversión, Conferencia en Lima, Perú, 9 a 12 de Abril de 2007.

⁹⁶*Telenor Mobile Communications A.S. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/04/15 (Norway/Hungary BIT).-Award, 13 September 2006. En: http://ita.law.uvic.ca/documents/Telenorv.HungaryAward_001.pdf

por lo tanto, para determinar si nos encontramos frente a una expropiación, debemos analizar si la pérdida de valor es sustancial, respecto de todo el proyecto. En cambio, en *Eureko*⁹⁷, el tribunal estimó, que el derecho contractual a comprar más acciones eran considerados activos susceptibles de ser expropiados, incluso si los derechos sobre las acciones ya adquiridas estaban intactos. Es evidente que el Tribunal de *Telenor*, no hubiera considerado expropiación si hubiera tenido que resolver *Eureko* y el de *Eureko* habría fallado la existencia de una expropiación en *Telenor*. No cabe duda, que la definición de inversión, al ser tan amplia y poco descriptiva no ayuda a construir un criterio uniforme.

A mayor abundamiento, los Tribunales y la doctrina han aportado ciertos elementos ó características propios de los casos en los que se alega expropiación indirecta, a saber:

- La interferencia sobre los derechos de propiedad debe tener cierta intensidad: ha sido reconocido que no cualquier tipo de interferencia sobre los derechos del inversionista extranjero, puede ser considerada como una expropiación sobre su inversión, sino que ésta debe poseer cierta intensidad para que produzca dichos efectos. Se ha señalado que debe concurrir una pérdida sustancial del control de la inversión ó bien un impacto económico severo sobre ésta. En *Pope & Talbot*⁹⁸, un caso NAFTA, el Tribunal señaló, que el test para determinar cuándo nos encontramos frente a una expropiación, debe poder concluir que la interferencia sobre los derechos de propiedad equivale a señalar que el inversionista ha sido privado de su inversión. En este sentido *CMS v Argentina*⁹⁹ y *Occidental v Ecuador*¹⁰⁰ han confirmado este criterio. La intensidad requerida de las medidas que derivan en una expropiación indirecta han sido claramente establecidas por el Tribunal en *Impregilo Spa v Pakistan*¹⁰¹, cuando señala que los efectos de estas medidas, deben ser el equivalente a una expropiación.

⁹⁷ *Eureko BV v. Poland*, Ad Hoc Arbitration (Fortier, Schwebel, Rajski), Partial Award (19 August 2005)

⁹⁸ *Pope v Talbot, Inc v Government of Canada* ob. cit.

⁹⁹ *CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005.

¹⁰⁰ *Occidental v Ecuador* ob. cit.

¹⁰¹ *Impregilo v Pakistan* ob. cit.

- No es necesario que las medidas beneficien al Estado: el “empobrecimiento” que sufre el inversionista no requiere un correlativo enriquecimiento por parte del Estado. En *Tecmed v Mexico*¹⁰², el Tribunal señaló, que es el efecto sobre el inversionista y no el eventual beneficio que pueda obtener el Estado, el que debe tomarse en cuenta para determinar si nos encontramos frente a una expropiación.

Así ha surgido la doctrina del “único efecto” (*Sole Effect Doctrine*)¹⁰³ que propone que es el efecto del acto gubernamental, más que la intención o propósito de estas, el que debe ser considerado, para determinar si procede o no una expropiación. En *Tecmed v Mexico*¹⁰⁴, el Tribunal señaló que la intención del gobierno es menos importante que los efectos que éstas producen sobre los activos del inversionista y, que incluso la forma en que el acto priva al inversionista de su inversión es menos importante que sus efectos.

- Legalidad, Transparencia y Consistencia: Recientemente, se ha señalado que el acceso a un proceso ordenado, donde se respete el Estado de Derecho como una protección ante la arbitrariedad, el favoritismo o la desproporcionalidad de las decisiones de Estado responde a la necesidad de un proceso de toma de decisiones justo y predecible para el inversionista.

- El efecto por sobre la intención: Para determinar, si se ha configurado una expropiación los Tribunales han señalado, que el efecto de la medida adoptada por el Estado por sobre la intención que éste pudo tener para dictarla, serán los relevantes para determinar si se ha configurado una expropiación.

En *Tecmed v. Mexico*¹⁰⁵, el tribunal concluyó, que la intención del gobierno era menos importante que el efecto que tuvieron las medidas tomadas, sobre los bienes del inversionista.

¹⁰² *TECMED v México* ob. cit., párrafo 113.

¹⁰³ THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT, ob. cit., p. 444.

¹⁰⁴ *TECMED v México* ob. cit., párrafo 116.

¹⁰⁵ *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Awards, 29 May 2003, 43 ILM 133 (2004)

El Tribunal en el caso *Siemens v. Argentina*¹⁰⁶, analizando las normas del APPI Argentina- Alemania, concluyó, que lo que éste exigía eran medidas que tuvieran un efecto expropiatorio y no se refería a la intención del Estado de expropiar.

- Protección de las Expectativas Legítimas: En el contexto de inversión extranjera, el afectar las expectativas legítimas de un inversionista no sólo repercute en la obligación del Estado Receptor de tratar justa y equitativamente al inversionista, sino también para determinar cuándo nos encontramos frente a una Expropiación. El Tribunal en el caso *Metalclad v México*¹⁰⁷, señaló que las expectativas legítimas se veían lesionadas cuando el actuar del Estado ó sus organismos afectaban el beneficio económico esperable de la inversión. El Tribunal en el caso *Generation Ukraine v Ukraine*¹⁰⁸, señaló que deben considerarse las condiciones económicas imperantes en el país receptor para determinar cuáles podrían ser la expectativas legítimas de un inversionista. En este caso el Tribunal consideró, que la inversión era altamente riesgosa, estando asociada a una tasa de retorno promedio, por lo tanto no reconoció, la procedencia de una expropiación cuando el inversionista encontró una serie de “frustraciones y demoras”, ya que el comportamiento del Estado era esperable o previsible al momento en que se realizó la inversión.
- Proporcionalidad: La interferencia con la propiedad debe responder a un justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la protección de los Derechos Fundamentales¹⁰⁹.
- Discriminación: Se ha señalado, que el efecto o intento de una acción gubernamental discriminatoria puede ser relevante para determinar, si se configura o no una expropiación indirecta. Adquiere especial relevancia, la Cláusula de Nación Más Favorecida y de Trato Nacional de los TBI, medidas

¹⁰⁶ *Siemens AG v. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/02/8, Award 6 February 2007.

¹⁰⁷ *Metalclad Corp. v Mexico*, op. cit.

¹⁰⁸ *Generation Ukraine, Inc v Ukraine*, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003, 44 ILM 404 (2005), párrafo 20.28.

¹⁰⁹ *Case of the former King of Greece and others v Greece*, Judgement of 23 November 2000, ECtHR. Application No. 25701/94, párrafo 89.

que pueden ser discriminatorias, sin embargo, no han sido aceptadas por los Tribunales para considerar la procedencia de una expropiación.

Los Tribunales, en la práctica han considerado que cuando concurre cualquiera de los elementos anteriormente señalados, podemos encontrarnos frente a un caso de expropiación indirecta. Es importante señalar, que estos conceptos han servido de guía para justificar la procedencia o improcedencia de una expropiación indirecta. Sin embargo, pueden existir más elementos, ya que la descripción anteriormente indicada no es taxativa y, en el análisis siempre debe considerarse las circunstancias particulares de efectuarse cada caso. Sin embargo, existen ciertos casos de excepción en que la privación sustancial de la inversión no califica como expropiación y por lo tanto no otorgan derecho a una compensación¹¹⁰:

- Una de las clases de excepción dice relación con la terminación de una inversión de acuerdo a la ley, donde en la mayoría de los casos existen conductas criminales. El ejemplo típico, lo constituye el caso *Thunderbird*¹¹¹, en el cual el gobierno Mexicano confiscó maquinas de juego, porque constituían maquinaria de apuestas ilegales de acuerdo a la ley Mexicana. Este tipo de excepciones se pueden observar también, en casos en que el Estado por los mismos motivos, cancela, revoca o anula una concesión o un contrato.
- Cuando existe un interés público preeminente, en este caso por la magnitud de los intereses en juego, se justifica el sacrificio privado, denegándosele el derecho a recibir una compensación por la expropiación.

En el caso *Methanex*¹¹², el tribunal concluyó, que una regulación con miras al interés público, no discriminatoria y dictada de acuerdo a un debido proceso, aunque afecte la inversión efectuada, no puede ser considerada expropiatoria ni obligar a una compensación, excepto que exista un acuerdo específico entre el inversionista y el ente regulador.

¹¹⁰MONTT. ob. cit. p. 273

¹¹¹*International Thunderbird Gaming v. Mexico*, UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (van den Berg, Wälde, Portal), Award (26 January 2006).

¹¹²*Methanex Corporation v. US*, UNCITRAL Ad Hoc Arbitration (Veeder, Rowley, Reisman) Award (9 August 2005), Pt IV, Ch D.

En el caso *Saluka*¹¹³, el tribunal llegó a una conclusión similar señalando que, los Estados están obligados a pagar compensación cuando en ejercicio de su función regulatoria adoptan medidas no discriminatorias de buena fe que tienen por objeto mejorar el bienestar general de la población.

El interés público habrá que evaluarlo caso a caso, no podemos señalar *a priori* cuando existe interés público preeminente, sino que se debe analizar a la luz de las circunstancias del caso.

6. Expropiación Constructiva (*Creeping Expropriations*).

Este es un tipo de expropiación indirecta que comprende una serie de actos del Estado, ninguno de los cuales por si mismos pueden ser considerados expropiatorios. Sin embargo, si alguno de estos actos se analiza en conjunto con otros en un período de tiempo determinado, pueden alcanzar umbrales expropiatorios.

El Profesor Francisco González de Cossío ha definido este tipo de expropiación de la siguiente manera:

“En forma interesante, puede suceder que, mientras que un acto aislado sea insuficiente para llegar a umbrales expropiatorios, aunado a otros, sea suficiente.

Si se me permite una metáfora, es como aquella reacción química que, mezclando dos sustancias no reactivas, genera una explosiva”¹¹⁴

Los Tribunales han reconocido este tipo de expropiación en distintos laudos. En el caso *Tradex v Albania*¹¹⁵, reconoció, que si bien ninguna de las decisiones del Estado podían ser consideradas como expropiatorias, la combinación de decisiones y eventos podían ser calificados como una expropiación. En el caso *Santa Elena v Costa Rica*¹¹⁶, el

¹¹³Ver: *Saluka v Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006.

¹¹⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco, *Medidas Equivalentes a Expropiación en Arbitrajes de Inversión*, Conferencia en Lima, Perú, 9 a 12 de Abril de 2007.

¹¹⁵*Tradex Hellas SA v Republic of Albania*. Award of 29 April 1999, para 191.

¹¹⁶*Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v Republic of Costa Rica*, Award of 17 February 2000.

tribunal señaló, que la expropiación constructiva está compuesta de varios componentes, siendo la suma del total de estos mayor que la mera suma de cada uno por separados. Por último, en el caso *Generation Ukraine v Ukraine*¹¹⁷, el Tribunal señaló, que la serie de hechos o actos considerados para construir este tipo de expropiación deben ser atribuibles al Estado dentro de un período de tiempo determinado. Últimamente ha habido Tribunales que han señalado incluso que las medidas adoptadas por el Estado ni siquiera requieren ser “actos legales”.

Consideramos que, los Estados que han suscrito la Convención de Washington, deben tener especial consideración con este tipo de expropiaciones, dado que en la práctica distintos órganos independientes entre sí, puede tomar ciertas decisiones o adoptar ciertas medidas, ninguna de las cuales puede ser considerada expropiatoria por sí misma, pero el conjunto de estas pueden privar al inversionista de su inversión. En este caso, el Estado receptor ni siquiera tendrá la capacidad de prever la demanda del inversionista.

Estimamos pertinente señalar que, en el caso *MTS Equity v Chile*, el Comité de Inversiones Extranjeras autorizó una inversión que no era viable de acuerdo al Plano Regulador Metropolitano de Santiago. Acá los distintos organismos públicos que interactuaron con los inversionistas, generaron expectativas que fueron frustradas por el órgano competente para otorgar el permiso que permitía el desarrollo del proyecto mismo. Es importante recalcar, que nuestro país no fue condenado por expropiación, sin embargo, este tipo de actuaciones descoordinadas por parte del Estado podrían perfectamente conducir a una reclamación de expropiación constructiva por parte del inversionista extranjero.

7. Expropiaciones Regulatorias (*Regulatory Takings*)

En este tipo de expropiaciones indirectas, encontramos la dicotomía entre el derecho del inversionista y, el derecho a la regulación de actividades económicas por parte del Estado receptor.

¹¹⁷*Generation Ukraine v Ukraine.*, ob. cit.

Está directamente relacionado con la legítima facultad para imponer restricciones o exigencias que afecten una determinada actividad económica sin tener que otorgar una compensación por ser consideradas una expropiación ilegal. En materia, de exigibilidad de compensaciones hay que tener en cuenta si las medidas adoptadas tienen una aplicación general y si están destinadas a satisfacer el bien común.

Este tipo de consideraciones, han sido relacionadas por la jurisprudencia con el concepto de trato nacional, en donde, una restricción aplicada de manera tal que no discrimine a un inversionista extranjero en favor de uno nacional, podría considerarse admisible sin otorgar derecho a una compensación. El propósito de la norma juega, un rol preponderante, así, el interés público puede ser el factor que incline la balanza para otorgar legitimidad a una medida.

La jurisprudencia se ha manifestado de esta forma en el, caso *Methanex v USA*¹¹⁸, donde el tribunal arbitral determinó que una prohibición del Estado de California de introducir el aditivo para gasolina MTBE, no constituía una expropiación, ya que la medida fue adoptada con miras al interés público. De la misma manera, en el caso *Saluka v Czech Republic*¹¹⁹, el tribunal dictaminó que el Estado no había cometido expropiación ni era responsable por la debida compensación, si la medida adoptada era aplicada para todos por igual. Esta medida además se encontraba, según lo determinó el tribunal, dentro de aquellas que le competen al Estado de acuerdo a sus facultades generales de regulación.

Otro sector de la jurisprudencia ha señalado que las normas de inversión extranjera, no se basan en los principios de trato nacional. Sino que se debe tomar en cuenta la pérdida efectiva o potencial de la inversión sin tomar en cuenta el propósito de la norma. Lo importante para determinar el derecho a recibir una compensación, se requiere a quien es el actor preponderante que asume el costo de la norma que potencialmente va en beneficio de todos.

¹¹⁸ *Methanex v USA*, Award, 3 August 2005, 44 ILM (2005) 1345.

¹¹⁹ *Saluka v Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006.

En este sentido, en el caso *Santa Helena v Costa Rica*¹²⁰, el tribunal consideró, que el hecho que las medidas fueran establecidas con una finalidad de protección al medio ambiente no afectaba la naturaleza de su calidad de expropiatoria, por esto la obligación de pagar una compensación se mantenía vigente.

En este sentido, William Fischel señala que, “el aspecto más controvertido de las expropiaciones se presenta cuando el gobierno establece o altera una regulación, que genera una declinación o reducción en el valor de algunas propiedades”¹²¹. A nuestro juicio, ésta es la limitación más grave del Estado en su facultad regulatoria, ya que se excluye al interés público como factor preponderante y, estima que la compensación es pertinente en la medida que exista cualquier tipo de pérdida en el valor de la inversión.

Por su lado, el autor nacional Javier Couso señala que “mientras que en una confiscación tradicional el gobierno priva físicamente a un propietario de su dominio, en el caso de una expropiación regulatoria se sostiene que el gobierno hace efectiva una expropiación de facto a través de una regulación que sustancialmente reduce o elimina completamente el valor de la propiedad”¹²². Aquí, observamos una postura que abre un espacio a la actuación legítima del Estado sin acudir a una compensación, ya que la regulación debe reducir sustancialmente o eliminar el valor de la propiedad para configurar una expropiación.

Una tercera postura que ha adoptado la jurisprudencia, es la que ha manifestado el tribunal arbitral en el caso *Azurix v Argentina*¹²³, donde señaló que el TBI permitía la expropiación solamente en casos de interés público, con la debida compensación y en caso de medidas regulatorias que tuviesen un efecto equivalente a la expropiación, éstas podían liberarse de la obligación de compensación si se enfocaban a un interés público. Este tribunal estableció, que junto con el interés público debe existir una relación de proporcionalidad entre la medida adoptada y quien debe soportar el costo de esta, para establecer si es necesario otorgar una compensación. Al justificar, una medida con el interés público que lleva implícito, hay que determinar si quien asume el costo de esa

¹²⁰ *Santa Elena v Costa Rica*, Award, 17 February 2000, 5 ICSID Reports 153.

¹²¹ FISCHER, William A. “Takings and Public Choice: The persuasion of Price”, en *The Encyclopedia of Public Choice* (Charles Rowley Editor), June, 2002. p.23.

¹²² COUSO, Javier. “La producción del Derecho Internacional Económico y la necesidad de una democracia cosmopolita” Sela, Pta. del Este, Junio 2002. p.67.

¹²³ *Azurix Corp. v The Argentine Republic*, Award, 14 July 2006.

regulación, son quienes se benefician de ella o si solamente un actor asume el costo total de la medida.

Ante estas posturas jurisprudenciales, nos cabe concluir que muchas veces los Estados imponen medidas discriminatorias y arbitrarias que se ocultan en argumentos de bienestar para la mayoría de la población, pero que en realidad tienen como intención marginar a un determinado actor del mercado. También, existe un abuso de las normas internacionales, en ciertos casos donde se acoge la obligación de compensación, cuando debería reconocerse que existe un legítimo derecho por parte del Estado de regular ciertas áreas en pos del bienestar de su población. En estos casos, debemos considerar la medida adoptada por el Estado y los sujetos beneficiados por ésta, con el objeto de determinar, quien está en mejor posición para asumir los costos impuestos por la regulación y establecer la legitimidad de la actuación estatal.

Del mismo modo, queda al arbitrio de paneles internacionales, determinar hasta qué punto las regulaciones a la propiedad niegan a los inversionistas el uso y goce de su inversión de tal manera que merezca compensación¹²⁴.

8. Expropiación a través de impuestos.

a. Regulación.

Los impuestos son una excelente herramienta, para redistribuir (del inversionista al estado) los réditos de la inversión, atendido que la ley que crea los tributos se aplica para todos por igual, se encuadra dentro de la potestad que tiene el estado para legislar y tiene por objeto aumentar la recaudación, para mejorar el bienestar general de la población, producto de la posibilidad de un incremento en el gasto social.

En políticas fiscales internacionales, los TBI no son los únicos instrumentos que intentan regular esta materia. Existen tratados específicos sobre impuestos, por ejemplo, los que tienen por objeto evitar la doble tributación y los de cooperación entre las autoridades tributarias. Sin perjuicio de esto, los tratados mencionados no tienen como fin principal el evitar controversias entre estados e inversionistas.

¹²⁴MARMOLEJO GONZALES, Crispulo. El Problema de la Expropiaciones Regulatorias (Regulatory Takings) y sus Implicancias en los Sistemas de Inversión Extranjera. Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios. p.11.

En los países desarrollados, la carga impositiva se ha acrecentado en los últimos años, en ciertos estados europeos esta llega al 40% del PIB, por este motivo los gobiernos cuando negocian los TBI, se ven renuentes a incluir cláusulas sobre impuestos. En este sentido, los tratados de inversión distinguen entre impuestos directos e indirectos, regulando solo los indirectos. En consecuencia, la soberanía fiscal aparece como intocable, y entregar el conocimiento de las controversias tributarias a un tribunal independiente, afectaría la soberanía misma y la discrecionalidad de la política impositiva.

Los TBI no definen lo que debemos entender como impuestos, por lo tanto será el Tribunal Arbitral el encargado de determinar que puede calificar como tributo. Este asunto es de suma importancia para determinar la jurisdicción del tribunal y para concluir cuando una acumulación de distintos impuestos (previamente calificados como tal) pueden llegar a ser expropiatorios.

Los tratados específicos sobre impuestos, por regla general prevalecen sobre los TBI, no solo por especialidad "*lex specialis*" sino además, porque estos no acotan los poderes fiscales del Estado en la medida que los hacen los TBI.

Existen ciertas diferencias o limitaciones, en la aplicación de las reglas sustantivas de inversión a los impuestos, mencionaremos someramente las principales:

1. Clausula de la nación más favorecida y trato nacional:

La primera está restringida respecto de las ventajas y privilegios otorgados a inversionistas de otros estados, aunque se pueden celebrar acuerdos con terceros estados con toda discrecionalidad. Consideramos, que esto es del todo lógico en el sentido que las economías de los países se complementan de formas distintas, cuestión que llevara a que las bases y los intereses para negociar los acuerdos sean distintos en cada caso, por lo demás si existiera esta cláusula el costo de incorporar un beneficio adicional sería altísimo, en el sentido de que se extendería al resto de los inversionistas que se acogen a tratados distintos.

Respecto del trato nacional, es importante señalar, que los países por regla general tienen regímenes impositivos para sus nacionales o residentes y, otros impuestos para los no nacionales o no residentes, por lo tanto esta provisión traería problemas constantes.

2. Trato justo y equitativo:

Su aplicación también está restringida, por ejemplo el APPI entre Corea y Japón señala muy someramente que en materia de impuestos se debe tratar a las partes de manera justa y equitativa, nada más.¹²⁵

3. Transferencia de capital e impuestos de retención (*withholding tax*) – en Chile conocido como Impuesto Adicional-:

Corresponde a la transferencia de capital, utilidades, dividendos, royalties, intereses crediticios, etc. Es un asunto que el inversionista extranjero quiere tener asegurado y que los TBI se lo garantizan.

En nuestro país el impuesto adicional grava las rentas de fuente chilena (por regla general), percibidas por personas naturales o jurídicas, que no cuentan con domicilio ni residencia en Chile. Los tratados permiten la aplicación de este tipo de impuestos, que por regla general, tienen tasas más altas que el resto de los tributos, pero que son un medio para asegurar la transferencia de capital. Sin embargo, si las tasas llegan a ser abusivas, pueden llegar a producir el efecto de prohibir la repatriación de capitales, y la garantía de asegurar la transferencia de capitales se vería frustrada.

La doctrina internacional¹²⁶, ha señalado que para calificar una medida regulatoria como impuesto, debemos atender más a la sustancia que a la forma, así, si la actuación estatal tiene el efecto de neutralizar la inversión o de hacerla inviable dará lo mismo el nombre que se le ponga.

b. Expropiación.

El sistema de impuestos tiene la capacidad de hacer rentables proyectos o bien de hacerlos inviables financieramente, por lo que éste es un tema sumamente delicado.

¹²⁵ Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Government of Japan for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment, Article 19.

¹²⁶THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. p.319

Sobretudo, considerando que la inversión extranjera lleva implícita la idea de promover proyectos de largo plazo.

La tensión entre la necesidad de proteger los derechos del inversionista y la soberanía fiscal, se hace más intensa cuando se acude a la expropiación impositiva en los tratados modernos.

En materia de impuestos existen grandes grados de discrecionalidad, ya que la interpretación y aplicación de la ley por parte de la autoridad administrativa puede dar cabida a discriminación y actitudes distintas frente a casos similares, esto aumenta en forma considerable la tensión mencionada.

El caso *Yukos*¹²⁷ es una demostración clara de esto, el gobierno, los jueces y la autoridad tributaria enojados por la oposición política de Mikahil Khodorkovsky, el socio fundador y principal accionista de Yukos, atacaron sus prácticas impositivas, que eran ampliamente utilizadas por los empresarios y toleradas por la autoridad tributaria, esto trajo como consecuencias la aplicación de multas, equivalentes al 100% de las ventas (no de las utilidades) de la empresa por tres años. Luego prohibieron la venta de las acciones de la empresa, con el objeto de que esta no pudiera levantar recursos para hacer frente a sus compromisos y a las multas. Acto seguido, organizaron la venta de las acciones donde solo hubo un postor, quien las compró a un 20% del valor de mercado. En la práctica el aparato estatal destruyó el valor comercial de la inversión.

En línea con el “*Harvard Draft*” (*Borrador de Harvard*) “*MAI Draft*”¹²⁸ (*Multilateral Agreement on Investment Draft*), Borrador del Acuerdo Multilateral de Inversiones, refleja la postura de los miembros de la OCDE, respecto de cuándo debe calificarse una medida impositiva como no expropiatoria, señalando que la actuación del Estado no será confiscatoria cuando cumple con las prácticas y políticas impositivas internacionalmente reconocidas. Más aún, si se aplican a todos los contribuyentes por igual. En este punto, destacamos que el factor de conexión, que se utiliza para determinar qué tipo de impuestos debe pagar el contribuyente, en la mayoría de los regímenes tributarios del mundo (incluyendo el nuestro), por regla general es el domicilio o residencia, por lo tanto la normativa fiscal no se aplica a todos por igual, existen diferencias entre los residentes y los no residentes (generalmente extranjeros).

¹²⁷Ibid.

¹²⁸THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, ob. cit., p 344

El motivo por el cual la regulación impositiva puede llegar a ser expropiatoria, es porque puede no permitir usar o gozar de la inversión¹²⁹. Sin perjuicio de aquello, en el caso *Feldman v. Mexico*¹³⁰, caso más importante en materia de expropiación indirecta por impuestos, el tribunal concluyó, que las regulaciones impositivas aun cuando estén diseñadas para tener un efecto expropiatorio, siempre dará paso a un caso de expropiación indirecta, aun cuando el efecto de esta puede ser equivalente a una expropiación. En este caso al inversionista se le denegó la devolución de un crédito IVA, el fallo se centro en tres criterios para determinar la existencia de una confiscación:

1. La existencia de un derecho adquirido.
2. Una restricción (al derecho de propiedad) con efectos severos, haciendo referencia al caso *Pope & Talbot*.
3. Comportamiento de las autoridades- Legislativa, administrativa y judicial- discriminatorio o arbitrario, incluso injusto o inequitativo¹³¹.

¹²⁹Ibid. p 344

¹³⁰Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (NAFTA).Award on Merits, 16 December 2002.

¹³¹THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW ob.cit p 350

V. CAPÍTULO CUARTO: TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

1. Introducción

La mayoría de los tratados bilaterales de inversiones, tratados de libre comercio y acuerdos comerciales contienen una cláusula que otorga un estándar de tratamiento de las inversiones que utiliza la formulación de trato justo y equitativo u otras similares. Dicha formulación si bien no es unívoca, ha obtenido el alcance más amplio en las disputas entre Estados e inversionistas, convirtiéndose en los últimos años en el estándar de mayor aplicación práctica, por las significativas circunstancias que lograr abarcar en las distintas demandas presentadas ante los distintos tribunales arbitrales.¹³² Circunstancias, que fluctúan principalmente entre una concepción del estándar como parte de un estándar de tratamiento de la inversión como parte del derecho internacional consuetudinario y del estándar mínimo internacional, y el tratamiento de la cláusula como un elemento de formulación independiente que excede aquellos del estándar mínimo internacional.

Desde otro ángulo, la importancia de la cláusula radica en que las decisiones arbitrales que involucran demandas de expropiación, han reducido su ámbito de aplicación a la destrucción de la inversión, sea total o significativa, y por otro lado, han expandido el ámbito de aplicación de la cláusula de trato justo y equitativo a un daño no necesariamente destructivo de la inversión.¹³³

La principal preocupación en la discusión actual está referida al contenido apropiado del estándar. Principalmente, en lo concerniente al contenido que le otorgan los Tribunales Arbitrales que, teniendo un efecto de control sobre la actividad administrativa y gubernamental de los Estados receptores de la inversión, han llegado hasta un punto de amenazar el grado de autonomía administrativa del respectivo Estado.¹³⁴ Cabe establecer que aquellos tratados que otorgan protección a los inversionistas no están contruidos para operar como un seguro contra cualquier tipo de daño o interferencia contra su inversión. No todo tipo de regulación requiere del pago de alguna indemnización compensatoria a aquellos que lo sufren.¹³⁵ Un tratado bilateral de inversiones que opere bajo la lógica de un seguro contra todo evento, transformaría en

¹³² DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. p.119.

¹³³ MONTT, ob.cit., p. 293

¹³⁴ MUCHLINSKI, Peter, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements 2nd Edition: Draft Manuscript 2 April 2010. p. 2

¹³⁵ VAUGHAN LOWE, en MONTT, ob. cit., p. 294

una suerte de status quo las potestades regulatorias del Estado; frustrando completamente sus objetivos esenciales de coordinación, cooperación y redistribución.¹³⁶ En este sentido el Tribunal en el caso *Tecmed* estableció que:

“Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna.”¹³⁷

La principal discusión de este capítulo estará centrada en la evolución que ha presentado este estándar, tanto en la formulación de los distintos acuerdos internacionales de inversiones como en la jurisprudencia. Hay que recalcar, que no existe una única definición convencional dentro del derecho internacional, por lo que habitualmente los acuerdos internacionales sobre inversiones contienen aproximaciones generales, cuestión que dificulta su aplicación.¹³⁸ A mayor abundamiento, el trato justo y equitativo es un estándar independiente del ordenamiento domestico y no es limitado a una conducta contraria a la buena fe por parte de un Estado. Aparte de este concepto mínimo, su contenido normativo preciso es una cuestión discutida, difícilmente substanciada por la práctica de los Estados e imposible de alcanzar a través de los métodos tradicionales de silogismos interpretativos.¹³⁹ Precisamente la vaguedad de la formulación de las distintas cláusulas que lo incorporan, le han dado el potencial poder de moldear la normativa administrativa de un Estado, junto con influenciar los procedimientos judiciales, y llegar a tener un tratamiento de un estándar cuasi-constitucional que limite la actividad de los legisladores.¹⁴⁰

Estableceremos como elementos fundamentales a conciliar dentro de estudio, por un lado, el legítimo derecho soberano de un Estado a ejercer sus poderes de regulación o administración sin una indebida injerencia de un tribunal arbitral internacional, y por otro el derecho que asiste a los inversionistas a ser compensados cuando se ha violado un estándar de tratamiento debido. Para esto, destacamos que los objetivos e intenciones que buscan dicho tipo de acuerdos están materializados en sus respectivos preámbulos.

¹³⁶WAEDELDE THOMAS, en MONTT, ob cit., p.294

¹³⁷Técnicas Medioambientales Tecmed v Mexico ICSID Case N° ARB(AF)/00/2, Award (29 Mayo 2003) párrafo 119.

¹³⁸MUCHLINSKI, ob. cit., p. 3.

¹³⁹SCHILL, Stephan W. (2009) *The Multilateralization of International Investment Law*. (Cambridge, Cambridge University Press) p. 263, en MUCHLINSKI, ob cit., p. 4

¹⁴⁰SCHILL, idem p. 80, en MUCHLINSKI, ob. cit., p. 3

Donde deben conciliarse los objetivos de las distintas partes interesadas y, crearse un escenario para el desarrollo de los Estados receptores, a través de la atracción de inversiones.¹⁴¹ Así, a modo de ejemplo, el APPI entre las Repúblicas de Chile y Honduras establecen en su preámbulo:

“Deseando intensificar la cooperación económica en beneficio mutuo de ambos Estados;

Con la intención de crear y de mantener condiciones favorables a las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra, que impliquen transferencias de capitales;

Reconociendo la necesidad de promover y de proteger las inversiones extranjeras con miras a favorecer la prosperidad económica de ambos Estados.”¹⁴²

Por otro lado, las declaraciones establecidas en los preámbulos constituyen un elemento fundamental dentro de las reglas generales de interpretación de un tratado.¹⁴³ Estas dan cuenta de su objetivo y fin, siendo parte del contexto del mismo. Es por esto que, la evolución en la formulación de estas cláusulas debe ir aparejado con los objetivos planteados que rodean y circunscriben al tratado completo.

Recientemente, se han incluido dos factores relevantes al momento de evaluar las cláusulas por parte de los árbitros. Primero, tomar en cuenta las diferencias que existen en cuanto al grado de desarrollo de un Estado receptor, lo que requiere reevaluar la inmutabilidad que puede tener el estándar de un buen gobierno. Esto no implica la aceptación o que puedan justificarse ciertas medidas en una mala administración, sino que corresponde a reconocer las distintas realidades de desarrollo que debe tener en cuenta un inversionista.¹⁴⁴ Segundo, tener en consideración el impacto que puede tener las diferentes características de la inversión, tomando en cuenta que los distintos niveles

¹⁴¹ MUCHLINSKI, ob cit., p.72

¹⁴² Acuerdo Privado entre la República de Chile y la República de Honduras para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones.

¹⁴³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 31.

¹⁴⁴ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 72

de riesgos debiese ser un elemento diferenciador en las expectativas de un inversionista.¹⁴⁵

2. Historia del Concepto.

El concepto de Trato Justo y Equitativo tiene larga data, su origen se remonta al periodo de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación celebrados por Estado Unidos. Con una formulación distinta pero claramente haciendo referencia al mismo concepto apareció en la fallida Carta de la Habana de la Organización Internacional de Comercio. En la *Abs-Shawcross Draft Convention on Investment Abroad* del año 1959, en su artículo primero se hizo una referencia al trato justo y equitativo de la propiedad de los nacionales de las otras partes contratantes. De la misma manera, fue formulado en la *Draft Convention on the Protection of Foreign Property* del año 1967 de la OCDE.¹⁴⁶ Implícitamente, siguiendo el criterio usado por los comentaristas oficiales de dicha convención, la jurisprudencia redujo el ámbito de aplicación de la expropiación a la destrucción de la inversión, lo que produjo la expansión del estándar de trato justo y equitativo a los tipos de daños que no fuesen totalmente destructivos de la inversión.¹⁴⁷

En instrumentos multilaterales más modernos como la Convención de la Organización Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), específicamente en su artículo 12 se establece:

- “ d) Al garantizar una inversión, el Organismo deberá estar satisfecho de lo siguiente:
- iv) las condiciones para las inversiones en el país receptor, con inclusión de la disponibilidad de trato justo y equitativo y protección legal para la inversión.”¹⁴⁸

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), contiene una formulación que hace una calificación referida al derecho internacional que, será discutida en mayor profundidad más adelante. Asimismo, el artículo 1105 establece bajo el subtítulo de Nivel mínimo de trato:

¹⁴⁵ MUCHLINSKI, ob. cit.,p.73.

¹⁴⁶ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit p. 120

¹⁴⁷ MONTT. ob. cit. p.293

¹⁴⁸ <http://www.parlamento.gub.uy>

“1. Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.”¹⁴⁹

A pesar de las distintas formulaciones que se han hecho de este concepto en los distintos instrumentos multilaterales, existe un consenso sobre el estándar en los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante TBI).¹⁵⁰ Ha resultado que el concepto contemporáneo del estándar descansa en la interpretación que hagan los árbitros de las respectivas cláusulas de los TBI.¹⁵¹

3. Aproximación al Concepto.

El propósito original de la cláusula, especialmente de la forma en que es usada en los TBI, era desempeñarse como una provisión que llenase los espacios que podrían haberse dejado por otras cláusulas más específicas dentro de los mismos.¹⁵² En este sentido, el fondo del estándar quedaría sobrepuesto con el significado de buena fe en su sentido más amplio, específicamente con el elemento que envuelve las nociones de *venire contra factum proprium* y *estoppel*.¹⁵³ Otro aspecto significativo es si, esté estándar, contiene dos provisiones o una; a saber, “justo” y “equitativo” como conceptos independientes. Hasta el momento no existe evidencia de algún tipo de práctica en este sentido, ni en los acuerdos internacionales ni en la jurisprudencia.¹⁵⁴

Por otro lado, en la doctrina surge otro patrón, donde existiría una convergencia entre la interpretación del estándar de trato justo y equitativo como un mínimo internacional y un estándar de no discriminación, ambos presentes en la mayoría de los instrumentos de protección de inversiones. Dicha convergencia, se basaría en el análisis realizado por diversos Tribunales respecto de la legitimidad de las expectativas de las que

¹⁴⁹ <http://idatd.eclac.cl>

¹⁵⁰ McLachlan p. 219 (McLachlan, Campbell, Shore, Laurence, Weiniger, Matthews (2007) *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford, Oxford University Press)) en: MUCHLINSKI, ob. cit., p. 6

¹⁵¹ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 6

¹⁵² DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit p. 122.

¹⁵³ JP Müller and T Cottier, “Estoppel”, 2 *Encyclopedia of Public International Law*(1995)p. 116, en DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. p. 123.

¹⁵⁴ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit p.123.

goza el inversionista con respecto a la inversión protegida por dichos acuerdos.¹⁵⁵ A su vez, denotamos que las cláusulas normalmente relacionadas con la no discriminación son las de trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida. Estas cláusulas operan bajo un marco comparativo de circunstancias bajo las cuales se puede determinar si ha habido algún detrimento para el inversionista. El trato justo y equitativo opera de manera absoluta, no hay necesidad de oponer el tratamiento entre distintos actores para dilucidar si existe alguna violación del estándar otorgado por el acuerdo.¹⁵⁶

Más allá del propósito original o de los patrones de convergencia, el elemento fundamental de la discusión actual se refiere a si el estándar tiene una operatividad independiente, y en su estructuración más extrema, como una cláusula independiente del derecho internacional general, o si es un estándar mínimo internacional que no abarcaría un tratamiento que se extendiese más allá del derecho internacional general.¹⁵⁷ En este sentido, debemos citar dos casos que ilustran dicha dicotomía. Primero, el laudo en *Tecmed v México*, donde el tribunal estableció cuales eran los parámetros para llegar al contenido del estándar:

“El Tribunal Arbitral entiende que los alcances de la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4(1) del Acuerdo arriba enunciados son los que cabe asignarle tanto si se la interpreta de forma autónoma, teniendo en cuenta para ello el texto del artículo 4(1) del Acuerdo que la formula conforme a su sentido normal u ordinario (art. 31(1) de la Convención de Viena), o conforme al derecho internacional y al principio de buena fe a la luz del cual debe juzgarse los alcances de las obligaciones asumidas bajo el Acuerdo y la conducta relativa a su satisfacción.”¹⁵⁸

En otro sentido y haciendo referencia a una interpretación más sistemática del derecho internacional en relación con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el

¹⁵⁵ GRIERSON-WIELLER J. Todd and LAIRD A. IAN, *Standard of Treatment* en: THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW ob. cit., p. 260

¹⁵⁶ Idem. P.262

¹⁵⁷ MONTT. ob. cit. pp. 302-304.

¹⁵⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v México*, Laudo del 29 de Mayo, 2003, 43 ILM (2004), 133, para. 155. En: <http://icsid.worldbank.org>

Derecho de los Tratados, que haría descartar la idea de una concepción autónoma del estándar de trato justo y equitativo, el Tribunal en *Siemens* estableció¹⁵⁹:

“No existe referencia en el TBI sobre el derecho internacional o sobre un estándar mínimo internacional. Sin embargo, en la aplicación del Tratado, el Tribunal está sujeto a encontrar el significado de los términos subsumiéndose al derecho internacional; tomando en cuenta su significado corriente, la evolución del derecho internacional y el contexto específico en que son utilizados.”¹⁶⁰

Atendida la disyuntiva entre quienes se acercan a una interpretación tomando en consideración al estándar como un símil al mínimo internacional y aquellos que la interpretan con un contenido independiente por sobre el derecho internacional consuetudinario, ahora habremos de profundizar en esta segunda concepción.

Consecuentemente, un elemento que forma parte importante de la interpretación jurisprudencial ha sido la idea de las “expectativas legítimas” de los inversionistas como punto central del trato justo y equitativo. Dicha idea ha constituido parte de la interpretación jurisprudencial, ya que no existe referencia de dicho concepto en alguna cláusula de trato justo y equitativo. Esta innovación arbitral nace de la percepción que, el inversionista como parte protegida de un TBI, tiene el derecho a esperar un tratamiento que sea transparente y previsible, y que aquel tendría un derecho a ser protegido contra las consecuencias adversas por haber confiado en los actos o declaraciones por parte de las autoridades del Estado receptor de la inversión.¹⁶¹ Desde ya planteamos el desbalance que puede producir el tener las expectativas legítimas de un inversionista como un elemento dominante que subsuma al resto de los estándares de protección de un TBI. Con esto se generaría el riesgo que el propósito central de este tipo de acuerdos quede sujeto de manera absoluta a los intereses de los inversionistas, dejando de lado al resto de las partes interesadas que concurren al Tratado.

¹⁵⁹ MONTT. ob.cit. p. 304.

¹⁶⁰ *Siemens AG v Argentina*, ICSID Case No ARB/02/8, Award (6 February 2007). Para. 291 “*There is no reference to international law or to a minimum standard. However, in applying the Treaty, the Tribunal is bound to find the meaning of these terms under international law bearing in mind their ordinary meaning, the evolution of international law and the specific context in which they are used.*”

¹⁶¹ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 8.

Otro alcance respecto de la formulación del estándar dentro de los TBI es que muchas veces resultan incorporadas bajo una provisión de nivel mínimo de trato¹⁶² o en una formulación similar de tratamiento de las inversiones, propio de los Acuerdos Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones. En estas provisiones muchas veces se incorporan términos como trato discriminatorio, arbitrario o debido proceso, con lo que presenciamos una fuente que asiste en proveer de un contexto para determinar qué es lo que el estándar requiere para un determinado tratado. Estos términos pueden también demostrar el tipo de conducta que las partes han reconocido como parte integrante de aquellas protegidas por el estándar mínimo reconocido por el derecho internacional consuetudinario.¹⁶³

Haciendo referencia a la falta de contenido específico de la cláusula, el Profesor *Weil* ha señalado que, “el estándar de trato justo y equitativo es ciertamente no menos operativo que el de debido proceso, y quedará para la futura práctica, jurisprudencia y comentarios el impartirle un contenido específico”¹⁶⁴. Es precisamente el objetivo de este capítulo y de los posteriores dilucidar hacia donde ha caminado este contenido específico por parte de los acuerdos, doctrina y jurisprudencia internacional.

4. Conceptualización Literal de la Cláusula

Primero, hay que enfatizar que el estándar de trato justo y equitativo ha sido propuesto como una norma de derecho internacional y no como una que pueda ser determinada por las leyes domesticas de un Estado.¹⁶⁵

En la conceptualización literal, para establecer cuál es el alcance de su contenido también tiene que indagarse en términos reconocidos por el derecho internacional general.

¹⁶² Eg. TLC CHILE-ESTADOS UNIDOS artículo 10.4. En: www.direcon.cl

¹⁶³ GRIERSON-WIELLER J. Todd and LAIRD A. IAN, *Standard of Treatment* en: THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW ob. cit., p. 271.

¹⁶⁴ P Weil, “The State, the Foreign Investor, and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Ménage a Trois”, 15 ICSID Rev-FILJ 401 (2000) p. 415. En: THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW ob. cit., p. 271.

¹⁶⁵ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. p. 123.

Ya hemos mencionado que los términos justo y equitativo suponen una sola provisión dentro de una cláusula, esto es, que son perfectamente intercambiables. Justo es definido como imparcial, equitativo, aquel que actúa según las reglas.¹⁶⁶ Esta definición connota entre otras cosas una idea de equidad. La equidad sugiere un proceso de balancear y sopesar que es lo correcto en distintas circunstancias. En un sentido legal, denota una idea de flexibilidad que nace de la necesidad de aplicar las reglas con discreción. Esta definición ha sido aceptada como un elemento del derecho internacional.¹⁶⁷ Atendiendo a este significado, este estándar requiere una actitud administrativa basado en un set de reglas claras e imparciales aplicadas con un grado de discreción y flexibilidad buscando una intención de justicia entre todas las partes interesadas que puedan ser afectadas por dicha decisión administrativa. De esta manera, la medida no favorecería ni desfavorecería a una persona determinada, si es que se asegurase que cualquiera que fuese el afectado haya sido tratado de una manera justa y equitativa.¹⁶⁸

Esta conceptualización nos acerca al desarrollo que ha tenido en el derecho anglosajón, el principio de la equidad, que se ha cristalizado en las máximas de la equidad.¹⁶⁹ Estas toman en consideración los motivos y los comportamientos de cualquier persona que busca una compensación equitativa. De esto derivan las siguientes máximas: “una persona que busca la equidad debe actuar de acuerdo a la equidad y que una persona que busca la equidad debe venir con las manos limpias”¹⁷⁰. Estas máximas nos acercan a establecer que la conducta del demandante es fundamental, bajo una construcción literal del concepto, al momento de aplicar los principios de equidad propios de este estándar.

¹⁶⁶ *Concise Oxford Dictionary (8th edn Clarendon Press Oxford 1990) 420, Fair: just, unbiased, equitable, in accordance with rules. En: MUCHLINSKI, Peter. “Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard. P.531*

¹⁶⁷ BROWNLIE, Ian (2008) *Principles of Public International Law* (Oxford, Oxford University Press, 7th ed) p.25. En MUCHLINSKI, Peter, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements 2nd Edition: Draft Manuscript 2 April 2010. p. 7

¹⁶⁸ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 7.

¹⁶⁹ WATT, Gary. *Trusts and Equity*.(OUP Oxford 2003) 17-27. En: MUCHLINSKI, Peter. “Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard. p.532

¹⁷⁰ MUCHLINSKI, Peter. “Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard. p.532 (“The person who comes to equity must do equity” and “The person who comes to equity must come with clean hands”)

La cláusula debe atender a una amplia gama de circunstancias que sean presentadas en los distintos reclamos. No es un concepto estático, ni desde la perspectiva del estándar mínimo de derecho internacional, ni desde su construcción como un estándar independiente que va más allá de lo reconocido por el derecho internacional general. Con esta amplitud dentro de las posibilidades del derecho internacional tenemos por otro lado que, cada cláusula, independiente de su formulación específica, debe ser interpretada de acuerdo al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tomando en consideración su contexto y los instrumentos que se refieran al tratado o que hayan sido concertados con motivo de la celebración del tratado.¹⁷¹ Lo que se infiere es que dentro de la búsqueda de contenido de una disposición propia del derecho internacional, esta se encontrará constreñida por las fuentes y mecanismos de interpretación reconocidos por el mismo.

A contrario sensu, hay quienes sostienen que el estándar de trato justo y equitativo es tan abierto y de tal vaguedad que ningún tipo de guía puede obtenerse de una definición obtenida en un diccionario. Más aún, esa aproximación no genera una ayuda significativa, sino que produce el resultado contrario del que se esperaría de una aproximación literal de la interpretación de un tratado. Así en vez de lograr precisar el contenido, generaría el efecto indeseado de sobre expandir el grado de discreción de aquel que se vea enfrentado a este.¹⁷²

5. Construcción en los acuerdos bilaterales:

Todo acuerdo internacional tiene el efecto de reducir el ámbito soberano de actuación de los Estados parte del tratado. En particular, los tratados de inversiones limitan el derecho soberano de los Estados parte, de someter a los inversionistas extranjeros a su ordenamiento administrativo doméstico. En este ámbito, lo que hacen los tratados es establecer un balance entre las expectativas de estabilidad en la regulación administrativa para los inversionistas extranjeros y las expectativas del Estado receptor de mantener un control soberano sobre su poder regulador de la normativa interna.¹⁷³

¹⁷¹ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit.p. 121.

¹⁷² MONTT, ob. cit., p. 300.

¹⁷³ DOLZER, Rudolph, *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*. p. 953

La normativa sustantiva contenida en los tratados de inversiones, referida con el ordenamiento doméstico de un Estado proviene de distintas fuentes de derecho internacional. En parte, están basadas en la construcción autónoma de cada tratado y por otro lado meramente como una reformulación de provisiones propias del derecho internacional consuetudinario, que serían aplicables aún en la ausencia de un tratado.

En este tipo de tratados, ambas normas sustantivas estarán sujetas a la interpretación y a la aplicación de tribunales internacionales. Como resultado de esto, el poder para identificar, aplicar y hacer cumplir dichas normas será desviada desde los Estados parte, hacia un tribunal internacional al momento de surgir una controversia, siendo esto consecuencia de la aceptación voluntaria y soberana de los Estados de la normativa contenida en dichos acuerdos.¹⁷⁴

El principal problema es la indefinición o imprecisión con la que son construidas muchas veces dichas cláusulas con lo que se abre la puerta de una excesiva injerencia por parte de los tribunales que, no necesariamente refleja la voluntad de las partes que se han sometido a dicho acuerdo. Es por esto que el excesivo control que han ejercido los tribunales arbitrales sobre las facultades reguladoras de los Estados receptores de inversión ha desencadenado una especial preocupación por las formas de aminorar la discreción que se les otorga para interpretar las provisiones referidas al trato justo y equitativo.¹⁷⁵ Sin embargo, habremos de recalcar que algunos tribunales han tomado en cuenta los intereses generales de los Estados al aceptar que los inversionistas deben estar atentos a los cambios en la regulación cuando estos ocurren dentro de un contexto normal de funcionamiento de dicha área regulada. También se han reconocido otros factores que aseguran el balance que debe existir entre los intereses de las distintas partes afectadas, como lo son las características del Estado receptor de la inversión y la conducta del inversionista.¹⁷⁶

Las distintas maneras de formular la cláusula de trato justo y equitativo dentro de los distintos acuerdos internacionales de inversiones revelan por un lado, ciertos objetivos o intereses específicos que han tenido en cuenta las partes contratantes, y por otro, el

¹⁷⁴ Idem. p. 957.

¹⁷⁵ MUCHLINSKI, Peter, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements 2nd Edition: Draft Manuscript 2 April 2010. p. 29.

¹⁷⁶ Idem p.11

grado de laxitud ante el que se verá enfrentado el intérprete de la respectiva cláusula, ya sea un funcionario administrativo o un tribunal arbitral ante el cual se presente una controversia.

Concretamente, en la formulación particular de cada cláusula, existen distintas aproximaciones al estándar de trato justo y equitativo. Algunos tratados no contienen provisión alguna que haga referencia al trato justo y equitativo. Otros tratados hacen referencia al trato justo y equitativo pero sin hacer referencia alguna al derecho internacional general u otro criterio similar. Asimismo, otra variante ha sido establecer un vínculo entre la cláusula o provisión y los principios del derecho internacional o con el derecho internacional consuetudinario. Más aún, hay provisiones que se refieren a un estándar mínimo de protección o tratamiento. Finalmente, hay casos en que dichas provisiones son combinadas con aquellas que se refieren al Trato Nacional o a la Cláusula de la Nación más Favorecida.¹⁷⁷

A continuación, varios mecanismos serán ilustrados mediante la descripción de las distintas maneras de presentar estas cláusulas.

a. Acuerdo sin hacer referencia al Trato justo y Equitativo.

El tipo de acuerdos que no hacen referencia al trato justo y equitativo tienen como propósito hacer un énfasis en asegurar un ingreso preferente a un determinado mercado, por lo que el estándar relevante es el de no discriminación, que tiende a garantizar la igualdad de derechos de entrada y establecimiento de los inversionistas extranjeros y su inversión.¹⁷⁸ Así, la ausencia indica que el objetivo primordial del tratado es sobre normas de ingreso a determinados mercados y no respecto de la protección de inversionistas extranjeros.

La falta de referencia al trato justo y equitativo no significa que pueda inferirse que sea parte del tratado, a pesar que hayan sido reconocidos como parte del derecho consuetudinario internacional nociones como la justicia y la equidad, ya que no son lo

¹⁷⁷ Idem., p. 13.

¹⁷⁸ UNCTAD, (2006) *Investment Provisions in Economic Integration Agreements* (New York and Geneva) p. 105 En: MUCHLINSKI, ob. cit., p. 14.

mismo que la construcción de una cláusula de trato justo y equitativo que ha ido evolucionando a través de la práctica arbitral y de las distintas formulaciones incluidas en los acuerdos internacionales.¹⁷⁹ En este sentido no existe evidencia que a través de la actuación de los Estados se haya elevado el Trato justo y equitativo a una regla reconocida por el derecho internacional consuetudinario.¹⁸⁰

Debemos tener presente que, siempre puede existir la posibilidad de hacer una inclusión del estándar a través de la cláusula de la Nación Más Favorecida.

b. Formulación no calificada o autónoma de la Cláusula.

Algunos tratados simplemente formulan una provisión que no hace más que mencionar al trato justo y equitativo en una cláusula separada de los otros estándares de protección. Un ejemplo de esto se puede ver en los acuerdos internacionales de inversiones suscritos por Alemania, Suecia y Suiza.¹⁸¹ Un ejemplo de este tipo de cláusula lo encontramos en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Chile y Alemania que establece de manera muy concisa en su artículo 2.1:

“En todo caso tratará justa y equitativamente las inversiones.”¹⁸²

Otros acuerdos utilizan una manera no calificada de trato justo y equitativo pero vinculándolo con otros estándares de protección, lo que no modifica la interpretación del estándar. Sí lo haría en el caso que el trato justo y equitativo estuviese vinculado con el Trato Nacional o con la Nación Más Favorecida en una misma cláusula.¹⁸³ En este sentido, podemos mencionar el Tratado Bilateral de Inversiones entre Chile y Uruguay, que en su artículo 4.1 estipula:

¹⁷⁹ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 14

¹⁸⁰ UNCTAD (1999) *Fair and Equitable Treatment Series on issues in international investments agreements* (New York and Geneva, United Nations) United Nations Publications Sales No.E.00.II.D.4. p .17

¹⁸¹ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit p.121

¹⁸² Tratado entre la República de Chile y la República Federal de Alemania Sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones. Artículo 2°.

¹⁸³ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 16

“Cada Parte Contratante garantizará un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante y asegurará que el ejercicio de los derechos aquí reconocidos no será obstaculizado en la práctica.”¹⁸⁴

La aproximación no calificada del estándar ha dado surgimiento a la controversia respecto de cómo debe ser interpretado el contenido del mismo. Por un lado, existe una concepción que éste debe ser interpretado a la luz de un estándar mínimo de protección internacional, y por otro, que el mismo sería un estándar autónomo que debiese ser interpretado caso a caso haciendo una referencia general a las nociones de justicia y equidad.¹⁸⁵ Ya hemos mencionado el problema que se generaría con este tipo de formulaciones tan genéricas, especialmente considerando que la aplicación expansiva pueda cubrir un rango demasiado amplio de las facultades propias de un Estado soberano.

Por su parte, el profesor Montt¹⁸⁶, ha señalado que la interpretación autónoma que tiene como base una aproximación literal es completamente incorrecta. Aquella pone énfasis especial en el sentido corriente de las palabras¹⁸⁷, dejando de lado los otros elementos de interpretación, que forman parte de una misma regla establecida por el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Precisamente estos otros elementos están conformados en parte por el Artículo 31 (3) (c): “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, y el Artículo 31 (4): “Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

Asimismo, teniendo en cuenta la ambigüedad del contenido de los términos justo y equitativo, también ha sido impropriamente excluido el Artículo 32 de la misma Convención.¹⁸⁸ Por ello, se concluye que el estándar no puede ser construido de manera

¹⁸⁴ Acuerdo entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay Para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones. Artículo 4: Tratamiento de las Inversiones.

¹⁸⁵ MUCHLINSKI, ob. cit., p.16

¹⁸⁶ MONTT, Santiago. *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. pp. 298-310.

¹⁸⁷ Haciendo referencia al Artículo 31 (1) de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados.

¹⁸⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados Artículo 32: Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los

autónoma sin tenerlo como parte del derecho internacional general, que es precisamente el contexto en el cual es llamado a operar. Como argumenta *McLachlan*¹⁸⁹, los Tratados Bilaterales de Inversiones no son regímenes autónomos, sino que criaturas del derecho internacional que los gobierna. A mayor abundamiento, cuando las partes contratantes deciden incluir una cláusula de trato justo y equitativo, éstas no se sientan a discutir ni negociar cual es el contenido de estos términos, sino que la decisión pasa por incluir un modelo universalmente conocido y asociado con la formulación específica del texto.¹⁹⁰

c. Formulación calificada de la Cláusula.

El principio de trato justo y equitativo, en la práctica, puede tener diversas repercusiones para la soberanía del Estado receptor para que este pueda determinar y aplicar sus normas administrativas, ya que es capaz de cubrir todas las fases en que se ve envuelta la inversión, extendiéndose a todas las áreas del derecho nacional que llegasen a afectar a las inversiones extranjeras.¹⁹¹ Para evitar que se traspase la debida deferencia que merecen los Estados que se ven enfrentados a Tribunales arbitrales, y para que estos no realicen interpretaciones extensivas que sobrepasen los ámbitos propios de la protección entregada a los inversionistas y sus inversiones, se han desarrollado otras maneras de formulación de la cláusula a través de la inclusión de un elemento de vinculación con otro estándar o con otros factores de calificación. Dos han sido las tendencias que más han destacado en este sentido: por un lado, la vinculación en una misma cláusula con un estándar de no discriminación, y por otro, haciendo referencia a un estándar mínimo internacional, o al derecho internacional y a otros estándares de similar calificación.¹⁹²

i. Vinculación con los Estándares de No-Discriminación

trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

¹⁸⁹ MCLACHLAN, Campbell, “*Investment Treaties and General International Law*” (2008) 57ICQL p. 398-399. En *MONTT*, p.303.

¹⁹⁰ MONTT, Santiago. *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. pp. 302-305.

¹⁹¹ DOLZER, Rudolph. “*The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*” p. 964.

¹⁹² MUCHLINSKI, ob. cit., p.16.

El Tratado Bilateral de Inversiones entre Malasia y Chile, en su artículo 3 (1) establece:

“Las inversiones hechas por los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo, y no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado.”¹⁹³

En este caso, atendido el orden en que han sido establecidos los estándares de protección, el trato justo y equitativo parece ser un prerrequisito para la aplicación de la Nación Más Favorecida. Existe una clara intención de que el estándar de trato justo y equitativo y aquel que se refiere a la no discriminación, en el sentido que las medidas adoptadas para un inversionista de un tercer Estado sean equiparadas a la del inversionista del Estado parte, tengan una operatividad conjunta. En este sentido, la Nación Más Favorecida presentaría el estándar mínimo de trato y el trato justo y equitativo ofrecería un estándar que actuaría de manera global, abarcando de manera general el estándar de tratamiento o protección.¹⁹⁴

ii. Vinculación con el Derecho Internacional

Esta formulación está plasmada en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Francia y Chile, que en su artículo 3° establece:

“Cada Parte Contratante dará un tratamiento justo y equitativo de conformidad con los principios del Derecho Internacional a las inversiones efectuadas por los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio o en su zona marítima, y garantizará que el ejercicio del derecho así reconocido no sea obstaculizado por la ley ni por la práctica.”¹⁹⁵

¹⁹³ Convenio entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile sobre la Promoción y la Protección de las Inversiones. Artículo 3 (1).

¹⁹⁴ GALLAGHER, Norah and WENHUA, Shan (2009) En: *Chinese Investment Treaties* (Oxford, Oxford University Press). p.133. En: MUCHLINSKI, ob. cit., p. 17.

¹⁹⁵ Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Francia sobre la Promoción y la Protección Recíprocas de Inversiones. Artículo 3°.

El principal efecto de este tipo de formulación consiste en, prevenir el uso puramente semántico o literal de la interpretación del estándar y, para asegurarse que el intérprete aplique principios del derecho internacional, incluidos el derecho internacional consuetudinario y el derecho vinculado a la responsabilidad de los Estados respecto a los extranjeros, como elementos de la interpretación.¹⁹⁶

Por otro lado, hay quienes sostienen que la inclusión de la referencia a términos como: “de acuerdo con el derecho internacional”, o alguna conjetura similar, no le entregarían un contenido adicional al término, que desde ya no puede escapar a la asociación a un estándar mínimo internacional y a los “principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.¹⁹⁷

iii. Vinculación con la Legislación Nacional

El tratado bilateral de inversiones entre Bolivia y Cuba en su Artículo III establece que:

1. Cada parte contratante dentro de su territorio, garantizara a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento justo y equitativo; asegurará que el ejercicio de los derechos reconocidos en el presente Acuerdo no sea obstaculizado y que los inversionistas cumplan las obligaciones asumidas conforme a su legislación.¹⁹⁸

El efecto de esta formulación es la exclusión de un estándar internacional de trato justo y equitativo, que hace que cualquier violación del estándar sea una materia de regulación y practica interna de un Estado. Lo que en la práctica vaciaría de contenido a la protección de la inversión, especialmente en el ámbito internacional.¹⁹⁹ La sujeción del estándar a la regulación nacional podría llegar a ser contraria al derecho internacional. Hay que tomar en cuenta la reconocida regla de derecho internacional que impide invocar

¹⁹⁶ UNCTAD (2007) *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (New York and Geneva, United Nations) p. 31. En MUCHLINSKI, ob. cit., p. 19.

¹⁹⁷ MONTT, Santiago. *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation* p. 304

¹⁹⁸ Acuerdo entre la República de Bolivia y la República de Cuba para la Protección y la Promoción Recíproca de Inversiones. Artículo 3.1. En: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/cuba_bolivia_sp.pdf.

¹⁹⁹ MUCHLINSKI, ob cit., p. 20

las disposiciones internas de un Estado, como justificación del incumplimiento de un tratado²⁰⁰. Si aceptamos que el trato justo y equitativo contiene elementos de derecho internacional general, entonces no cabría la posibilidad para las partes de excluir dichos elementos a través de una referencia a la regulación y normativa interna. Esto convertiría a un estándar de naturaleza absoluta, que en por su estructura no necesita de un objeto de comparación para establecer un incumplimiento del mismo, en uno que lo hiciese confrontable con la regulación interna para establecer dicho incumplimiento.²⁰¹

iv. Vinculación con el Derecho Internacional Consuetudinario y/o Estándar Mínimo de Trato

Un claro ejemplo en que la formulación de la cláusula establece que el nivel mínimo de trato es un reflejo del derecho internacional consuetudinario es aquel comprendido en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, específicamente, en su Artículo 10 que prescribe:

1. Cada Parte otorgará 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 trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:
 - 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

²⁰⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 27.

²⁰¹ MUCHLINSKI, ob. cit., p 29.

- b. “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar 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 Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este artículo.²⁰²

Este tipo de formulación de la cláusula con sus subsiguientes puntos explicativos, forma parte de la práctica propia de Estados Unidos posterior al surgimiento de la nota interpretativa del artículo 1105 del TLCAN por parte de la Comisión del mismo Tratado. Esta nota interpretativa determinó que no existía elemento adicional alguno al estándar mínimo internacional, por lo que el trato justo y equitativo era equivalente al derecho internacional.²⁰³

En este caso, no solo tenemos una delimitación del estándar, a través de la referencia al derecho internacional consuetudinario, sino que además, hace explícito que no existen derechos adicionales a aquellos que sean entendidos dentro del mismo. Luego se hace una referencia a los conceptos que deben entenderse incluidos dentro del estándar. Aquellos serían la obligación de no denegar justicia de acuerdo con el principio de debido proceso, incorporado en los principales sistemas legales del mundo. La referencia a los principales sistemas legales del mundo puede entenderse como un reconocimiento de los distintos grados de desarrollo de los Estados como una variable relevante al momento de hacer una aplicación del estándar.²⁰⁴ La utilización de términos como “no denegar justicia de acuerdo con el principio del debido proceso” crea un contexto respecto de lo que requiere el estándar en un tratado determinado. A su vez, demuestran de una manera más sistemática, el tipo de conducta que las partes de un tratado han reconocido como comprendidas dentro del nivel mínimo dentro del derecho internacional consuetudinario.²⁰⁵

²⁰² Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos. Capítulo Diez. Inversión. Sección A – Inversión Artículo 10.4: Nivel mínimo de trato En: rc.direcom.cl

²⁰³ MUCHLINSKI, ob cit., pp. 21-23

²⁰⁴ Idem., p.28

²⁰⁵ GRIERSON-WIELLER J. Todd and LAIRD A. IAN, *Standard of Treatment* en: THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. ob. cit., pp. 270-271.

La principal ventaja de construir el estándar a través de un nivel mínimo de trato como parte del derecho internacional consuetudinario es que se dicta una orden a los árbitros que se vean enfrentados a los distintos casos, que no podrán tomar una determinación de acuerdo a sus propios caprichos o sus respectivas concepciones de justicia, sino que éstas tendrán que ser consistentes con los métodos y fuentes propias del derecho internacional.²⁰⁶

A su vez, la principal desventaja de la referencia al derecho internacional consuetudinario radica en que permite una detallada evaluación de su contenido haciendo referencia a principios que tengan reconocimiento anterior. En este sentido, ha sido argumentado, que la existencia de un principio general de debido proceso en el derecho internacional consuetudinario permitiría a los Tribunales arbitrales realizar un desarrollo del estándar de trato justo y equitativo hacia una doctrina moderna basada en las expectativas legítimas de un inversionista de las prácticas administrativas por parte del Estado receptor.²⁰⁷

Por otro lado, existen diversas desventajas respecto de una aproximación que haga referencia al derecho internacional general. Primero, no es realmente claro qué implica una referencia al derecho internacional. Tampoco lo es si deben considerarse todas las fuentes de derecho internacional, dejando abierta una puerta de ambigüedad. Segundo, existe la dificultad que no siempre todas las reglas del derecho internacional relevantes para la aplicación del estándar, sean claras o aceptadas por todos los Estados. Finalmente, surge la duda si al hacer aplicable los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, esto signifique que se esté constreñido por reglas aceptadas por la generalidad de la comunidad internacional, siendo las aceptadas tanto por países desarrollados como por aquellos en vías de desarrollo.²⁰⁸

Para concluir, analizaremos el punto número tres del citado Artículo. Dicha estipulación es una clara alusión a que este estándar es independiente del resto de las provisiones propias del tratado. En un principio se hizo mención que dentro de sus

²⁰⁶ MONTT, ob. cit. p. 308

²⁰⁷ McLachlan, Campbell, Shore, Laurence, Weiniger, Matthews (2007) *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford, Oxford University Press) pp. 375-383 En: MUCHLINSKI, ob. cit., p. 31

²⁰⁸ MUCHLINSKI, ob. cit., pp.30-31

propósitos originales estaba llenar los vacíos que pudiesen haber sido dejado por otras provisiones, como si englobase a todas las provisiones referidas a la protección de la inversión. Aquí observamos precisamente una expresión explícita en sentido contrario, donde sobresale la independencia de dicho estándar al enfrentarse al resto.

6. Desarrollo en los Tribunales Arbitrales de disputas entre Estados e inversionistas.

Los laudos que contienen una apreciación del estándar de trato justo y equitativo demuestran la amplitud que puede tener su interpretación, haciendo muy difícil delinear la amplia gama de acciones o conductas gubernamentales que potencialmente puedan llegar a ser una violación del estándar. Esta dificultad nos pone en el escenario, donde quien se vea enfrentado a una disputa, tendrá que decidir si dicha circunstancia corresponde a la violación de un estándar cuyo contenido es más o menos difuso, dependiendo de la manera en que sea formulado dentro de un específico tratado.

Desde la perspectiva general del intérprete hay diversas metodologías, que un determinado tribunal puede utilizar para aplicar las reglas relevantes del derecho de las inversiones. Una aproximación que ha sido utilizada es la de poner el acento en el derecho soberano del Estado receptor sobre su propio sistema legal, y consecuentemente favorecerlo ante el caso de una disyuntiva. Un método distinto, ha sido poner el énfasis en el propósito y objeto del tratado de inversiones, cuestión que se manifiesta generalmente en sus respectivos preámbulos, concluyendo que la creación de un ambiente amigable a la inversión, necesitará favorecer los intereses legales del inversionista por sobre los del Estados receptor. Finalmente, en algunas circunstancias, podrán ser desechadas las primeras dos posibilidades, donde el análisis será basado en el lenguaje propio del tratado haciendo referencia a su significado corriente.²⁰⁹

Otra perspectiva a analizar, consiste en cómo aproximarse a la interpretación de esta cláusula desde una fuente legal objetiva, que respalde la conclusión alcanzada respecto del contenido desde una perspectiva jurídica. De una manera muy ilustrativa, el tribunal en el caso *Glamis* estableció que existían dos tipos de categorías de laudos que

²⁰⁹ DOLZER, Rudolph. *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*. p. 970.

examinan el trato justo y equitativo; aquellos que buscan un significado a través del derecho internacional consuetudinario y, aquellos que lo examinan desde la perspectiva de su formulación estableciendo que este tendría el carácter de autónomo.²¹⁰

Cualquiera sea la aproximación, consideramos que dicho análisis debe quedar sujeto a las normas de derecho internacional general, ya que cada tratado no puede tener una vida independiente del sistema del cual es parte y bajo el cual se reconocen y hacen ejecutable dichas reglas.

Podemos concebir la naturaleza del estándar de trato justo y equitativo como una formulación textual que invita al desarrollo de un nuevo examen de operatividad de la arbitrariedad (en un sentido amplio, incluyendo, ilegalidad, irracionalidad, cargas excesivas y falta de proporcionalidad) en el derecho internacional.²¹¹ Hasta el momento los Estados parecen haber reconocido dicha naturaleza, ya que en la construcción de reglas estándar dentro de los tratados de inversiones, como en la interpretación y en la aplicación por parte de los Tribunales, se ha hecho explícita la tendencia hacia la creación de un cuerpo emergente de reglas internacionales de derecho. Lo que ha sido utilizado como herramienta poderosa para, mantener un control efectivo pero externo de la regulación doméstica de un Estado parte de dicho sistema de tratados. Esta creciente sujeción de los Estados a los mecanismos internacionales de solución de disputa entre Estado e inversionistas, está basada en la aceptación de la noción de que las relaciones económicas internacionales requieren de un consenso internacional respeto de la reglas aplicables, y que dichas reglas sean efectivamente ejecutadas.²¹²

a. Laudos Enfocados en el Estándar Mínimo de Tratamiento de Derecho Internacional Consuetudinario.

i. Introducción.

²¹⁰ *Glamis Gold v United States* Award made under UNCITRAL Rules 8 June 2009 párrafos. 605-606.

²¹¹ MONTT, ob. cit., p.299

²¹² DOLZER, Rudolph. *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, pp.971-972

La gran mayoría de los tratados bilaterales de inversiones desde sus primeras formulaciones no se refirieron en forma explícita a las normas de derecho internacional consuetudinario dentro de las cláusulas de trato mínimo o de protección de las inversiones. A pesar de esto ha sido reconocido que dichos estándares tienen su génesis en la costumbre, especialmente provienen de las Comisiones de Reclamación de comienzos del siglo XX.²¹³

En los últimos años, algunos tratados han otorgado reconocimiento explícito en los artículos o en notas explicativas respecto a cuál debe ser la extensión que deba darse a las provisiones que hacen referencia a la protección de inversiones. El más claro ejemplo de dichas disposiciones está comprendido en las notas interpretativas de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, donde se enfatiza que la provisión encontrada en el artículo 1105, representa la actual manifestación del estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario²¹⁴.

Los Tratados Bilaterales de Inversiones suscritos por Estados Unidos recientemente, prescriben que el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros de derecho internacional consuetudinario es el estándar mínimo de tratamiento garantizado a las inversiones cubiertas por el instrumento. Además, señala que el concepto de trato justo y equitativo no requiere un tratamiento adicional o que vaya más allá de lo requerido por dicho estándar y que, no creará derecho sustantivos adicionales. Junto con esto, establece que trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegación de justicia de acuerdo al principio del debido proceso instaurado en los principales sistemas legales del mundo²¹⁵.

Por su parte, en el caso específico de nuestro país, el último Acuerdo Reciproco de Protección de Inversiones que entró en vigencia, aun no contiene dicha referencia²¹⁶. Sin embargo, como lo mencionamos anteriormente existen Tratados de Libre Comercio,

²¹³ THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, ob. cit p. 264

²¹⁴ NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (NAFTA Free Trade Commission, 31 July 2001),

http://www.naftaclaims.com/files/NAFTA_Comm_1105_Transparency.pdf En: HANDBOOK p264

²¹⁵ Ver: "*Treaty Between The United States of America and The Oriental Republic Of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*", Artículo 5. En:

http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file748_9005.pdf

²¹⁶ APPI Chile-Islandia. Vigente desde el 12 Agosto de 2006. En: http://www.inversionextranjera.cl/images/stories/pdfs/appis/Chile_Island_sp.pdf

que en el capítulo destinado a la protección de inversiones ya han incorporado dicha referencia. Consecuentemente, ésta sección estará enfocada primeramente a los casos referentes al sistema del TLCAN y también aquellos laudos que han acogido dicha interpretación pero que se encuentran fuera de este sistema particular.

ii. Estándar mínimo de Derecho Internacional.

El canon principal de la perspectiva del estándar de trato justo y equitativo, consagrado como parte de un estándar mínimo internacional no es otro que asegurar que la jurisprudencia quede circunscrita al derecho internacional y fundamentado en reglas de derecho. El estándar mínimo internacional tiene un carácter dinámico, ya que tiene directa relación con los “principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas”²¹⁷ que son indudablemente de una naturaleza evolutiva.²¹⁸ Estos parámetros de derecho internacional general, incluidos los principios generales de derecho, prohíben a los Tribunales arbitrales crear normas de gobierno que no estén enraizadas en la tradición legal existente.²¹⁹ Por lo que, cualquier decisión respecto de una circunstancia concreta que haga alusión a la violación del estándar por una medida administrativa particular tomada por parte del Estado receptor, no podría estar fundamentada en una interpretación de la cláusula de manera autónoma, dejando de lado una apreciación sistemática del derecho internacional, quien es el llamado a operar como el marco externo que constriñe la actuación de los árbitros.

La primera y principal fuente del estándar mínimo internacional como parte del derecho internacional consuetudinario, que ha sido citado en numerosos laudos sobre inversiones, es el caso de 1926 de *LHF Neer and Pauline Neer (US v Mexico)*.²²⁰ En este caso una Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos establecida en 1924 con la finalidad de resolver reclamaciones que derivaban de la Revolución Mexicana, atendió un caso que involucró el asesinato de un ciudadano estadounidense (Neer) que era superintendente de una mina en México por un grupo de hombres (no afiliados al gobierno) camino a su casa después del trabajo. Si bien, versa sobre la protección física de extranjeros (no su patrimonio), el caso es ilustrativo. Más aún, ha sido expresamente

²¹⁷ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Artículo 38 (1) (c).

²¹⁸ MONTT, ob. cit. p 307.

²¹⁹ Ídem. p.309.

²²⁰ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 34

citado como punto de partida del umbral de trato que el derecho internacional requiere de países civilizados con respecto al trato de extranjeros, extendiéndolo también a su patrimonio.²²¹

En *Neer*, el tribunal aludió al trato que un Estado anfitrión debe otorgar a extranjeros en los siguientes términos:

“La Comisión puede establecer (primero) que la rectitud de los actos gubernamentales deben ser medidos a través de los estándares internacionales, y (segundo) que el trato de un extranjero, para constituir un delito internacional, debe merecer el calificativo de inverosímil, de mala fe, de haber intencionalmente descuidado una regla de cuidado, o versar sobre actos gubernamentales tan por debajo de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial fácilmente reconocería su insuficiencia. El que la insuficiencia proceda de una deficiente ejecución de una ley inteligente o del hecho de que las leyes del país no den facultades a las autoridades que sean suficientes para cumplir con los estándares internacionales es irrelevante.”²²²

En este caso, destacamos la aplicación de un examen de razonabilidad pero dirigido hacia conductas extremas de un Gobierno. Asimismo, lo que se estima como estándar mínimo internacional de derecho internacional consuetudinario son una serie de eventos legales aislados que tratan de diversas cuestiones respecto del trato de un extranjero persona natural.²²³ Al constituir éste un caso de protección de personas

²²¹ GONZÁLEZ de COSSIO, Francisco. *Trato Justo y Equitativo en Arbitraje de Inversión: Un Ejercicio Interpretativa*. pp. 10-11. En: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/TRATO%20JUSTO%20Y%20EQUITATIVO.pdf>

²²² Traducción libre del autor. LHR *Neer and Pauline Neer v México (US v Mexico)* (1926) 4 RIAA 60. Párrafo 4. Las palabras del tribunal fueron: “*Without attempting to announce a precise formula, it is in the opinion of the Commission possible to go a little further than the authors quoted, and to hold (first) that the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and (second) that the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful 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. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.*” En: http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_IV/60-66.pdf

²²³ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 35.

naturales, donde lo que cobra mayor relevancia es la denegación de justicia por la impropia ejecución de las funciones de investigación y persecución penal, podemos dilucidar porqué el umbral de protección asuma aquella magnitud. Es importante considerar que dichas funciones son generalmente de un alto grado de discrecionalidad.

La interpretación que conecta al trato justo y equitativo con un estándar mínimo internacional ha intentado ser desacreditada a través de una incorrecta interpretación del caso *Neer*. El criterio utilizado en este caso, ha vinculado al estándar mínimo internacional e incluso al estándar de trato justo y equitativo con los calificativos de “inverosímil, de mala fe y de haber intencionalmente descuidado una regla de cuidado”²²⁴, que lo elevan a un altísimo parámetro de negligencia para alcanzar una transgresión del estándar. Aquellos que atacan esta concepción, no toman en cuenta que el caso *Neer* es un caso de denegación de justicia.²²⁵ Así, debemos concluir que asociar el estándar de trato justo y equitativo como un estándar mínimo internacional, requiere de una interpretación que se adecúe a reglas reconocidas por el derecho internacional concordantes con la finalidad de protección de las inversiones que mantengan la legitimidad del sistema, más que una errónea aplicación de un estándar involucrado a la denegación de justicia.

Desde otra perspectiva y previo a la aparición de la nota interpretativa de la Comisión del TLCAN, en el caso *Pope v Talbot*²²⁶, se estableció que el estándar de trato justo y equitativo tenía una naturaleza aditiva al estándar mínimo internacional, en el sentido que los tribunales tenían la libertad de exceder los límites establecido por el estándar mínimo internacional. Así, los inversionistas amparados por el TLCAN tendría el derecho a un mínimo dentro del derecho internacional en adición también podrían exigir los elementos de justicia incorporados por el artículo 1105 del TLCAN²²⁷.

Una vez aparecida la nota interpretativa de la Comisión del TLCAN, los tribunales se apegaron a un criterio donde los requisitos del trato justo y equitativo no tendrían cabida más allá del estándar mínimo internacional. Sin embargo, interpretaron éste en una manera evolutiva, no siendo constreñidos por los límites establecidos por el caso

²²⁴ *Neer*, párrafo 4. En: MONTT, ob. cit. p.152.

²²⁵ MONTT, ob. cit., pp.152-153

²²⁶ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 36

²²⁷ *Idem*, p. 36

*Neer*²²⁸. En este sentido, en el caso *Waste Management II*²²⁹ haciendo alusión a los casos *Mondev* y *ADF*, se estableció que el estándar de tratamiento de la inversión extranjera no estaba constreñido a un parámetro tan severo como el que se habría establecido en el laudo en el caso *Neer*. Asimismo, el tribunal en el caso *Mondev* señaló que un Estado puede darle un trato injusto e inequitativo a una inversión extranjera sin tener que actuar necesariamente de mala fe²³⁰.

Volviendo al carácter evolutivo del estándar, el tribunal en *ADF* enunció que, lo que proyecta el derecho internacional consuetudinario no es una fotografía estática del estándar mínimo de tratamiento de los extranjeros, como se reconocía en 1927, cuando fue presentado el laudo del caso *Neer*, sino que hay un constante proceso de desarrollo evolutivo de dicho estándar²³¹.

Por otro lado, el tribunal en el caso *Waste Management* llegó hasta el punto de señalar que los casos anteriores podían ser sintetizados en un estándar mínimo general de trato justo y equitativo, donde parecerían intercambiables los conceptos de estándar, de trato justo y equitativo y, el estándar mínimo internacional.²³²

Continuando con el tratamiento jurisprudencial, pero esta vez apartándose del criterio antes mencionado, el tribunal en el caso *Thunderbird v Mexico*, se apartó del estándar sintetizado, retornando al uso explícito del estándar mínimo internacional como un mecanismo restrictivo de la extensión del estándar de trato justo y equitativo²³³. Así, revirtiendo a un concepto que, tomando en consideración el contexto del caso, para que existiese una violación del estándar tendría que existir una conducta que constituya una

²²⁸ Idem p. 38

²²⁹ *Waste Management, Inc v Mexico (No. 2)*, Award, 30 April 2004 (ICSID Case No. ARB (AF)/00/3), 43 ILM 967(2004) (“*Waste Management II*”) párrafo 93, En: THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. ob. cit., p. 269. “Both the *Mondev* and *ADF* tribunals rejected any suggestion that the standard of treatment of a foreign investment set by NAFTA is confined to the kind of outrageous treatment referred to in the *Neer* case, i.e. to treatment amounting 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.”

²³⁰ *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (NAFTA). Final Award, 11 October 2002 at para 116. En: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf>

²³¹ *ADF Group Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA) -Award, 9 January 2003. En: http://ita.law.uvic.ca/documents/ADF-award_000.pdf

²³² MUCHLINSKI, ob.cit., p. 42

²³³ *International Thunderbird Gaming Corporation v Mexico* NAFTA Arbitration under UNCITRAL Rules Award of 26 January 2006. En: MUCHLINSKI ob. cit., p. 43

grave denegación de justicia o una manifiesta arbitrariedad que estuviese por debajo de un estándar aceptable a nivel internacional²³⁴.

Fuera del contexto del TLCAN también ha habido tribunales que han considerado el rol que juega el estándar mínimo internacional, en la evolución del estándar de trato justo y equitativo. Uno de estos, es el caso *Genin v Estonia*, donde el tribunal estableció que:

“A pesar que el contenido exacto del estándar (trato justo y equitativo) no es claro, el Tribunal reconoce que este requiere de un estándar mínimo internacional, separado de la legislación domestica, pero, de todas maneras, es un estándar mínimo. Las acciones que violarían este estándar serían aquellas que presentaran un abandono deliberado de los deberes de actuación, una insuficiencia en la actuación que estuviese por debajo de los estándares internacionales, o incluso mala fe subjetiva”²³⁵.

En este caso el tribunal, no solo hace una alusión especial considerando que el estándar mínimo internacional constituye un estándar mínimo, sino que además, sugiere que la mala fe pueda ser un elemento a considerar, cuestión que en decisiones anteriores había sido claramente descartado como un elemento determinante a considerar.

En el caso *Azurix v Argentina*, controversia suscitada luego de la crisis financiera Argentina del año 2002, el Tribunal sostuvo, que el estándar de trato justo y equitativo debía ser interpretado en concordancia con el estándar de derecho internacional consuetudinario, pero que éste habría evolucionado desde el caso *Neer*, además, que no era necesaria demostrar mala fe²³⁶. El mismo tribunal, en una lectura más extensiva del estándar mínimo internacional sostuvo que:

²³⁴ Ídem, párrafo 194. En: MUCHLINSKI, ob. cit., p. 44

²³⁵ Traducción libre de los autores, las formulación exacta del Tribunal fue la siguiente: “*While the exact content of this standard is not clear, the Tribunal understands it to require an “international minimum standard” that is separate from domestic law, but that is, indeed, a minimum standard. Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a willful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith. Genin and others v. Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2 (United States/Estonia BIT). -Award, 25 June 2001 at para 367. En: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Genin-Award.pdf>*

²³⁶ MUCHLINSKI, ob. cit., p.51

“Los niveles de conducta convenidos por las partes en un TBI presuponen una disposición favorable a la inversión extranjera; es más, una conducta pro-activa del Estado para fomentarla y protegerla. Fomentar y proteger la inversión es la finalidad del TBI. No sería compatible con esa finalidad y las expectativas creadas por dicho documento, considerar que una de las partes en el TBI ha incumplido la obligación de otorgar un trato justo y equitativo sólo cuando su conducta sea de mala fe o pueda calificarse como ultrajante o desmesurada”²³⁷.

En este caso, hay un reconocimiento de que la conducta debe estar por debajo de un estándar internacional para atender contra el estándar, pero explicita que éste no es aquel del caso *Neer*, haciendo una lectura que pareciera buscar una respuesta en las expectativas generadas por las intenciones propuestas en el preámbulo del Tratado. Podemos observar como se aparta del criterio de los Tribunales del TLCAN, en que la evolución del estándar mínimo internacional no considera el mismo umbral que en el caso *Neer*, pero desde una perspectiva actual, sino que derechamente se ha apartado de éste.

Al parecer la lectura más extensiva de la relación entre el estándar de trato justo y equitativo y el derecho internacional se produjo en el caso *Enron v Argentina*, donde el tribunal consideró que la obligación podría encontrarse en los principios generales de derecho. Esto parecería ser una lectura excesivamente amplia del rol de los principios generales de derecho, para desarrollar un concepto autónomo de trato justo y equitativo bajo el enfoque de las expectativas legítimas²³⁸. Cuestión que será tratada en profundidad más adelante.

Los casos hasta ahora mencionados, sugieren que la obligación de otorgar trato justo y equitativo propio de los distintos instrumentos internacionales de protección de inversiones no difiere de la obligación de tratar a la inversión de acuerdo al estándar mínimo internacional propio del derecho internacional consuetudinario. Dos han sido los elementos más importantes que han surgido de éste estándar, el principio de no denegación de justicia y de debido proceso, lo que requiere evitar la arbitrariedad. Sin

²³⁷ *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 (US/Argentina BIT).

-Award, 14 July 2006 párrafo 372. En: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurixlaudo.pdf>

²³⁸ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 52

embargo, en casos como *Waste Management*²³⁹, se ha desarrollado un sobre extensivo estándar de revisión, que incluye adicionalmente, cualquier tipo de conducta regulatoria que pueda ser descrita como, arbitraria, desmesurada, injusta, o que sea discriminatoria y que exponga al demandante a algún tipo de prejuicio racial, o que involucre una completa falta de transparencia y franqueza en cualquier proceso administrativo. Junto a esto, ciertos laudos han sugerido que el estándar mínimo internacional incorpora la obligación de proteger las expectativas legítimas de los inversionistas.²⁴⁰

b. Aplicaciones específicas:

Expusimos acerca del debate que existe entre quienes consideran que el estándar de trato justo y equitativo es un reflejo del estándar mínimo internacional, como aquel contenido en el derecho internacional consuetudinario, y aquellos que consideran que es un estándar autónomo adicional al derecho internacional general.

A diferencia de lo expresado por las prácticas de los tribunales del TLCAN, otros tribunales arbitrales han interpretado las provisiones relevantes de los TBI de manera autónoma haciendo referencia a la construcción particular de cada cláusula²⁴¹. En este sentido, el tribunal en *Azurix v Argentina*, al interpretar la cláusula del respectivo TBI estableció que:

“Por su redacción, la cláusula permite interpretar las expresiones trato justo y equitativo y plena protección y seguridad como niveles más elevados que los exigidos por el derecho internacional. La finalidad de la tercera frase es fijar un límite mínimo, no un límite máximo, a fin de evitar que estos niveles puedan interpretarse como inferiores a los exigidos por el derecho internacional”²⁴².

Asimismo, algunos tribunales operando fuera del contexto del TLCAN han indicado que la diferencia entre el estándar construido desde el tratado y el estándar mínimo

²³⁹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Number 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA) Final Award, 30 April 2004 párrafo 98. En: http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf

²⁴⁰ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 52

²⁴¹ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. p. 126

²⁴² *Azurix v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12 (US/Argentina BIT). Award, 14 July 2006. At para 361. En: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azurixlaudo.pdf>

consuetudinario, resulta más aparente que real al momento de aplicarlo a los hechos específicos del caso. Usualmente estos tribunales, no se refieren al término estándar mínimo, sino que hacen alusión simplemente al derecho consuetudinario. Así, su análisis comenzaría por el TBI, y en un segundo paso al derecho consuetudinario, concluyendo que ninguna diferencia existe para el caso particular que se presenta ante el tribunal²⁴³.

Ahora bien, expondremos el paso desde las conceptualizaciones macro a aquellas aplicaciones que le han dado los tribunales a distintas situaciones fácticas, como una manera de delinear los distintos principios que han sido reconocidos dentro de este estándar en la práctica arbitral. Así, hemos reconocido que en distintos laudos los elementos que han jugado un rol central, han sido, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, el debido proceso y el principio de buena fe. La mayoría de estos, no operan de manera aislada, pero para lograr un desarrollo sistemático los hemos separado de esta manera.

En una sección aparte nos enfocaremos en el desarrollo de las expectativas legítimas de los inversionistas, que requiere un tratamiento de mayor profundidad al ser un elemento articulador de una extensión del estándar que ha sobrepasado el derecho internacional consuetudinario al momento de ser considerado por diversos tribunales.

i. Cumplimiento de las obligaciones contractuales.

La mayoría de los países (incluyendo el nuestro) utilizan contratos de inversión extranjera como una forma de otorgar estabilidad y confianza al inversionista. En virtud del *pacta sunt servanda*, numerosos Tribunales han considerado este tipo de contratos como una fuente de expectativas para el inversionistas, por lo que un incumplimiento, podría implicar una infracción por parte del Estado de otorgar un trato justo y equitativo al inversionista extranjero.

Hacemos énfasis, en que podría haber una infracción, en atención a que la práctica arbitral no es uniforme en este sentido. Los diversos laudos dejan abierta la interrogante respecto de, si cualquier violación de una obligación contractual por parte del Estado receptor o de alguna de sus entidades, corresponde automáticamente a la

²⁴³ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. p.126

violación del estándar de trato justo y equitativo, o si se requiere del ejercicio de un acto de autoridad para infringirlo²⁴⁴.

Los tribunales en los casos *Mondev*²⁴⁵, *SGS v Philippines*²⁴⁶ y *Noble Ventura v Romania*²⁴⁷, consideraron que la protección que otorgaba el estándar de trato justo y equitativo suponía la obligación de observar las obligaciones contractuales.

A su vez, otros Tribunales han seguido la postura más restrictiva, donde un simple incumplimiento de un contrato no significaría que automáticamente se ha efectuado una violación del estándar de trato justo y equitativo. De todas maneras, un incumplimiento contractual realizado a través de una prerrogativa soberana de parte del Estado, daría lugar a una violación del estándar²⁴⁸.

En *Consortium v Morocco*²⁴⁹, la disputa surge de un contrato de construcción de una autopista. El Tribunal señaló que sólo las medidas tomadas por Marruecos, en su calidad de Estado Soberano eran capaces de generar un incumplimiento de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión extranjera.

En el caso *Waste Management*²⁵⁰, el Tribunal consideró que la falta de pagos realizados por la Municipalidad, no constituía una violación del estándar, ya que esto no se concibe como un rechazo injustificado de la transacción, ya que existiría, alguna forma de enfocar el problema por parte del afectado.

En definitiva, la jurisprudencia no es pacífica en este asunto, más aun, si consideramos que también existe discusión respecto a qué debe considerarse un acto de autoridad o de gobierno.

²⁴⁴ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. pp.141-142

²⁴⁵ *Mondev v USA*, Award, 11, October 2002, 42 ILM (2003) 85, párrafo 134. En : DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit., p141

²⁴⁶ *SGS v Philippines*, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 8 ICSID Reports 518. En: Idem, p. 141

²⁴⁷ *Noble Ventura v Romania*, Award, 12 October 2005. En: ib idem., p 141.

²⁴⁸ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. p 141.

²⁴⁹ *RFCC v Morocco*, Award, 22 December 2003, 20 ICSID Review-FILJ (2005) 391.

²⁵⁰ *Waste Management v Mexico*, Final Award, 30 April 2004, 43 ILM (2004) 967, párrafo 115. En: DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit., p.142.

ii. Debido proceso

El acceso a un debido proceso es un requisito elemental del Estado de Derecho y, un requerimiento esencial para satisfacer la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión. Este derecho no solamente puede verse afectado en las cortes sino también por actuaciones legislativas o administrativas.

Recordando el TLC entre Chile y Estados Unidos, específicamente en su artículo 10.4, se explicita que 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”²⁵¹

La misma formulación es reconocida por los tribunales del TLCAN, donde por ejemplo, en *Metalclad v México*²⁵², una municipalidad que convocó a un gran consejo municipal para evaluar una construcción que quería realizar esta empresa, no le concedió el permiso de construcción, pese a que ésta no tuvo noticia ni la oportunidad de asistir para exponer su punto de vista, lo que constituyó una violación del estándar. Más específicamente, el Tribunal determinó que la negativa a escuchar al inversionista atentaba contra el debido proceso²⁵³.

En *Middle East Cement v Egipto*²⁵⁴, por la incautación y remate de un barco, realizados sin la debida notificación, el Tribunal consideró que la actuación del Estado en los procedimientos no estaban a la altura de los requisitos del estándar de trato justo y equitativo.

En *Tecmed v México*²⁵⁵, por la revocación de una licencia, para explotar un relleno sanitario, el Tribunal consideró que la autoridad ambiental al dejar de notificar al demandante, le habría negado la posibilidad de presentar sus alegatos, por lo que el estándar habría sido violado.

²⁵¹ TLC Chile-Estados Unidos. Artículo 10.4. En: http://rc.direcon.cl/sites/rc.direcon.cl/files/bibliotecas/EU_Inversiones_0104.pdf

²⁵² *Metalclad Corp. v Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 209.

²⁵³ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. p. 143.

²⁵⁴ *Middle East Cement v Egypt*, Award, 12 April 2002, 18 ICSID Review-FILJ (2003) 602.

²⁵⁵ *TECMED v Mexico*, Award, 29 May 2003, 43 ILM (2004) 133.

Finalmente, en *Loewen v Estados Unidos*²⁵⁶, caso que involucraba los procedimientos de una corte en el Estado de Mississippi contra un ciudadano Canadiense. En el juicio hubo graves faltas respecto al debido proceso, ya que el inversionista sufrió de discriminación por su nacionalidad, que en opinión del Tribunal fue de tal magnitud la defectuosa conducta de la corte, que constituía abiertamente una denegación de justicia.

iii. Buena Fe

Es un principio esencial del Derecho Internacional en general, y de la Inversión Extranjera en particular. Tribunales Arbitrales han confirmado que la buena fe es inherente al concepto de trato justo y equitativo²⁵⁷.

En el caso *Tecmed*²⁵⁸, el tribunal consideró que el compromiso de brindar un trato justo y equitativo es una expresión y, además una parte del principio de *bona fides* reconocido por el derecho internacional.

En *Saluka v Czech Republic*²⁵⁹, le otorgó un rol central al principio de buena fe al describir el trato justo y equitativo, considerando que cualquier inversionista podría esperar que la implementación de la normativa fuese de buena fe, razonablemente justificada en base a políticas públicas por parte del Estado.

Sin embargo, los fallos más recientes han expresado que no es necesario que el Estado este actuando de mala fe para poder señalar que está violando la obligación de brindarle un trato justo y equitativo a la inversión. En este sentido, el tribunal en el caso *Mondev v Estados Unidos*²⁶⁰, señaló que un Estado puede tratar a un inversionista de manera injusta e inequitativa sin que necesariamente este actuando de mala fe. En *Tecmed*²⁶¹, el tribunal luego de la mencionada descripción, hizo referencia al caso

²⁵⁶ *Loewen v USA*, Award, 26 June 2003, 42 ILM (2003) 811.

²⁵⁷ DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. pp. 145-146.

²⁵⁸ *Tecmed v Mexico*, Award 29 May 2003, ILM (2004)133.

²⁵⁹ *Saluka v Czech Republic*, Partial Award, 17 March 2006.

²⁶⁰ *Mondev v USA* Ibid.

²⁶¹ *Tecmed v Mexico*, Award 29 May 2003, ILM (2004)133, párrafo 153.

Mondev, para enfatizar que la mala fe por parte del Estado no era requerida para la existencia de una violación.

Finalmente, el laudo de *Occidental v Ecuador*²⁶², estableció que en el contexto de transparencia y consistencia como parte del trato justo y equitativo, eran requisitos objetivos que no dependían de la buena fe del Estado.

A pesar, que la mala fe no es un requisito esencial para encontrar una violación del estándar, la prueba de la misma incorporará un elemento significativo para determinar que existe evidencia de que el estándar ha sido infringido²⁶³.

En contrapartida, se ha señalado que la prueba de una conducta de buena fe pueda evidenciar que se ha dado cumplimiento al estándar²⁶⁴.

Consideramos que el criterio recientemente adoptado por los Tribunales es correcto, dada la facilidad que dispone un Estado para probar la buena fe al momento de dictar una ley o de ejecutar un acto administrativo, por lo demás sería una carga excesiva para el inversionista, probar una violación del estándar.

7. Construcción desde la óptica de la Expectativa Legítima del inversionista.

El concepto de expectativas legítimas ha desempeñado un rol preponderante dentro del estándar de trato justo y equitativo. Ha sido uno de los factores más controvertidos dentro de la práctica arbitral, en el sentido, de otorgar una sobre protección al inversionista en contrapartida a la facultad soberana del Estado receptor, de modificar o adecuar su legislación nacional, acorde a las perspectivas y metas de desarrollo.

El tribunal en *Saluka*²⁶⁵, estableció que el estándar de trato justo y equitativo está íntimamente ligado a la noción de expectativas legítimas, que es el elemento dominante del estándar.

²⁶² *Occidental v Ecuador*, Award, 1 July 2004, 12 ICSID Reports 59, párrafo 186.

²⁶³ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 68

²⁶⁴ *Gami v Mexico* UNCITRAL, Final Award, 15 November 2004, párrafo 59.

²⁶⁵ *Saluka v Czech Republic*. UNCITRAL Rules, Partial Award, March 17 2006, párrafo 302.

La aplicación de este concepto, sin la exigencia de una calificación adicional o de una garantía explícita, puede resultar en una sobre extensiva interpretación que incline de una manera desmedida el enfoque hacia el inversionista, sin tener en cuenta el balance que debe existir con el Estado receptor. Otro factor de peligro, desde esa perspectiva se refiere a que las expectativas legítimas protegerían no sólo derechos de propiedad sino que meros intereses que tiene un estatus más bajo.²⁶⁶ Asimismo, la combinación de una interpretación extensiva del estándar de trato justo y equitativo en conjunto con las expectativas legítimas podría llegar a producir un *status quo*, que va más allá de las expectativas que tuvo el Estado parte al momento de concluir el TBI.²⁶⁷

Presentaremos éste concepto separándolo en dos categorías; primero, aquellos casos que lo han asimilado al estándar de trato justo y equitativo, para luego, presentar aquellos en que se han presentados ciertos requisitos (calificación adicional) para aceptar la construcción del concepto.

Hacemos presente que dichos requisitos están ligados a los conceptos de estabilidad y transparencia que han utilizado diversos tribunales para establecer los parámetros en el que debe operar.

a. Expectativas legítimas como Trato Justo y Equitativo.

Desde esta perspectiva los tribunales han establecido en la descripción de la provisión de trato justo y equitativo que ésta contiene una serie de derechos dentro de los que se encontrarían las expectativas legítimas, sin que fuese necesario un factor adicional para configurar estas últimas. La posición más recurrente en este sentido la encontramos en *Tecmed v Mexico*²⁶⁸, en que el tribunal haciendo una descripción de la disposición de trato justo y equitativo estableció que ésta:

“exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el

²⁶⁶ MONTT, ob. cit. p. 359

²⁶⁷ Idem, p. 359

²⁶⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Spain/Mexico BIT). En: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>

inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes... El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación”²⁶⁹

Este caso presenta una lista de exigencias bastante altas, entre las que reconoce que el Estado deberá conducirse de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente. A su vez, establece la carga de tener que asegurarse que el inversionista deba saber con anticipación las normas reglamentarias en conjunto con las políticas perseguidas por dichas normas. Adicionalmente, el Estado debe actuar de manera consistente o no contradictoria, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió.

Este laudo, establece que las expectativas que merecen protección, son aquellas que tengan el carácter de básicas. En el contexto del TLCAN, los tribunales han establecido que las expectativas deben ser razonables y justificables²⁷⁰, mientras que otros tribunales consideran que deben ser legítimas y razonables²⁷¹. Asimismo, el tribunal en el caso *Saluka*²⁷², estableció dos parámetros importantes de delimitación del concepto.

²⁶⁹ Ibid en párrafo 154.

²⁷⁰ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 55

²⁷¹ MONTT. ob. cit. p. 360

²⁷² *Saluka v Czech Republic*. UNCITRAL Rules, Partial Award, March 17 2006, párrafo 304.

Primero, que el ámbito de protección de la inversión extranjera contra el trato injusto e inequitativo, no podría ser determinado exclusivamente por las motivaciones subjetivas y consideraciones del inversionista y, segundo, que las expectativas debían alcanzar el nivel de legitimidad y razonabilidad a la luz de las circunstancias del caso.

Nos parece esencial analizar la conceptualización de los dos elementos que conforman el tipo de expectativa que merece protección. Por un lado, tenemos que las expectativas no pueden formarse de manera unilateral por parte del inversionista. Por lo que dichas expectativas deben provenir de las condiciones ofrecidas por el Estado receptor al momento de efectuarse la inversión, y que el inversionista haya considerado esas condiciones al momento de efectuar la inversión.²⁷³ Por otro, dichas expectativas deben ser razonables y legítimas para recibir protección.²⁷⁴

En este sentido, el profesor Montt señala, que a pesar de lo positivo que resulta la inclusión de estos factores de delimitación, conceptualmente hablando, no mucho se ha logrado al introducirlos. Para poder evaluar realmente el grado de protección de las expectativas legítimas, debería distinguirse, las situaciones en que el inversionista ha recibido garantías o declaraciones específicas, de aquellos que no han recibido alguna.²⁷⁵ Junto con esto, reconoce los siguientes requisitos para que exista protección de aquellas expectativas que nacen de la asunción que hace el inversionista de las declaraciones o manifestaciones emanadas del Estado; primero, las declaraciones deben ser legales, o por lo menos no ser *contra legem*, y además, deben provenir del funcionario competente actuando dentro de su jurisdicción; segundo, la declaración debe ser específica, precisa, sin ambigüedades y sin condiciones; tercero, no debe haber sido emitidas sobre la base de información errónea o incompleta otorgada por el beneficiario de la declaración; y, cuarto, deben ser de mayor importancia que el interés público, en el caso particular.²⁷⁶

En una posición radicalmente opuesta, existen decisiones arbitrales que consideran que la transparencia y las expectativas legítimas de los inversionistas están protegidas incluso sin la existencia de una cláusula de trato justo y equitativo. En *SPP v Egipto*, el tribunal consideró que a pesar que determinados actos fuesen inexistentes o

²⁷³ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 55

²⁷⁴ MONTT, ob. cit. pp. 359-360

²⁷⁵ Ibid. p. 360.

²⁷⁶ Ibid. p. 364

nulos para la legislación Egipcia, estos fueron realizados por la más alta autoridad administrativa y generaron expectativas protegidas por los principios del derecho internacional.²⁷⁷ De un mismo modo, el tribunal en *Metalclad*²⁷⁸ no consideró la legalidad del permiso municipal requerido para el inversionista de acuerdo al derecho público mexicano y estableció que las garantías otorgadas por el gobierno federal, tomando en consideración que dicho permiso no sería necesario, pese a que la legislación municipal lo requería, habría creado una expectativa protegida por el tratado.²⁷⁹

Poniendo énfasis en las declaraciones *contra legem*, el profesor Montt señala, que si las expectativas son permitidas *contra legem*, los oficiales públicos tendrán la capacidad de derogar constituciones y estatutos a través del otorgamiento de una garantía informal, que incluso puede ser oral.

Los otros requisitos serán evaluados en la siguiente sección, en que evaluaremos las expectativas legítimas sujetas a condiciones específicas que delimitan el ámbito de la protección.

b. Expectativas Legítimas sujeto a Condiciones

Como una forma de evitar una lectura excesivamente amplia del concepto abstracto de expectativas legítimas dentro del estándar de trato justo y equitativo, diversos laudos han identificado ciertos factores que delimitan el ámbito de dichas expectativas. A continuación analizaremos dichas condiciones, que se circunscriben a la necesidad de otorgamiento de garantías o declaraciones específicas más que a la dependencia o confianza que se pueda asumir de declaraciones generales realizadas por una entidad gubernamental.

i. Garantías Específicas.

²⁷⁷ *SPP v Egypt*, Award and Dissenting Opinion, 20 May 1992, 3 ICSID Reports 189. At para 82, 83. En: DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit. p 135.

²⁷⁸ *Metalclad Corp. v Mexico*, Award, 30 August 2000, 5 ICSID. Reports 209.

²⁷⁹ *Ibíd.*, párrafo 89. En: MONTT. ob. cit. p. 364

La necesidad de mantener un equilibrio entre las expectativas legítimas y el legítimo actuar del Estado, fue presentado en el caso *Methanex v Estados Unidos*²⁸⁰, donde el tribunal dio particular importancia al hecho que Methanex no había recibido declaración alguna por parte de Estados Unidos, que lo llevase razonablemente a concluir que ningún cambio en la legislación ocurriría. Más aún, determinó que dicha empresa habría entrado conscientemente a un ámbito de la economía que se caracterizaba por el constante monitoreo y modificación de las reglas del uso de ciertos componentes por razones de salud o medioambientales.

Por lo expuesto, la estabilidad del entorno jurídico, no implicaría su inmutabilidad, sino que estaría determinado por las condiciones que ofrecería al inversionista al momento que éste realice su inversión. Dicho entorno está compuesto de diversas circunstancias, que no solo incluyen aquellas en las que se circunscribe la inversión. En el laudo de *Duke v Ecuador*²⁸¹, el tribunal estableció que:

“La estabilidad del entorno jurídico y económico está directamente vinculada a las expectativas justificadas del inversionista. El Tribunal reconoce el hecho de que esas expectativas constituyen un elemento importante del concepto de trato justo y equitativo. Al mismo tiempo, tiene presentes sus limitaciones. Para que puedan gozar de protección, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables en el momento en que el inversionista efectúa la inversión. Para evaluar esa razonabilidad o legitimidad, deben tenerse en cuenta todas las circunstancias incluyendo no sólo los hechos que rodean a la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas imperantes en el Estado receptor. Además, esas expectativas deben surgir de las condiciones que el Estado haya ofrecido al inversionista y, este último, debe haberse basado en ellas al decidir la realización de la inversión.”²⁸²

Junto con hacer alusión a la importancia de las declaraciones o garantías específicas ofrecidas por el Estado, este laudo incorpora un elemento de

²⁸⁰ *Methanex v United States* Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, En: MUCHLINKI, ob cit., pp. 56-57

²⁸¹ *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19 (US/Ecuador BIT). Award, 18 August 2008.
http://ita.law.uvic.ca/documents/DukeEcuadorAwardSpanish_001.pdf

²⁸² Ibid. párrafo 340

contextualización de la determinación de cuando un inversionista puede depender de las declaraciones realizadas por las autoridades de un país²⁸³.

ii. Conocimiento del marco regulatorio.

El Estado receptor tiene el derecho de determinar su marco legal y económico, sujeto al cumplimiento del estándar mínimo internacional. Al mismo tiempo, al inversionista se le ha reconocido el interés que tiene en la planificación sujeta a la estabilidad de las reglas que existían al momento de realizar la inversión. Dicho interés requiere que un inversionista prudente examine cuidadosamente la respectiva legislación antes de efectuar una inversión. Por otro lado, requiere que el Estado este consciente que su ordenamiento jurídico constituye la base sobre la que se construirá las expectativas de dicho inversionista.

En el mencionado caso *Methanex*, el tribunal señaló la relevancia de la exigencia que recaía sobre el inversionista de tener un conocimiento general respecto del entorno jurídico en el que operaban como una condición para la aplicación de las expectativas legítimas.²⁸⁴

En el caso *MTD v Chile*²⁸⁵, el tribunal accedió a la demanda de un inversionista Malasio, considerando que el Estado había violado el estándar de trato justo y equitativo, al momento en que el Comité de Inversiones Extranjeras erróneamente autorizó un proyecto de desarrollo inmobiliario que era incompatible con las disposiciones de planificación urbana. A mayor abundamiento, el Tribunal señaló que la inconsistencia en el accionar de dos ramas de un mismo gobierno frente al mismo inversionista, era el fundamento para una violación al trato justo y equitativo. A su vez, consideró que era un deber del inversionista informarse sobre las leyes y regulaciones del Estado receptor, en principio:

“Chile tiene también la obligación de actuar de manera coherente y aplicar sus políticas consistentemente, independiente de cuan diligente sea el inversionista.

²⁸³ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 57

²⁸⁴ Idem. p. 57

²⁸⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (Malaysia/Chile BIT).

Bajo la perspectiva del derecho internacional, el Estado de Chile debe ser considerado por el Tribunal como una unidad.”²⁸⁶

Más adelante en el laudo, el tribunal redujo en un 50% la indemnización otorgada al inversionista, basándose en el deber del inversionista de haber realizado una evaluación independiente de la situación legal, en vez de haber confiado en las aseveraciones infundadas del dueño del terreno²⁸⁷.

Esto ejemplifica la falta de consistencia de algunos tribunales, al momento de fundamentar sus fallos. Consideramos que gran parte de este déficit corresponde precisamente a la amplitud con la que es construido el estándar, donde a falta de parámetros claros puede llegarse a soluciones injustificadas.

Desde otra perspectiva, podría criticarse la evolución de las expectativas legítimas, en razón, que el concepto no debiese ser aplicado cuando exista un acuerdo contractual entre las partes. Los derechos contractuales y los intereses debiesen estar protegidos por el marco contractual, y no por las disposiciones del principio de derecho internacional de las inversiones de expectativas legítimas. Las garantías específicas debiesen ser evaluadas en el contexto contractual, y su violación, deben ser entendidas como una potencial violación del contrato o del derecho doméstico. Es por esto, que resulta complejo comprender, como el tribunal en *MTD*, pudo concluir que no hubo una contravención al contrato, pero que las expectativas emanadas de dicho contrato han sido frustradas.²⁸⁸

iii. Cambio normativo para adecuarse a una inversión.

Los requisitos de consistencia y transparencia han sido destacados, como elementos relacionados con las expectativas legítimas. Transparencia significa que el entorno jurídico para las operaciones del inversionista es fácilmente reconocible y, que las

²⁸⁶ Ibid párrafo 165.

²⁸⁷ Ibid párrafos 244-246.

²⁸⁸ MONTT, ob. cit., p. 363

decisiones realizadas por el inversionista pueden ser encontradas dentro de ese entorno jurídico.²⁸⁹

El tribunal en el caso *LG&E v Argentina*²⁹⁰, describió los requisitos de transparencia y consistencia en los siguientes términos:

“Así, este Tribunal, habiendo considerado, como antes se afirmó, todas las fuentes del Derecho internacional, entiende que el estándar del trato justo y equitativo consiste en la conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado receptor que conlleva la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad de su sistema jurídico, elemento necesario para cumplir las justas expectativas del inversionista extranjero.”²⁹¹

La estabilidad requerida no supone la obligación del Estado receptor de modificar su marco normativo para beneficiar o adecuarse a la inversión. El entorno jurídico al que debe adecuarse el inversionista es a aquel existente al momento de realizar su inversión, en conjunto con aquellas garantías explícitas recibidas por los funcionarios competentes actuando dentro de su jurisdicción. Las circunstancias en que se desarrolla la determinada actividad del inversionista determinará el mayor o menor grado de modificación en la normativa, como fue ilustrado anteriormente por los tribunales en *Methanex* y *Duke*.

En el caso *MTD v Chile*, el demandante arguyó que a través de la Cláusula de la Nación más Favorecida, debería aplicarse el artículo 3(2) del Tratado Bilateral de Inversiones entre Chile y Croacia²⁹². Para el demandante este artículo obligaría al Estado, una vez que la inversión fuese aprobada, a otorgar todos los permisos necesarios de acuerdo a las normas y regulaciones. Para hacerlo efectivo, el estado habría tenido que

²⁸⁹ UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, *Fair and Equitable Treatment* (1999) p. 51.

²⁹⁰ *LG&E v Argentina*, Decision on Liability, 3 October 2006. En DOLZER p. 139

²⁹¹ *Ibid* en párrafo. 131.

²⁹² (Original en Inglés) *Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of the Republic of Croatia on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments. Article 3 (2): “When a Contracting Party have admitted an investment in its territory, it shall grant the necessary permits in accordance with its laws and regulations. Each Contracting Party shall, whenever needed, endeavour to issue the necessary authorisations concerning the activities of consultants and other qualified persons of foreign nationality.”*

modificar la regulación que hacía incompatible el otorgamiento de los permisos. El tribunal en este caso desechó la lectura extensiva de la protección otorgada por el Acuerdo, señalando que dicha provisión no otorgaba el derecho al inversionista a exigir el cambio del marco normativo del país en que decide invertir. Lo único que debe esperar el inversionista es que se haga una aplicación correcta de la ley.²⁹³

Los requisitos de las expectativas legítimas no pueden entenderse como una condición para poder modificar las leyes que no se adecúen a los intereses del inversionista. En este caso, la controversia no versaba sobre el contenido de la ley sino sobre la aplicación de la misma. El hecho de que el Estado de Chile haya aprobado la inversión, que fuese contraria a los planes de desarrollo urbano, constituía la violación al estándar de trato justo y equitativo, no el hecho del contenido mismo de dichos planes.²⁹⁴

iv. Balance de las expectativas del inversionista y las modificaciones regulatorias.

Un número importante de laudos han hecho una importante calificación del principio de las expectativas legítimas requiriendo que se realice un equilibrio entre las expectativas del inversionista y las metas de la regulación del Estado receptor.

En este sentido el tribunal en *Saluka v República Checa*²⁹⁵, analizó el proceso de ponderación en una demanda que involucraba la infracción de las expectativas legítimas. El tribunal señaló, que la protección de las inversiones extranjeras no era el único objetivo del Tratado, sino que más bien lo consideraba un elemento necesario en conjunto con el objetivo central de fomentar la inversión, y extender e intensificar las relaciones económicas entre las partes²⁹⁶. Así, entendemos que al hacer una interpretación de las provisiones substantivas del tratado, debe buscarse ser conducente con el objetivo general del mismo, buscando un equilibrio entre los intereses en juego.

²⁹³ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (Malaysia/Chile BIT). Para 205. En: MUCHLINSKI, ob. cit., p. 58.

²⁹⁴ MUCHLINSKI, ob. cit., p. 58

²⁹⁵ *Saluka v Czech Republic*. UNCITRAL Rules, Partial Award, March 17 2006.

²⁹⁶ *Ibid.* párrafo 300

Siguiendo en la interpretación del trato justo y equitativo el tribunal estableció un piso mínimo desde el cual debía entenderse el deber del Estado receptor. Así, el estándar debe ser entendido en el sentido de otorgar un tratamiento que, si no es propiamente proactivo en el estímulo de flujos de capital extranjero, al menos no desaliente el flujo de capital extranjero a través de desincentivos a los inversionistas extranjeros²⁹⁷.

Por lo pronto debemos señalar, como en otras ocasiones, que está no es una posición unánime. Según la opinión del Juez Schwebel, el tribunal en el caso *MTD* señaló que el trato justo y equitativo estaba enmarcado en un acuerdo elaborado en términos proactivos (promoverá y creará), más que en prescripciones de carácter pasivo en la conducta del Estado hacia evitar un trato perjudicial contra el inversionista²⁹⁸.

Volviendo al caso *Saluka*, el tribunal incorporó la variable de las circunstancias, al analizar la legitimidad y razonabilidad de las medidas para llegar a una interpretación ponderada. Asimismo expuso que, ningún inversionista puede razonablemente esperar que las circunstancias prevacientes al momento de efectuarse la inversión permanezcan inalteradas, por lo que para determinar si la frustración de las expectativas de un inversionista fueron justificadas y razonables, hay que tomar en cuenta el legítimo derecho del Estado de regular su ordenamiento interno conducente con el interés público.

Para llegar a la determinación de la violación de la provisión, se requiere sopesar por un lado las expectativas legítimas de un inversionista y, el legítimo interés regulatorio del Estado por otro.²⁹⁹

Esta aproximación ponderada también ha sido presentada en casos más recientes. En *Parkering-Compagniet v Lituania*, el tribunal estableció que el Estado receptor tenía el derecho de promulgar, enmendar o cancelar una ley, en la medida que no estuviera actuando de manera injusta, no razonable o inequitativamente en el ejercicio de sus poderes legislativos. Por otro lado, el inversionista tendrá derecho a la protección de sus expectativas legítimas, en la medida que haya empleado una diligencia debida y que éstas sean razonables a la luz de las circunstancias. Consecuentemente, un

²⁹⁷ Ibid. párrafo 301

²⁹⁸ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (Malaysia/Chile BIT). At para 113. En: DOLZER, Rudolph and SCHREUER, Cristoph. ob. cit., p.131

²⁹⁹ *Saluka v Czech Republic*. UNCITRAL Rules, Partial Award, March 17 2006, párrafos 305-306.

inversionista debe anticipar que las circunstancias pueden cambiar, y por lo tanto, también tendría que hacerlo la estructura de su inversión para poder adaptarse a los cambios potenciales del entorno jurídico.³⁰⁰

En este caso al no haber habido garantías específicas por parte del Estado, en el sentido que la legislación se mantendría sin cambios, se desechó la demanda del inversionista. Sin embargo, en la interpretación de la cláusula se hizo presente la ponderación entre la legitimidad de la expectativa frente al derecho del Estado de modificar su legislación.

8. Rol del Inversionista.

Hemos analizado el estándar de trato justo y equitativo en general desde la óptica de la conducta del Estado receptor de la inversión, considerando los derechos que se le otorgan al inversionista. En esta sección nos centraremos en la relevancia de la conducta de los inversionistas en la delimitación del estándar.

Para hacer una revisión esquemática de la conducta nos referiremos en particular, a los deberes del inversionista que han sido aceptados dentro de la misma, los que dicen relación con la necesidad de evitar las conductas impropias, la razonable evaluación de los riesgos del Estado receptor y los deberes de conducir los negocios de una manera razonable.³⁰¹

Otras consideraciones que pueden ser tomadas en consideración al momento de establecer los parámetros para evaluar el nivel de diligencia que deben tener este tipo de inversionistas son las siguientes: primero, la relación que existe entre el riesgo de la inversión y las expectativas legítimas; y, segundo, la influencia creciente que ha tenido a nivel internacional la responsabilidad social empresarial.

Respecto a la primera, habremos de considerar que este tipo de inversiones presenta un alto grado de riesgo, con una alta tasa de retorno o utilidad por el capital

³⁰⁰ *Parking-Compagniet AS v Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8 (Lithuania-Norway BIT), Award, 11 September 2007, párrafos 330-333.

³⁰¹ MUCHLINSKI, Peter. *Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*. p. 528.

invertido. En consideración a la segunda, debemos mencionar la influencia que han adquirido instrumentos como las *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, que pueden ser utilizadas como un piso para evaluar cual debe ser la conducta esperada de un inversionista. Esto no quiere decir que la utilización de un parámetro internacional, vaya a excluir la posibilidad del Estado receptor de imponer un estándar más alto a través de sus normas domésticas.³⁰²

A continuación analizaremos los fallos dictados, teniendo en consideración la clasificación referente a los deberes de los inversionistas, antes mencionada.

a. Deber de evitar conductas impropias.

En ciertos casos en que se presentan conductas comerciales impropias, puede ocurrir que la terminación de la inversión sea justificada, como una respuesta proporcionada a la conducta impugnada. En el caso *Azinian v México*³⁰³, un grupo de inversionistas se adjudicó un contrato de recolección y tratamiento de basura, a través de la presentación de un plan de negocios en el que se omitía cierta información y en otra abiertamente se mentía. En este caso se demuestra que las declaraciones falsas pueden justificar la terminación de un contrato de inversión, en aquellos casos en que la legislación nacional los invalide a raíz de dicha declaración.

El deber de no actuar de una manera impropia puede llevar aparejada la obligación de comportarse de una manera completamente honesta y transparente al momento de tratar con las autoridades locales.³⁰⁴ En el caso *Genin v Estonia*³⁰⁵, el tribunal estableció que existía un deber por parte del inversionista de cooperar prudencialmente proporcionando información a los reguladores financieros. Aquí, los inversionistas no entregaron información clara respecto de la propiedad de las empresas controladoras. Lo que sugiere este caso, es de que los inversionistas deben tomar en cuenta el grado de sofisticación de las autoridades locales al momento de emprender un

³⁰² Ibid. pp. 528-536.

³⁰³ *Azinian, Davitian, & Baca v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2 (NAFTA). Award, 1 November 1999.

³⁰⁴ MUCHLINSKI, Peter. *Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard*. p. 540.

³⁰⁵ *Genin and others v. Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2 (United States/Estonia BIT). Award, 25 June 2001.

negocio en un particular Estado receptor. Cuando dicho país es como Estonia, en donde se estaba desarrollando un proceso de cambio y transición, esto puede requerir un grado más alto de franqueza y transparencia, que lo que puede esperarse en un país con un alto grado de desarrollo dentro de una economía de mercado³⁰⁶. Aquí, evidenciamos la relación que puede existir entre las características particulares de un Estado y la responsabilidad que le puede caber al inversionista en su conducta corporativa.

En otros casos los tribunales han rehusado admitir las demandas sobre la base de las conductas indebidas perpetradas por los inversionistas, para obtener contratos con entidades gubernamentales. En el caso *World Duty Free v Kenia*³⁰⁷, una demanda basada en el supuesto incumplimiento de un contrato de inversiones, fue declarada inadmisibile, sobre la base de que el contrato había sido adquirido a través de sobornos a los más altos niveles del gobierno. Similarmente en el caso *Inceysa Vallisoletana SL v El Salvador*³⁰⁸, el tribunal sostuvo que como el demandante obtuvo el contrato de concesión a través de un fraude, no tendría la protección del TBI, ya que para su aplicación se requería que la concesión haya sido otorgada de acuerdo con la legislación el Estado receptor. De este modo, el tribunal ICSID, carecía de jurisdicción para conocer la controversia.

b. Deber de realizar una razonable evaluación de los riesgos del Estado receptor.

Esta exigencia requiere al inversionista hacerse responsable del riesgo comercial normal asociado a su inversión, en lugar de buscar una suerte de seguro en las obligaciones asumidas por el Estado, emanadas del respectivo acuerdo de inversiones. El desarrollo de dicho principio se ha justificado al considerarse que los acuerdos

³⁰⁶ MUCHLINSKI, Peter. Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard. p. 541

³⁰⁷ *World Duty Free v Kenya* ICSID CASE No. ARB/00/7 Award of 4 October 2006. En MUCHLINSKI DRAFT p. 71

³⁰⁸ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26 (Spain/El Salvador BIT).Award, 2 August 2006. En: MUCHLINSKI, Peter, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements 2nd Edition: Draft Manuscript 2 April 2010. P 71.

internacionales de inversiones no son seguros frente a las malas decisiones de negocios³⁰⁹.

Una cuestión central de la discusión de este deber se refiere a la necesaria evaluación del riesgo de la inversión que tiene que estar presente desde el comienzo del proceso. En el caso *Waste Management v México*³¹⁰, el tribunal estableció que era evidente que el acuerdo no era comercialmente viable, tomando en consideración el menor número de clientes y los mayores costos incurridos. Ambas situaciones comerciales que corresponden al inversionista evaluar y asumir, sin que pueda atribuírsele responsabilidad al Estado por este tipo de decisiones.

En el caso *MTD v Chile*, el tribunal aceptó el argumento del Estado receptor, tomando en cuenta que éste no tenía que hacerse responsable por las pérdidas surgidas a raíz de decisiones de negocios imprudentes. El demandante debía hacerse responsable por haber seguido malos consejos y no haber tomado los resguardos necesarios en contra de las pérdidas que pudiesen haber surgido por las dificultades en la obtención de las autorizaciones de construcción. A pesar de que el Estado fue condenado, el tribunal consideró que parte del daño correspondía a la conducta negligente del propio inversionista, por lo que redujo la compensación en un 50%.³¹¹

Otro asunto que debe tomarse en consideración al momento de evaluar la viabilidad comercial de un proyecto es lo relativo al ambiente que existe en torno a las inversiones en un respectivo país. Este punto fue destacado en el caso *Olguín*³¹², donde

³⁰⁹ *Maffezini v Spain* Case No. ARB/97/7 award of 13 of Nov 2000: 16 ICSID Rev-FILJ 248 (2001) para 64. En: MUCHLINSKI, Peter. Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard. p. 542.

³¹⁰ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (Number 2), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3 (NAFTA). -Final Award, 30 April 2004. En: http://ita.law.uvic.ca/documents/laudo_ingles.pdf. párrafo 57: "Over time, and with a substantial input of resources, Acaverde built up its client base in the Concession area to approximately 5000 addresses, i.e., about 55% of the total; but it was generally forced to offer discounts in order to attract customers. It also provided considerably more personnel for public street sweeping and collection services than the minimum required by the Concession Agreement. It is clear that the arrangement was not commercially viable, taking into account both the lower than expected proportion of customers serviced and the additional costs incurred."

³¹¹ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7 (Malaysia/Chile BIT). At para 169-170 y 244-245. En: MUCHLINSKI, Peter. Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard. pp. 543-544.

³¹² *Olguín v. Paraguay*, ICSID Case No. ARB/98/5. (Peru/Paraguay BIT). Final Award, 26 July 2001. En: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Olguin-award-sp.pdf>.

el tribunal enfatizó que el inversionista no podía quejarse de la ineptitud y deficiencias del sistema legal Paraguayo y de sus diversas agencias estatales, para lograr una indemnización por pérdidas que a este le corresponde asumir. Así el tribunal señaló:

“Le resulta obvio a este Tribunal que existen serias deficiencias en el ordenamiento jurídico paraguayo y en el funcionamiento de varios órganos de ese Estado. No pretende dilucidar este Tribunal si esa situación es más grave en Paraguay que en otros países. Lo que sí es evidente es que el señor Olgún, un avezado hombre de negocios, con una trayectoria empresarial de muchos años y una experiencia adquirida en el mundo de los negocios de varios países, no ignoraba la situación del Paraguay. Él tuvo sus razones (que este Tribunal no pretende juzgar) para invertir en ese país, pero no es aceptable que pretenda que se le indemnice por las pérdidas que sufrió al realizar una inversión especulativa o, en el mejor de los casos, poco prudente.”³¹³

Destacamos que la calidad de este inversionista, como un avezado hombre de negocios, fue un elemento a considerar al momento de analizar el ejercicio de distribución de riesgos al momento de realizar la inversión. Al parecer la experiencia del inversionista en el ámbito de los negocios alrededor del mundo es un aspecto para determinar el grado de diligencia exigido respecto del conocimiento del ambiente general de la situación económica y normativa que afectarían sus inversiones.

c. Deber de conducir los negocios de una manera razonable.

Dentro de este deber de conducta, encontramos cinco obligaciones en que se han materializado en distintos laudos arbitrales. Primero, la obligación de asegurar la viabilidad económica de la inversión; segundo, la obligación de estar plenamente consciente e informado del ambiente regulatorio en la que ésta opera. Esto implica también estar al tanto de cualquier modificación regulatoria que pueda ocurrir a raíz de la manera en que la inversión sea conducida. En tercer lugar, la obligación de someterse a cualquier requisito regulatorio aplicable a la inversión. Relacionado con este punto y, en cuarto lugar, existe la obligación de contar con el apoyo profesional debido para actuar

³¹³ Ibíd. párrafo 65(b)

correctamente dentro del marco regulatorio. Finalmente, en ciertos casos, las controversias deben ser presentadas ante los entes nacionales respectivos para su solución.³¹⁴

³¹⁴ MUCHLINSKI, Peter. Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard. pp. 547-554.

VI. CAPÍTULO QUINTO: RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

1. Laudo arbitral como fuente auxiliar del derecho internacional.

Las fuentes del derecho internacional deben entenderse como la manifestación externa o constatación del derecho internacional y no su fundamento o las causas materiales que lo han originado.³¹⁵ Esta acepción formal nos permitirá obtener una aproximación precisa al asunto a tratar.

Actualmente el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es el único texto convencional de carácter general que realiza una enumeración de las fuentes del derecho internacional. Específicamente su artículo 38 señala:

“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 Artículo 59.

La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo convinieren.

La disposición transcrita enumera como fuentes: 1) las convenciones internacionales; 2) la costumbre internacional; 3) los principios generales de derecho; 4) las decisiones judiciales; 5) la doctrina de los publicistas de mayor competencias; y 6) la equidad (ex aequo et bono), si las partes así lo convinieren.

³¹⁵ VARGAS, ob. cit., p. 83

Además el artículo 59 del mismo Estatuto establece que:

“La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido.”

Esta disposición también es aplicada por los Tribunales Arbitrales del CIADI, que no están obligados a decidir de la misma forma que sus predecesores ante situaciones en las que se presenten características similares.

Para nuestro estudio adquiere relevancia el rol que desempeñan los laudos, entendidos como decisiones judiciales que sirven como medio de prueba de la costumbre, la cual es una fuente formal del derecho internacional. Por lo mismo, nos avocaremos exclusivamente al análisis de esta fuente auxiliar del derecho internacional.

La jurisprudencia en el derecho internacional ocupa un lugar intermedio entre el que le corresponde a las decisiones judiciales en los países anglosajones que aplican el *common law* y aquellos como los de Europa continental y América Latina que aplican un derecho escrito. Por una parte, los tribunales internacionales, contrariamente a los de los países del *common law*, no están obligados por las decisiones judiciales anteriores. Por otra parte, la jurisprudencia cumple una importante función en la formación y prueba de la costumbre que, en el derecho internacional es una de las principales fuentes, no así en los países de Europa continental y América Latina, donde la costumbre tiene un valor muy limitado. Pese a no ser una fuente formal de derecho internacional, la jurisprudencia constituye uno de los pilares fundamentales en el proceso de formación de la costumbre. Incluso puede ser invocada para interpretar el derecho existente, no sólo el consuetudinario, sino que también el convencional.³¹⁶

En este trabajo, hemos puesto énfasis en la jurisprudencia como prueba de la costumbre, dado que esta última, como fuente formal reviste una enorme importancia en las prácticas reconocidas por los Estados a nivel internacional.

³¹⁶ VARGAS, ob. cit., p.106.

Asimismo, la jurisprudencia, presenta dos características no excluyentes. Por un lado, otorga un grado de imprecisión respecto del contenido de diversas provisiones y, por otro, tiene la ventaja de tener la flexibilidad necesaria para evolucionar conjuntamente con la realidad internacional. Sin perjuicio de que la tendencia actual es materializar en convenciones generales, las prácticas y normas consuetudinarias, todavía importantes materias del derecho internacional público continúan rigiéndose exclusivamente por la costumbre internacional.³¹⁷

En este sentido, ha sido la jurisprudencia del CIADI, junto con otros Tribunales Arbitrales internacionales, los que han ido delimitando y estableciendo los requisitos de los distintos aspectos protegidos por los Convenios y Acuerdos de Inversiones que le otorgan jurisdicción. Es una práctica común de los tribunales arbitrales, sustentar los criterios utilizados en sus laudos, a través de decisiones anteriores. Estas generan un criterio comúnmente reconocido por el derecho internacional y que tiene plena validez para otros casos que envuelvan las mismas materias. Es necesario recalcar que los laudos en este sistema arbitral sólo obligan a las partes de la controversia, sin que esto obste a que sean utilizados como fundamentos para sustentar laudos futuros.

2. Ámbito de protección reconocido por la jurisprudencia internacional.

A pesar que las convenciones internacionales, -en este caso los acuerdos o tratados de inversiones- son las que establecen el marco o ámbito de protección que tendrá un inversionista que pretenda acudir al CIADI, en la práctica arbitral son los tribunales quienes interpretan y determinan las reglas generales que serán aplicadas. En este sentido, podemos afirmar que en la práctica arbitral se construyen los requisitos para aplicar normas que provienen de los TBI que son de carácter general.

Chile se obliga a través de los Acuerdos en materias de inversiones a brindarle al inversionista extranjero un determinado estándar y trato a su inversión, estos además, incorporan la Cláusula de la Nación Más Favorecida, por la cual nuestro país se obliga a otorgar el mismo trato que le otorga a inversionistas de otro Estado contratante si es que este es más favorable.

³¹⁷ VARGAS, *Ibíd.*, p. 87

Los TBI establecen el marco o ámbito de protección que tendrá un inversionista que pretenda acudir al CIADI y los Tribunales caso a caso van determinando como se aplica este estándar en la práctica.

Las partes contratantes han señalado que los laudos arbitrales, en sus decisiones los han obligado a responder por un estándar más elevado del que se han obligado a través de los TBI.³¹⁸ Esto cobra sentido si entendemos que los Tribunales generalmente fundamentan sus decisiones en la costumbre internacional, la jurisprudencia y la doctrina. Así, es posible señalar que un Tribunal puede estar condenando a un Estado a compensar de acuerdo a un estándar más elevado al que este se obligó internacionalmente, aplicando o considerando la práctica o principios generalmente aceptados por el derecho internacional.

Esta materia fue tratada por primera vez en el laudo dictado por el tribunal en el caso APPL v Sri Lanka que señaló:

“debe señalarse que el tratado bilateral de inversiones no es un sistema jurídico cerrado y completo, limitado a proporcionar normas materiales sustantivas de aplicabilidad directa sino que ha de contemplarse dentro de un contexto jurídico más amplio en el que normas de otras fuentes se integran a través de métodos de incorporación implícita o por referencia directa a ciertas normas suplementarias, ya sean de naturaleza jurídico internacional, ya de derecho interno”³¹⁹.

El extracto de este laudo grafica claramente, como la construcción de la costumbre internacional a través de las decisiones que establecen los tribunales arbitrales es un elemento esencial en la construcción del estándar que debe otorgarse a la inversión extranjera. Los Estados al pactar acuerdos relativos a inversiones tienen que tomar en cuenta los límites que pueden surgir para aplicar ciertas normas respecto de los actores que están amparados por dichos acuerdos.

Nuestro país, en la mayoría de los Acuerdos de Inversiones que ha ratificado incorpora al CIADI como uno de los mecanismo de solución de controversias, incluso en

³¹⁸ THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, ob. cit., p.264.

³¹⁹ APPL v Sri Lanka, laudo de 21 de junio de 1990 en ILM, vol. XXX, 1991, 3, p. 587

un número importante de estos se configura como la única opción de solución de controversias.

De acuerdo a la práctica nacional, debemos concluir que el ámbito de protección que se otorga a los inversionistas que deciden invertir en nuestro país, disponen de un sistema normativo que los ampara, que excede las normas nacionales y aquellas expresamente pactadas por nuestro país con el Estado del cual este proviene. Estas son consideraciones que deben quedar enmarcadas en los futuros acuerdo que nuestro país otorgue a nacionales de otros Estados. Esto resulta más claro aún, si consideramos que el incumplimiento de un laudo puede considerarse una denegación de justicia que traería aparejada el surgimiento de responsabilidad internacional para Estado incumplidor.

VII. CAPÍTULO SEXTO: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA EVOLUCIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

1. Introducción

En los capítulos previos hemos realizado una exhaustiva investigación respecto de los diversos enfoques en que habían sido tratados los estándares absolutos de protección de la inversión, principalmente de las cláusulas de expropiación y de trato mínimo o de trato justo y equitativo.

En este capítulo analizaremos diversos laudos, para esto nos enfocaremos principalmente en la cláusula de nivel mínimo de trato o trato justo y equitativo, dado que su interpretación y alcance han sido el tema más controvertido en la práctica arbitral.

Consideramos que este capítulo es importante en nuestro trabajo, dada la importancia que tienen los laudos, como fuente subsidiaria para probar la existencia de un derecho en la práctica arbitral. En este sentido, creemos que no es posible comprender el arbitraje comercial internacional sin conocer los criterios que han seguido los tribunales, en materias tan importantes como son las cláusulas mínimas de trato o el trato justo y equitativo.

Para esto hemos ordenaremos temporalmente los laudos a analizar en este capítulo, dentro de estos incluiremos no solo aquellos provenientes de sistemas regidos por tratados bilaterales de inversiones sino que además aquellos situados en el sistema TLCAN y bajo el marco normativo del Tratado sobre la Carta de la Energía (ECT). De esta manera podremos abarcar un espectro más amplio de regímenes que tratan el estándar.

2. Laudos Analizados

a. Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL (NAFTA). Award, 8 June 2009.

Hechos

Entre los años 1994 a 2002, Glamis Gold, una compañía minera Canadiense, intento desarrollar un proyecto de extracción de oro en una mina a tajo abierto, bajo el nombre de Imperial Project. Dicho proyecto estaría localizado en tierras federales al sureste del estado de California, donde ésta tenía derechos mineros. Las leyes mineras federales de Estados Unidos, en especial aquellas que involucran proyectos de este tipo, estaban sujetas a un constante escrutinio público. Esto cobra especial importancia si consideramos que las tierras federales donde Glamis tenía sus derechos mineros, estaban emplazadas en las cercanías de una zona designada como tierras de los Nativos Americanos. En este contexto y en el año 2000, Glamis Gold presentó una petición para la aprobación de un proyecto minero de oro a tajo abierto en una zona adyacente a un área de conservación de un desierto Californiano (California Desert Conservation Area CDCA), ante el departamento de administración de tierras de Estados Unidos (American Bureau of Land Management). El área de conservación fue creada por una ley federal con el propósito de proteger sus recursos arqueológicos, medioambientales, culturales y económicos. El proyecto minero de Glamis se suponía que causaría un daño irreparable a un hito sagrado e histórico para comunidades indígenas norteamericanas, específicamente los Quechan, que se encontraba a los alrededores del proyecto. Este supuesto se basaba en los informes realizados por un Consejo Asesor de la Preservación Histórica (Advisory Council on Historic Preservation).

Desde la presentación y hasta el año 2003, el permiso para la realización del proyecto se encontraba todavía en etapa de evaluación a nivel del gobierno Federal. Cabe destacar dentro de los hechos, la modificación en la interpretación de la legislación y la evaluación de las disposiciones constitucionales en la evaluación del proyecto. Dentro de la legislación federal para la mitigación de daños se establece el criterio de “alteración indebida” (undue impairment) al momento de evaluar las medidas de mitigación para la

aprobación de un proyecto. El significado de dicho criterio quedaba sujeto a la interpretación administrativa, por lo que se suscitó el problema que dicha interpretación fue modificada en diversas instancias, llegando en último término a determinarse que dicha agencia no estaba facultada para negarse al proyecto. A nivel constitucional, se llegó a consultar las implicancias que tendría la primera enmienda constitucional, respecto a la libertad de credo, en el sentido que podría vulnerar a los pueblos que considerasen la zona como un lugar sagrado.

Por otro lado, a nivel Estatal se aprobó una ley (SMARA Native American Sacred Sites Act) que prohibía a una agencia otorgar permisos a proyectos mineros de superficie que no contaran con un plan de mitigación, que aseguraran financieramente el relleno y la readecuación del contorno de la zona que fuese intervenida, que se encontrase al menos a una milla de distancia de algún lugar protegido. A través de dicha legislación se determinó, en una primera instancia, que el proyecto era inviable respecto de los propósitos de restaurar el área al estado en que se encontrase al comenzar el proyecto. Por lo demás, Glamis, alegó que la carga de mitigación haría de su proyecto financieramente inviable, ya que una vez terminado, la inversión completa arrojaría números negativos. Ese mismo año, Glamis presentó una demanda contra Estados Unidos, señalando que la modificación en la regulación violaba las provisiones de trato justo y equitativo y de protección contra la expropiación del TLCAN, y solicitó una compensación de 50 millones de dólares. Glamis alegó que los requisitos de relleno eran discriminatorios y hacían que su proyecto resultara totalmente inviable y sin valor. Cabe destacar que Glamis, inició su demanda a través del TLCAN, después de haber fracasado sus presentaciones ante las cortes federales y locales de Estados Unidos.

Discusión de fondo

Dada la complejidad y extensión de este laudo, nos avocaremos principalmente a la materia que dice relación con la definición y los contornos del estándar de trato justo y equitativo. En este sentido, el Tribunal se avocó a determinar las fuentes necesarias para determinar el estándar, para luego determinar cuáles son las obligaciones que emanan del estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario.

Posición del demandante

El demandante argumentó, que las medidas adoptadas por el Gobierno de Estados Unidos y por el Estado de California, tanto individualmente como colectivamente violaban su derecho a recibir un trato justo y equitativo conferido por el artículo 1105 del TLCAN. Para éste, el estándar estaba comprendido por diversas obligaciones interrelacionadas y dinámicas, que entre otras comprendían, la protección contra la arbitrariedad y la discriminación, protección de las expectativas legítimas, y el requisito de un entorno jurídico y económico transparente y previsible. Para llegar a esta determinación presentó diversas decisiones arbitrales enmarcadas en el contexto de los Tratados Bilaterales de Inversiones como en el TLCAN, junto a la doctrina y la práctica de los Estados.

Posición del Estado

El Estado por su parte argumentó, que el deber emanado del artículo 1105, de otorgar un trato justo y equitativo es enteramente una referencia al estándar de trato exigido por el derecho internacional consuetudinario. Como el derecho internacional consuetudinario, esta interpretación deriva de la práctica uniforme y consistente de los Estados seguida con la convicción de que ella resulta obligatoria u opinio iuris. El Estado puso énfasis en que los tribunales internacionales no crean costumbre internacional, sólo las naciones crean derecho internacional consuetudinario.

Determinación del Tribunal

No fue discutido entre las partes si el deber de otorgar un trato justo y equitativo debe ser entendido haciendo referencia al estándar mínimo de trato de derecho internacional consuetudinario. Esto, tomando en consideración que las notas interpretativas de la Comisión del Tratado de Libre Comercio eran vinculantes. Lo que debe dilucidar el Tribunal es lo que requiere de un Estado éste estándar mínimo de derecho internacional consuetudinario, específicamente si es lo mismo que fue establecido en 1926, en el caso Neer.

Respecto a la utilización de los fallos arbitrales como fuente, el tribunal sostuvo, que estos pese a no ser una fuente reconocida, sí constituían un elemento ilustrativo de la

costumbre internacional, siempre que estuviesen vinculados a la examinación del derecho internacional consuetudinario. El Tribunal sostuvo, que tenía la facultad de revisar aquellos laudos, incluso los relacionados a TBIs, que buscasen una interpretación referida al estándar mínimo internacional, en oposición a aquellos que interpretaban un estándar autónomo.

Sin perjuicio de que existe consenso, que el estándar mínimo internacional, es el establecido en Neer, si hay controversia respecto de la evolución que ha permitido la construcción de este estándar. En este sentido se han considerado, dos tesis que explican esta evolución: 1) Que aquellas conductas calificadas como escandalosas, por la comunidad internacional puedan ir cambiando en el tiempo; o, 2) que el estándar mínimo de trato se haya variado desde el concepto construido en 1926.

Para el Tribunal la tesis más aceptable es la primera. Cuando el estándar es aplicado a situaciones modernas, bajo parámetros modernos, pueden ser consideradas como escandalosas o insólitas situaciones que en el pasado no hayan alcanzado ese nivel. Lo mismo podría suceder con situaciones que en el pasado hayan sido escandalosas, y hoy en día no tengan esa caracterización.

El estándar mínimo de trato de derecho internacional consuetudinario es un mínimo, su función es servir como un piso, donde cualquier conducta bajo éste, sea considerada inaceptable por la comunidad internacional. Aunque las circunstancias de un caso sean relevantes, el estándar no debe variar de Estado en Estado o de inversionista en inversionista, por lo que no tendría un carácter dinámico.

El Tribunal destacó, que un aspecto de la evolución desde el caso Neer, es que el elemento de mala fe no es requerido para que haya una violación del trato justo y equitativo, pero si su presencia es probada, será concluyente la existencia de una violación.

El tribunal concluyó que el demandante no probó que algo más allá de los estándares fundamentales de Neer, puedan ser aplicados hoy. Por lo mismo señaló que una violación del estándar establecido por el artículo 1105, requiere que un acto sea lo suficientemente escandaloso o insólito como para caer por debajo del piso establecido por

el estándar internacional. Este tipo de violación, puede quedar ejemplificada por una intolerable denegación de justicia o una manifiesta arbitrariedad que no se ajuste a los estándares internacionales, o bien puede ser, la creación por parte del Estado de expectativas objetivas que busquen inducir algún tipo de inversión y la subsecuente repudiación de dichas expectativas.

Análisis del fallo

Este Laudo emitido por un Tribunal CIADI, pero sujeto a las reglas procedimentales de la UNCITRAL y a las respectivas provisiones del TLCAN, se aparta completamente de la interpretación autónoma de la cláusula que contiene la provisión de trato justo y equitativo, propia de aquellos casos en que el Tratado aplicable entre las Partes es un Tratado Bilateral de Inversiones. Por esta razón la determinación del contenido del trato justo y equitativo, más que argumentar que exista una total sujeción del Tratado a un cuerpo normativo bajo el cual se desenvuelve, en este caso, el derecho internacional general o la costumbre internacional, el Tribunal denota que se encuentra enmarcado por la Nota Interpretativa del TLCAN, que lo reconduce a la determinación del contenido de la costumbre internacional. Dicho ejercicio envuelve no sólo cuestiones de derecho, sino que además cuestiones de hecho, donde la costumbre nace propiamente de la práctica de los Estados que consideren legalmente vinculante. Para este cometido, aparece de gran importancia la carga de la prueba, que debe recaer en el demandante, quien afirmó la existencia de una evolución del contenido de la costumbre internacional en este respecto.

Presentando diversa evidencia de hecho, fueron desestimados todos sus alegatos del demandante respecto de cada una de las violaciones al trato justo y equitativo. El Tribunal estableció que el estándar no tendría un carácter dinámico, con lo que asumimos que consideraciones como las circunstancias propias del desarrollo de cada Estado no fueron tomadas en consideración, ni menos aspectos propios del tipo de inversionista o el grado de experiencia que tuviese en el ámbito de este negocio. Como ha sido desarrollado en capítulos anteriores, se ha reconocido por otros Tribunales que la situación particular de un Estado puede ser un factor relevante para la determinación del estándar.

Al analizar cuál debe ser el parámetro que las Partes del TLCAN han establecido para éste estándar, el Tribunal asumió era inferior al requerido para la violación del artículo 1105 se requería de una conducta que produjese un alto nivel de shock, arbitrariedad, injusticia o discriminación. Parámetro que fue utilizado al analizar cada conducta individual, tanto del Gobierno Federal como del Gobierno Estatal, no encontrando violación alguna del estándar. Respecto del análisis de las conductas en conjunto, el Tribunal se refirió a una cualidad adicional, sosteniendo que no tendría claro cuál sería en todas las circunstancias. Sin embargo, para este caso determinó que dicha cualidad adicional estaría dada por la intención, referida al actuar conjunto en búsqueda de intervenir en la inversión de una manera que fuese contraria al estándar. Una vez más, dicho elemento no fue probado por el demandante, ya que la conducta dirigida a ese propósito también habría quedado enmarcada en el bajo estándar que supone el TLCAN.

Al referirse, a las relaciones razonables con el inversionista, estableció que el deber de conducta del Estado se generaría únicamente cuando éste haya inducido algún tipo de expectativa de manera cuasi-contractual. La expectativa objetiva sería inducida, a través de una conducta activa por parte del Estado y que tuviese la característica de ser por lo menos cuasi-contractual. Este parámetro para determinar que una expectativa sea razonable o justificable es altísimo, no se relaciona con la decepción del inversionista respecto a un entorno jurídico o económico general, o respecto de la omisión por parte de alguna entidad gubernamental, sino que va un paso más allá, requiriendo de una garantía específica.

Nuevamente este Tribunal, se aparta de los parámetros enunciados por Tribunales que actúan bajo el marco de un TBI, donde se ha llegado a sostener que incluso las garantías implícitas que el inversionista haya tomado en cuenta para realizar su inversión, tendrían el carácter de legítimas. Más aún, en el caso en que ninguna declaración o garantía haya sido otorgada por parte del Estado, las circunstancias presentes al momento de la conclusión de un acuerdo serían decisivas para otorgar dicha legitimidad.

El Tribunal, si bien estableció tres requisitos generales que dan un contenido al parámetro de la obligación del Estado, no se hizo cargo del tipo o naturaleza de las medidas que significarían una repudiación de dichas garantías, y por ende, del estándar

internacional. Sin embargo, se refirió al caso Metalclad , donde se determinó que las garantías debían ser definitivas, no ambiguas y repetidas.

b. Walter Bau v. Thailand, UNCITRAL (Germany/Thailand BIT). Award, 1 July 2009.

Hechos

Un conglomerado alemán que, finalmente en el año 2001, se fusionó en la empresa Walter Bau AG (demandante), formó un joint venture con una empresa tailandesa, Delta Engineering Construction Co. Limited (DELTA), que luego se transformó en la sociedad Don Muang Tollway Co. Limited (DMT), para participar en la licitación de la construcción de una autopista pagada a través de peajes en Tailandia. En un comienzo el 51% de las acciones estaba en manos de DELTA mientras que el 49% restante en manos del demandante. Su propuesta fue sometida a negociación en 1988. Para ese momento DMT habría solicitado la asesoría financiera de Wardley Capital Limited, quien preparó un informe financiero basado en la predicciones de tráfico automovilístico realizado por el asesor técnico Dorsch Consultant Ingenieurgesellschaft mbH (Dorsch). A raíz de dicho informe, a pesar que recibió diversas críticas, otros inversionistas, tanto extranjeros como tailandeses decidieron invertir en el proyecto, con lo que el demandante mantuvo una participación de un 18%. De acuerdo, al informe financiero el mínimo esperado de retorno sobre el capital variaría en un margen entre un 14.67% y un 20.61%.

El acuerdo de concesión fue firmado el 21 de agosto de 1989. Bajo este acuerdo, DMT se haría responsable por el financiamiento, diseño, construcción, operación y mantenimiento de la autopista por la totalidad del período de concesión de 25 años, dicha autopista pagada, correría paralela a una autopista gratuita (VRR), con la finalidad de disminuir los problemas viales. Varias medidas fueron ofrecidas para incentivar la construcción y el uso de esta autopista, entre las cuales se concluyó, que el Estado no tomaría medidas para competir con la autopista pagada, ya que su función en la autopista gratuita se limitaría a aquellas propias de la gestión del tráfico vehicular.

Al final del período de concesión la autopista habría de ser entregada al Estado Tailandés, en buenas condiciones y sin recibir pago alguno. Por su parte, la entidad Tailandesa que suscribió el acuerdo fue el Departamento de Carreteras (Department of Highways-DoH), quien además fue el responsable por la inspección, supervisión y control de la concesión. La construcción de la carretera comenzó en 1991 y hasta 1996, el

demandante se encontró con diversos problemas, tanto para comenzar las obras, en su construcción y en su posterior operación. Dichos problemas, resultaron en un detrimento económico para la concesionaria quien se vio obstaculizada de cobrar los peajes necesarios, lo que a su vez desencadenó dificultades con las entidades crediticias que aportaban financiamiento al proyecto.

En 1995 ante la notificación de la intención de terminar la concesión y la subsecuente notificación de solicitud de arbitraje, DMT decidió enviar una propuesta al DoH, a cambio de la renuncia a su derecho a demandar al Estado por los incumplimientos suscitados en el acuerdo de concesión. Luego de negociaciones y de cambios de último minuto por parte del Estado, a fines de 1996 MTD suscribió el documento MoA2. Las modificaciones, en la práctica, significarían que el alza de los peajes dependería enteramente de la voluntad del Estado, junto con que la aprobación de la rampa 4, que conectaría a la autopista con el aeropuerto, quedaría sujeta a la decisión de Autoridad Aeroportuaria de Tailandia (Airport Authority of Thailand –ATT), la que requeriría de la aprobación por parte del Gabinete de Ministros. MoA2 modificaba el acuerdo de concesión suscrito en 1989 y el MoA1 suscrito en 1995.

Los actos posteriores a la suscripción del MoA2, son relevantes para determinar los hechos que son el antecedente de los continuos incumplimientos que se cristalizaron en una disputa luego de que entrara en vigencia el TBI entre Tailandia y Alemania, firmado en 2002, pero cuya vigencia se produjo en octubre de 2004.

En dicho documento, se estableció la obligación de facilitar un préstamo blando por parte del Estado para cubrir las dificultades financieras del proyecto. El préstamo no prosperó, por lo que para alcanzar el objetivo se decidió llegar a un acuerdo de compra de acciones con el Ministerio de Finanzas (Ministry of Finance-MoF). Tras la adquisición, el porcentaje de acciones del demandante en DMT se redujo a un 9.87%. Por su parte la participación Estatal en DMT alcanzó el 40%. A su vez, el MoA2, establecía la construcción de una extensión Norte de la autopista, junto con la construcción de una salida elevada hacia el aeropuerto, denominado Rampa 4.

Al modificarse el panorama económico interno de Tailandia, a raíz de la crisis asiática, que le impactó fuertemente en 1997, DMT solicitó al DoH, la autorización para

poder aumentar el valor del peaje. Dicha solicitud fue realizada para poder ajustarse a la Tasa Interna de Retorno de la Inversión que se había propuesto al momento de iniciarse el proyecto. La solicitud finalmente no recibió acogida. Al mismo tiempo un contratista de DoH concluyó diversas obras en autopistas anexas y gratuitas que irían en directa competencia con la autopista pagada.

En 1999, DMT habría finalizado los trabajos de la extensión Norte, pero se mantenía incapaz de obtener una locación para la construcción de la Rampa 4, por parte de ATT. A fines de 1999 y principios de 2000, DMT solicitó una solución para este problema a la DoH, junto con la autorización para aumentar el precio de los peajes. En 2003 dos nuevas solicitudes para aumentar los peajes fueron realizadas a la DoH, sin obtener una respuesta positiva. En enero de 2004, el presidente del directorio de DMT (representante del Estado) propuso la reducción permanente de los peajes, cuestión que fue rechazada por los representantes del demandante en el directorio. Dicha propuesta fue sometida a aprobación en una junta extraordinaria de accionistas, la cual fue aprobada por el voto mayoritario por parte del Estado. A su vez propuso que las acciones de los accionistas privados fuesen compradas por el Estado. El 17 de diciembre de 2004, la propuesta de reducción fue sometida a la aprobación del Gabinete de Ministros por parte del Ministro de Transporte. El 21 de diciembre del mismo fue aprobado.

Entre los años 2005 y 2006, los representantes del demandante en el directorio de DMT, conminaron al resto del directorio a tomar las acciones respectivas tendientes a obtener los objetivos financieros establecidos en el MoA2. El 28 de diciembre de 2005, luego de una propuesta presentada por el presidente del directorio, los accionistas de DMT (con la negativa del demandante) aprobaron un acuerdo con el Estado, que aseguraría una Tasa de Retorno de la Inversión del 5.98%, con una recuperación efectiva de la inversión para el año 2022. Dicho acuerdo se materializó en el MoA3, que fue ratificado por el Gabinete de Ministros el 12 de septiembre de 2007.

En diciembre de 2006, el demandante accedió a vender su participación en DMT al presidente del directorio.

Discusión de fondo

Tomando en consideración, que el respectivo TBI entró en vigencia en octubre de 2004, el Tribunal se avocó a determinar la relevancia de los hechos acaecidos previos a esta fecha para determinar una violación del Tratado. También determinó cuales eran las obligaciones substantivas dentro de los acuerdos de concesiones que influyesen en un incumplimiento de una obligación internacional. Refiriéndose al trato justo y equitativo, el Tribunal se concentro en el elemento de las expectativas legítimas, como un eje rector para este caso específico. Delineando su contenido específico y adecuándolo a este caso particular, tomando especial consideración en las características del negocio y de la estructura corporativa de la empresa en que participaba como accionista minoritario y en el retorno de la inversión razonablemente esperado por un inversionista. Además puso especial énfasis en la capacidad que una serie de actos tomados de manera acumulativa puede tener, en relación con la violación de una obligación dentro de un Tratado.

Posición del demandante

El demandante sostuvo, que se ha violado a través de diversos y sostenidos actos el artículo 2(3) del TBI entre Alemania y Tailandia. Dicho artículo estipula:

“Cada Parte contratante debe, en su territorio y, en todo caso, otorgar a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte contratante y sobre sus retornos un trato justo y equitativo y plena protección”

A mayor abundamiento, sostuvo que el estándar de trato justo y equitativo habría sido violado a través de los actos arbitrarios e irrazonables hacia el demandante y su inversión, sostenidos por un prolongado período de tiempo, produciendo el efectos que la inversión no haya podido producir retornos, más que cuando vendió su participación. Por consiguiente, las expectativas legítimas, tanto al momento de realizar su inversión en DMT, como después de la firma de MoA2, fueron frustradas.

Las expectativas fueron categorizadas de la siguiente forma:

- Principio del razonable retorno de la inversión, que a su vez estaba determinado por:
- Factibilidad de la inversión respecto de:

- o Su locación;
- o Su relación con VRR;
- o Las redes viales circundantes.

Posición del Estado

Respecto a las expectativas legítimas, el Estado sostuvo que la obligación del Estado receptor hacia los inversionistas extranjeros deriva de los términos del Tratado de Inversiones aplicable y no del conjunto de expectativas que el inversionista pueda tener o que pueda alegar que tiene. Junto con esto estableció, que aun si las expectativas nacidas al momento de realizar la inversión fuesen protegidas, hay que tomar en cuenta que éstas fueron modificadas por el MoA2.

Por otra parte, las expectativas legítimas del demandante como inversionista fueron afectadas por los siguientes factores:

- El demandante solo tenía una participación minoritaria en DMT.
- El demandante no tenía derechos especiales en el pacto de accionistas que le otorgasen control sobre DMT.
- El valor de la inversión estaba imperfectamente protegida por el Acuerdo de Concesión por las cláusulas 25 y 31.
- El demandante hizo una ganancia a través de los contratos de construcción de la autopista pagada y de la Extensión Norte.

El Estado haciendo referencia a la Freshfield Lecture de 2007 del Profesor Crawford enfatizó que la doctrina de las expectativas legítimas no debiese ser usada como un sustituto de los acuerdos entre las partes o como una fuente superviniente o predominante por sobre la ley aplicable.

Por consiguiente el Estado, alegó que a pesar de haber podido realizar un número específico de declaraciones, asociadas al Acuerdo de Concesión en su forma enmendada, dichos compromisos eran incapaces de engendrar substantivas expectativas legítimas.

Determinación del Tribunal

Para el Tribunal, las expectativas legítimas son definitivamente un componente del trato justo y equitativo. Basándose en el laudo del caso *Biwater Gauff v Tanzania*, se expuso que junto con las expectativas legítimas, la buena fe, la transparencia, la consistencia y la no discriminación eran elementos esenciales de éste estándar. El propósito del estándar de trato justo y equitativo, consistió en otorgar un trato a las inversiones extranjeras que no afecte las expectativas básicas que se tuvieron en cuenta por parte del inversionista extranjero para realizar la inversión, siempre y cuando dichas expectativas sean razonables, legítimas y sobre las cuales haya confiado el inversionista para hacer la inversión.

El Tribunal, siguiendo la decisión del caso *Tecmed*, estableció que es un requisito que el Estado use los instrumentos legales relacionados con el inversionista en conformidad con la formulación en que usualmente se utilizan dichos instrumentos. En este caso, el Estado quedaría claramente conminado a actuar de acuerdo a los términos incorporados en el Acuerdo de Concesión.

Avocándose a la formulación de la fuente de las obligaciones emanadas del Tratado, sostenido por el Estado, el Tribunal, determinó que dicho argumento era circular e inaceptable, ya que el Tratado prometía un trato justo y equitativo y, las expectativas legítimas provienen de los parámetros de dicha provisión.

El Tribunal también hizo alusión al Profesor Crawford, siguiendo el argumento en que las expectativas legítimas, que fuesen consistentes con arreglos contractuales, tienen que ser consideradas por sobre las manifestaciones de la legislación doméstica, esto debido al principio de la protección paralela de los derechos bajo el Tratado. A su vez, rescatando el argumento del Estado, respecto al comentario de Crawford, señaló que las expectativas legítimas no pueden ser utilizadas para invalidar Acuerdos suscritos por las partes. Sin embargo, dadas las circunstancias de este caso, donde el Estado ha presentado durante un largo período de tiempo sucesivos incumplimientos de sus obligaciones emanadas del Acuerdo de Concesión, sería injusto que evada su

responsabilidad simplemente amparándose en el estándar de protección concebido en su legislación doméstica, invocando su participación en la compañía.

Por otro lado, sostuvo que la doctrina de las expectativas legítimas ha sido aplicada para proteger expectativas substantivas de inversionista, en el caso en que promesas o garantías particulares han sido entregadas. Para reafirmar este punto citó un artículo de Steven Fietta , en el que se establecía que la cuestión de si ha habido o no una violación del estándar se centrará en qué expectativa legítima haya tenido el inversionista a la luz de las garantías específicas entregadas por las entidades gubernamentales relevantes, enfrentadas a los antecedentes del marco legal doméstico que regulaba la inversión.

Dentro de las expectativas legítimas para el caso particular, se estableció que una razonable cantidad de retorno de la inversión era parte del entendimiento entre las partes, a pesar que ningún monto específico fuese o pudiese ser garantizado. Esta expectativa quedaba fielmente respaldada por los estudios realizados tanto por el Estado como por el inversionista, donde ambos consideraron un razonable monto de retorno, pese a que este variase entre un 15% y un 20%. Por consiguiente, el Tribunal determinó que el fracaso en el cumplimiento de dicha expectativa, que era razonable en cualquier circunstancia, incluso luego de la suscripción del MoA2, constituía una violación de las obligaciones de trato justo y equitativo. Para ahondar en sus fundamentos aseveró que la naturaleza semi-pública de la concesión, hacía de esta una iniciativa mucho más regulada que un negocio comercial ordinario, y que el mecanismo para obtener un retorno razonable estaba directamente relacionado con la habilidad de poder cobrar los peajes.

Respecto al argumento, que señala que el demandante habría obtenido una ganancia a raíz de los contratos de construcción obtenidos, por ser parte principal de la contratista que efectuó materialmente las obras, el Tribunal, afirmó que en un estricto sentido legal, ambas actividades deben ser consideradas separadamente. El hecho que haya obtenido una ganancia, es irrelevante al considerar la demanda proveniente de un inversionista amparado por el TBI de 2002, ya que la inversión en el capital de DMT es totalmente distinta de su inversión a través de una empresa constructora.

La reducción forzada de los montos de peaje de diciembre de 2004, debe ser tomada como un aditivo a una serie de actos compuestos que comenzaron antes de la entrada en vigencia del TBI, pero que prosiguieron luego de que se hiciese efectivo. Así, el Tribunal determinó que el demandante no podría sostener un alegato basándose en la conducta del Estado previa a la firma del MoA2, y que el demandante estaría obligado por el arreglo alcanzado en ese Acuerdo por parte de DMT. Lo que si puede tomarse en cuenta, es la existencia de infracciones de las obligaciones emanadas de MoA2, que continuó efectuando el Estado, que se cristalizaron en una violación posterior a la fecha de entrada en vigencia del TBI. El MoA2 fue suscrito alrededor de ocho años antes que el TBI entrara en vigencia. Sin embargo, el Tribunal optó por considerar si alguna de las expectativas legítimas insatisfechas previas a la entrada en vigencia del TBI quedarían comprendidas dentro del parámetro descrito en *Société Générale*. El tribunal de *Société Générale v. República Dominicana* señaló que debía considerar individualmente cada uno de los actos ilegales, tanto discretamente, cuanto como parte del transcurso de una conducta, así, expresó dicha situación de la siguiente manera:

“El Tribunal concluye que en consideración de los meritos, cuando se prueba que un acto se ha originado antes de una fecha crítica pero continua en existencia luego de esa fecha, ascendiendo a una violación de una obligación del Tratado vigente al momento en que ocurre, estará dentro de la jurisdicción del Tribunal. Esto también ocurrirá si una serie de actos concluyen en un cúmulo que sean una violación de una obligación vigente si dicha acumulación culmina luego de esa fecha crítica.”

Claramente el asunto de las alzas de los peajes, se fue suscitando durante gran parte de los ocho años que precedieron a la entrada en vigencia del TBI, entre los años 1996 y 2004. Desde el punto de vista del Tribunal, el rechazo al incremento de los peajes una vez suscrito el MoA2, hasta el momento en que fueron reducidos en el año 2004, deben considerarse como omisiones bajo los parámetros señalados en *Société Générale*. La negación de incremento de los peajes fue la culminación de una serie de actos indebidos por parte del Estado, que culminaron específicamente al momento de rebajar los peajes. A pesar, que la negativa de alza de los peajes se originó previamente a la fecha crucial de octubre de 2004, éstos continuaron luego de ésta, en consecuencia,

convirtiéndose en una violación de la obligación emanada de un Tratado que ya estaba vigente.

Análisis del Laudo

Principalmente hemos rescatado tres hechos esenciales en la determinación del Tribunal. En primer lugar, utilización de las expectativas legítimas asociadas a la idea de un retorno razonable de la inversión proveniente de un Acuerdo de Concesión, para fundamentar la violación del estándar de trato justo y equitativo. En segundo lugar, el criterio utilizado para recurrir a hechos previos a la entrada en vigencia del TBI, para fundamentar dicha violación. Finalmente, la argumentación en torno a la violación de las obligaciones emanadas de la cláusula de trato justo y equitativo a través de una serie acumulativa de actos u omisiones por parte del Estado, haciendo una similitud con las creeping expropriations.

El marco regulatorio al que se vio enfrentado este Tribunal fue el TBI entre Alemania y Tailandia, que contiene una cláusula no calificada o autónoma de trato justo y equitativo, ampliándose únicamente el espectro de protección tanto a las inversiones como a los retornos.

Estableciendo como elemento central, para este caso, del trato justo y equitativo, a las expectativas legítimas, el Tribunal hizo una interpretación en la que determinó que dada la naturaleza de la inversión y los respectivos estudios realizados por las partes, estarían conformadas por un razonable retorno de la inversión. Nos resulta del todo extraño que un elemento dependiente de tantas variables, la mayoría incontrolables por los gestores del proyecto ni por las entidades llamadas a regularlo, pueda ser uno definitorio en cuanto a la determinación del parámetro del estándar. La expectativa de un retorno, respecto de cualquier negocio, implicaría que los riesgos de su fracaso estarían siendo asumidos de una manera desequilibrada por una de las partes. Esto último nos lleva a concluir que al elevar esta controversia al ámbito internacional, estaría sujeta a un cuerpo normativo que se acerca a una cláusula de seguro contra el fracaso de una inversión.

La inversión estaba regulada por el Acuerdo de Concesión suscrito con el Gobierno, este instrumento fue de vital importancia para el Tribunal al considerar las expectativas legítimas. De éste, se interpretó que la única parte con el poder de subir los peajes, era la entidad gubernamental. La única manera de recibir ingresos para el inversionista era a través de dividendos, que estaban sujetos a las utilidades que tuviese la empresa, cuestión que estaba directamente relacionada con la capacidad de realizar el cobro de peajes. El inversionista, tenía tal calidad, por ser un accionista minoritario de la empresa concesionaria. En este sentido, las expectativas de la empresa emanaban de un acuerdo contractual suscrito con el gobierno y, sus posibilidades para actuar dentro de la empresa, del respectivo acuerdo de constitución, que regulaba la estructura del gobierno corporativo.

La decisión de rebaja de los peajes, fue concertada entre el directorio de la empresa, con el respaldo mayoritario de los accionistas, en este caso el Estado, y el Gobierno. Para el Tribunal dicho acuerdo fue atribuible enteramente al Estado, que lo consideró contrario al estándar, a pesar que fuese legítimo bajo la regulación comercial Tailandesa. A pesar que sostuvo que las expectativas legítimas no pueden ser usadas para sobrepasar acuerdos contractuales, dadas las circunstancias, sería injusto que el Estado invoque la protección otorgada por su propia legislación para escapar de la responsabilidad por los hechos. En este sentido, el tribunal asumió que un acto acorde con la legislación de un Estado, podría ser contrario a una provisión de un instrumento internacional, por lo que cualquier remedio buscado dentro de la legislación local sería irrelevante ante la violación internacional. Hizo esto sin haber otorgado la posibilidad de actuar a las cortes locales respecto a problemas contractuales que estaban gobernados por legislación local.

En nuestra opinión, para que una conducta acorde con la legislación local, contravenga el estándar de trato otorgado a un inversionista en un TBI, debe existir un elemento adicional para poder justificar esa contravención. En este caso observamos, la actuación reiterada por parte del Estado de actuar contrariamente a los objetivos establecidos en el Acuerdo de Concesión, unido al hecho que el único que tenía la capacidad para incidir en los ingresos emanados del servicio prestado por la concesionaria era el Estado.

Por otro lado, estimamos que la búsqueda de remedios ante una Corte local habría sido un paso importante para determinar el incumplimiento por parte del Estado como accionista mayoritario de los objetivos comerciales de la empresa concesionaria. Esto habría significado un grado importante de deferencia hacia la legislación local, que habría dotado de mayor legitimidad las resoluciones justificadas en los derechos emanados de un Tratado internacional.

Respecto al segundo punto, estimamos que el Tribunal, haciendo una lectura expansiva del concepto de expectativas legítimas, consideró que las omisiones realizadas al no subir los peajes de acuerdo a lo establecido en el Acuerdo de Concesión, era no solo un incumplimiento contractual sino que tendría incidencia en la construcción acumulativa de una transgresión internacional. Dichos incumplimientos fueron considerados, por la razón, que persistieron en el tiempo, incluso después de la entrada en vigencia del TBI.

Considerando el último punto, destacamos que la inclusión del criterio utilizado por otros Tribunales, en razón, de cláusulas de expropiación, no está completamente fundamentado. Al establecer que no existe suficiente razón para excluirlo, se estaría arrogando facultades para incluir contenido a las provisiones de un tratado, sin tener atribuciones para aquello.

**c. Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania,
ICSID Case No. ARB/07/21 (Greece/Albania BIT). Award, 30 July 2009.**

Hechos

En 1994, después de una oferta internacional para el trabajo en caminos y puentes en Albania, el demandante acordó dos contratos con la Dirección General de Caminos de Albania. Una vez firmados los contratos comenzaron las obras. Dichas obras fueron interrumpidas por varios días de disturbios y violentas protestas en 1997. Estos incidentes tuvieron como consecuencia, que el demandante tuviese que abandonar las obras y repatriar a su personal. Además, grupos armados saquearon la empresa y destruyeron todo aquello que no pudieron llevarse. Ambos contratos contenían provisiones que aseguraban que la Dirección General de Caminos se haría responsable por cualquier pérdida emanada de disturbios civiles.

El 29 de mayo de 1997, el demandante opuso una solicitud de compensación por los daños sufridos. Una comisión especial de la Dirección General de Caminos fue constituida para realizar el avalúo de las pérdidas, las que fueron consideradas en un monto bastante menor que las que habría solicitado el demandante en una primera instancia. A pesar de esto el demandante accedió a dicho avalúo, en razón que querría mantener una buena relación con las autoridades del país ya que mantenía otros proyectos dentro del mismo.

Luego de aceptar, el Ministro de Obras Públicas se dirigió al Ministro de Finanzas para que efectuase el pago acordado, cuestión que este último se negó en razón que no le correspondía hacerse cargo de las relaciones contractuales de otros ministerios al menos que dichos fondos hayan sido previamente aprobados para esos propósitos por el Consejo de ministros.

A raíz de la negativa, el demandante presentó el caso ante la Corte de primera instancia de Albania en Mayo de 2001. El 4 de Julio de 2006, dicha demanda fue desechada, razón por la que fue presentada ante la Corte de Apelaciones. El 5 de julio de 2007, en dicha instancia, se determinó que la obligación contractual de compensación era

nula, de acuerdo a la legislación Albana, ya que creaba una especie de responsabilidad sin culpa. Tras una nueva negativa, presentó un recurso ante la Corte Suprema.

Tras diez años de perseguir una compensación en las Cortes Albanas, el demandante presento la solicitud de arbitraje al Centro el 1 de agosto de 2007. En el curso de los alegatos en el arbitraje se estableció que el demandante habría desechado el recurso presentado ante la Corte Suprema.

Discusión de Fondo

Las principales discusiones dicen relación con la determinación de lo que es una inversión para admitir la demanda y que repercusiones tiene el haber perseguido la controversia en dos fora. Ambas escapan el ámbito de estudio de este trabajo, sin embargo el tribunal se hace cargo de las provisiones sustantivas que pueden haber sido incumplidas por el Estado. En este sentido, debemos destacar que estás no dicen relación con las obligaciones contractuales entre las partes, sino con las provisiones propias del tratado.

A su vez, pese a que las peticiones del demandante fueron desechadas o declaradas inadmisibles por parte del Tribunal, hay varios elementos señalados por el mismo que generan gran importancia en el análisis del trato justo y equitativo.

Posición del Demandante

Pese a la inexistencia de una provisión de trato justo y equitativo, el demandante afirmó que tenía derecho a dicho tratamiento, fundamentado en dos alternativas. Primero, que el Tratado como instrumento de derecho internacional forzosamente abarca dicho estándar; y, segundo, que el artículo 3 del Tratado contiene la promesa de Trato de la Nación Más Favorecida, por lo que pueden aplicarse las provisiones de otros tratados.

Por otro lado, el demandante alegó que hubo una denegación de justicia ocurrido en la búsqueda de remedios ante las cortes locales. A mayor abundamiento, sostuvo que las Cortes Albanas han denegado de una manera ilegal y absurda la posibilidad de revisar sus peticiones de forma independiente, objetiva y acorde a la legislación.

Posición del Estado

Albania sostuvo que una violación al estándar de trato justo y equitativo sería sancionada bajo el Tratado, independientemente de la presencia o ausencia de una Cláusula de la Nación Más Favorecida. Esta posición también sería asumida ante la acusación de denegación de justicia.

Determinación del Tribunal

El Tribunal aceptó que en general tendría jurisdicción para atender los méritos de dicha demanda, sin hacer alusión a la falta de una provisión explícita del estándar de trato justo y equitativo. Asimismo, destacó que una decisión arbitraria sería injusta e inequitativa. Sin embargo, desechó la posibilidad de ahondar en dicho asunto ya que la demanda respecto a la decisión arbitraria de no compensar los daños, habría sido presentada ante un Tribunal local, por lo que estaría fuera de su jurisdicción decidir sobre dicho asunto en particular.

Respecto a la denegación de justicia, el Tribunal sostuvo que un error en la interpretación de una norma no sería per se una conducta que involucraría algún tipo de responsabilidad para el Estado. La errónea aplicación de la ley sería un elemento a considerar como prueba de denegación de justicia, sin embargo, para alcanzar dicha prueba se requiere un exigente examen, donde el error tendría que ser de tal magnitud que ningún juez competente lo habría razonablemente hecho.

La razón para desechar la demanda en este sentido fue que para que existiese una denegación de justicia tiene que darse una oportunidad al sistema completo para corregir la conducta judicial aberrante. Dicha oportunidad habría requerido del demandante que siguiese con el asunto hasta la Corte Suprema de Albania.

Análisis del Laudo

Pese a haber desechado todas y cada una de las solicitudes del demandante, el tribunal sin hacer una alocución exhaustiva, reconoce que el estándar de trato justo y

equitativo es una norma de derecho internacional que estaría presente como provisión de tratamiento de la inversión, sin que exista una cláusula explícita que lo mencione. Por otro lado, estableció que su inclusión en el Tratado también podría darse a través de la cláusula de la Nación Más Favorecida, para acoger principalmente los argumentos entorno a la denegación de justicia y el debido proceso. Bajo este último argumento estamos de acuerdo.

Como señalamos en el capítulo anterior, no parecería existir evidencia que el estándar de trato justo y equitativo haya sido elevado a la categoría de una norma reconocida por el derecho internacional consuetudinario, sin embargo, las consideraciones de justicia y equidad existen y han sido reconocidas como parte del derecho internacional consuetudinario. En este sentido, sostenemos que el Tribunal, a pesar que no fuese un tema controvertido por las partes, se extralimitó al admitir la posibilidad que el estándar de trato justo y equitativo fuese parte del Tratado por el único motivo que este era un instrumento sujeto al derecho internacional. La evolución que ha sostenido dentro de la práctica arbitral, se ha dado en el sentido de interpretar provisiones de acuerdos internacionales de inversiones. Para realizar una interpretación, se debe tener la mínima deferencia con las Partes del acuerdo, en el sentido que es el acuerdo de voluntades la razón primordial de la inclusión de un respectivo estándar, si es que este no ha sido reconocido como una práctica vinculante por la costumbre internacional.

Respecto a la compensación, la argumentación gira en torno a un parámetro de no discriminación, cuestión entendible respecto de un tratado que no incluye explícitamente una provisión de trato justo y equitativo. Este tipo de tratados parecerían ir apuntados a asegurar el ingreso de inversiones, garantizando a través de un estándar de no discriminación el establecimiento de la misma. El argumento en esta dirección es desechado, ya que el demandante no fue capaz de probar que alguna otra persona haya sido beneficiada con algún tipo de compensación.

Por otro lado, la denegación de justicia, en términos generales, si ha sido reconocida como un principio parte del derecho internacional consuetudinario. Para determinar que un error en la interpretación judicial pueda erigirse como una denegación de justicia, el parámetro de conducta establecido es uno bastante extremo. El error debe ser de un tipo que ningún juez competente haya podido realizar. En este sentido el deber

de conducta, tanto del juez como del sistema judicial es bastante bajo, un mínimo establecido por la costumbre internacional. Para ésta determinación deben considerarse los hechos del caso, donde lo que recoge el tribunal es la existencia de un error en interpretación que no ha alcanzado los niveles de arbitrariedad requeridos por el derecho internacional. A su vez, el Tribunal, concluye estableciendo que debe existir la oportunidad para que en la actuación de todas las instancias otorgadas por el sistema judicial se resuelva el problema antes que surja una denegación de justicia. Aduciendo una cierta deferencia a la operatividad del sistema judicial local, el Tribunal desecha todas las demandas del inversionista, ya que este fue el camino que tomó primeramente para resolver su controversia.

d. Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Turkey/Pakistan BIT). Award, 27 August 2009.

Hechos

En 1993 la Autoridad Nacional Carretera (National Highway Authority, en adelante NHA), una corporación pública encargada de la planificación, desarrollo, operación y mantenimiento de las carreteras Pakistaníes acordó la ejecución del Proyecto M-1 con la empresa Bayindir de nacionalidad Turca. Dicho proyecto implicaba la construcción de una autopista de seis pistas entre las ciudades de Islamabad y Peshawar. El acuerdo de 1993 sufrió de varias disputas entre las partes, las que fueron resueltas en 1997. Ese mismo año las partes acordaron realizar un nuevo contrato, que incorporaba las condiciones establecidas en 1993 junto con otras que implicaban una clausula arbitral de resolución de controversias.

El desarrollo del contrato debía ser supervisado por un Ingeniero independiente, quien entre otras cosas, velaría por el cumplimiento de los plazos estipulados, cualquier extensión solicitada y por la construcción de la obra con la maquinaria y personal adecuado.

El contrato también contemplaba un mecanismo de solución de controversias, comenzando con la intervención del Ingeniero para luego dar paso al arbitraje. Las disputas sometidas a arbitraje estarían sometidas a la ley de arbitraje Pakistaní (Arbitration Act of Pakistan of 1940).

En 1998 el Ingeniero ordenó el comienzo de la construcción del proyecto, cuya fecha de término fue estipulada para el 31 de Julio de 2000. Entre Septiembre de 1999 y Abril de 2001, Bayindir presentó varios reclamos respectos a ciertos pagos y a extensiones de tiempo, invocando diversas deficiencias por parte de Pakistán, particularmente respecto a la entrega de terrenos. Dichos reclamos fueron solucionados a través de un acuerdo de fecha 18 de febrero de 2000. En diciembre de 2000, el representante del Ingeniero, presentó a la empresa una notificación estableciendo que el ritmo de trabajo era deficiente y demasiado lento para alcanzar a completar las metas

establecidas en el contrato. Dicha notificación fue disputada por la empresa, estableciendo que tenía razones suficientes para obtener una prórroga de plazos. En abril de 2001, el representante del Ingeniero informo a la empresa que ésta no habría cumplido con los términos establecidos en la notificación y que además se encontraría atrasada en los pagos que debía realizar a los subcontratistas. Bayindir reiteró que tenía derecho a una prórroga de los plazos. El 20 de abril de 2001, NHA informó a Bayindir que le sería impuesta una sanción por daños por haber completado tardíamente una sección estipulada en el contrato. Bayindir notificó a NHA que la imposibilidad de completar dicha sección se debía a razones que estaban más allá de su control y solicitó que se llevara a cabo el procedimiento de extensión de plazos. El 23 de abril de 2001, NHA entrego una notificación de Término de Contrato, estableciendo que Bayindir debía dejar las instalaciones y entregarlas en un plazo de catorce días. Luego de la notificación, el personal de la rama de ingenieros civiles del ejército Pakistání, tomaron control de las instalaciones, evacuando al personal de Bayindir.

El 23 de diciembre de 2002, NHA concluyó un contrato para terminar el Proyecto M-1, con una empresa local (M/s Pakistan Motorway Contractors Joint Venture), otorgándoles un plazo de término de 1460 días.

En un comienzo Bayindir respondió presentando varias notificaciones de solicitud de arbitraje bajo la modalidad establecida en el contrato, dicho arbitraje nunca llegó a materializarse. En el año 2002, Bayindir eligió someter la controversia bajo el mecanismo establecido en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Pakistán y Turquía, alegando que Pakistán había violado diversas obligaciones, incluyendo el deber de otorgar un trato justo y equitativo, el trato nacional y el tratamiento otorgado por la cláusula de la nación más favorecida, junto con el derecho a compensación que le asistía en caso de expropiación.

En este caso la violación del trato justo y equitativo, presentaba un inconveniente preliminar debido al hecho que el referido Tratado Bilateral de inversiones no contenía una cláusula referente al trato justo y equitativo. En ese sentido Bayindir señaló que dicha obligación podría ser importada desde otros tratados bilaterales de inversiones concluidos por Pakistán, a través del estándar de tratamiento debido bajo la Cláusula de la Nación Más Favorecida. Bayindir reforzó su argumentación destacando, que el preámbulo del Tratado establecía que el trato justo y equitativo era necesario para mantener un

ambiente estable para las inversiones y una utilización efectiva de los recursos económicos.

A pesar que el Tribunal consideró que el preámbulo no establecía una obligación efectiva de trato justo y equitativo, si lo consideró como un elemento relevante para determinar la importancia que le otorgaban las partes al mismo. Más aún, hizo hincapié que el Tratado no excluía explícitamente la posibilidad que la provisión de la cláusula de la Nación Más Favorecida, acogiera la aplicación de estándares substantivos más favorables contenidos en otros Tratados concluidos por Pakistán.

En este contexto, el Tribunal consideró que la combinación entre el sentido corriente de la Cláusula de la Nación Más Favorecida con el lenguaje utilizado en el Preámbulo, debilitaba la posición de Pakistán, dado que la ausencia de dicha cláusula era una decisión intencional de las partes al concluir el Tratado. Por este motivo, el Tribunal permitió la utilización de la provisión de trato justo y equitativo contenida en el Tratado Bilateral de Inversiones acordado por Pakistán y Suiza unos meses después que entrara en vigencia aquél ratificado con Turquía.

En la fase de jurisdicción, se discutió si esta controversia nacía propiamente del Tratado o si era una de carácter contractual. El Tribunal determinó que tomaría todos los asuntos relacionados al contrato, como una cuestión de hecho relevante para determinar si existió un incumplimiento del Tratado, sin hacer alusión a si efectivamente existió un incumplimiento contractual. Por lo demás, estableció que un incumplimiento contractual no es una condición ni necesaria ni suficiente para encontrar un incumplimiento del Tratado.

Discusión de Fondo

Una vez determinada la posibilidad de la aplicación del trato justo y equitativo, a través de la Cláusula de la Nación Más Favorecida, el tribunal se centró en la identificación de las obligaciones relevantes del trato justo y equitativo (a) y el contenido del estándar aplicable (b). Junto con esto analizó la conducta del demandado que llevó a la expulsión de Bayindir (c), junto con los actos posteriores a la expulsión (d). Finalmente, se avocó a considerar si el cúmulo de actos perpetrados por el Estado de Pakistán

podrían considerarse una violación del estándar a pesar que cada uno separadamente no lo haga (e).

Posición del demandante

(a) Bayindir hizo alusión a las distintas provisiones de trato justo y equitativo en los Tratados concluidos por Pakistán, específicamente se centro en el artículo II(2) del TBI entre Pakistán y el Reino Unido.

(b) El contenido del estándar debe basarse enteramente en el Tratado, por lo que no se encontraría limitado a un estándar mínimo bajo el derecho internacional consuetudinario. Para ahondar en el contenido hizo referencia al caso Tecmed, poniendo énfasis en las expectativas básicas que sería protegidas y las conductas esperadas del Estado, en el sentido de mantener un entorno jurídico estable para la inversión.

(c) Dentro de este punto, Bayindir sostuvo cuatro principales argumentos. Primero, que sus expectativas legítimas fueron frustradas principalmente cuando hubo un cambio de régimen y el general Musharraf llegó al poder. Segundo, que hubo una conspiración para expulsarlo del país, ya que las razones para la terminación del contrato no se condecían con argumentos respecto al desempeño de la empresa. Tercero, referida a la expulsión efectiva desde las instalaciones, sostuvo que esta fue realizada bajo amenazas de soldados armados. Cuarto, sostuvo que le fue negada su posibilidad de ser oído, siendo tratado de una forma poco transparente, denegando el debido proceso y la equidad procesal.

(d) La conducta posterior del Estado no fue conducente con las obligaciones emanadas del contrato. Junto con esto, sostuvo que como repercusión de haber hecho efectiva la garantía se habría destruido financieramente al grupo Bayindir, produciendo un enriquecimiento injusto para el Estado.

(e) Bayindir no presento argumentos específicos en este sentido.

Posición del Estado

(a) Pakistán objetó la posibilidad de importar una provisión de trato justo y equitativo a través de la Cláusula de la Nación Más Favorecida. A su vez estableció, que el artículo II del TBI con el Reino Unido precedería al Tratado en cuestión, por lo que no sería razonable establecer que estuvo en la intención de las partes incluirlo en el posterior.

(b) De aplicarse la provisión anterior, ésta estaría vinculada a un estándar existente en el derecho internacional consuetudinario. Haciendo alusión a los casos ADF y Mondev, recalcó que el Tribunal carecía de la facultad para adoptar una posición cercana a su idiosincrasia sin hacer referencia a una fuente establecida de derecho.

(c) Haciéndose cargo de las acusaciones sostuvo: Primero, las expectativas legítimas, a pesar de estar protegidas por el estándar de trato justo y equitativo, no significa que puedan ser un sustituto al lenguaje empleado en el Tratado. Por lo demás el acuerdo sobre inversiones está por sobre el Contrato, que es el instrumento del cual emanan las expectativas. Segundo, el alegato de conspiración es infundado y requiere de un alto umbral probatorio para determinar la actuación de mala fe en ese sentido. Tercero, la expulsión fue realizada de acuerdo a lo estipulado en el contrato. Además no hubo una intimidación o amenaza al personal de Bayindir, ni siquiera hubo un reclamo luego de efectuada dicha operación. La presencia del personal militar fue necesaria para asegurar la seguridad del personal de Bayindir, ya que ésta mantenía sueldos impagos con sus empleados y subcontratistas. Cuarto, para la existencia de una falta al debido proceso, debe existir algún tipo de procedimiento administrativo donde estas exigencias puedan ser aplicables, en este caso solo se presentó un incumplimiento contractual. Por lo demás, Bayindir sostuvo reuniones con altas autoridades del Estado de Pakistán.

(d) NHA no realizó los pagos debido a que de acuerdo al contrato estos no eran exigibles hasta que se realizara la contabilidad final dentro del período final de responsabilidad por defectos. Respecto a la garantía, está fue requerida de acuerdo a las respectivas cláusulas del contrato.

(e) Pakistán no evacuó, respuesta en relación a este punto.

Determinación del Tribunal

(a) La base para la importación de la obligación de trato justo y equitativo hacia el Tratado fue provista por la Cláusula de la Nación Más Favorecida, donde se establece que el estándar aplicable proviene directamente del Tratado, y no del estándar mínimo que ofrece la costumbre internacional. A pesar que el derecho internacional consuetudinario y las observaciones de otros Tribunales, en cuanto a la aplicación del estándar mínimo sean relevantes, este caso dependerá de los términos específicos del estándar de trato justo y equitativo aplicables. Para estos efectos el Tribunal consideró el TBI entre Pakistán y Suiza, específicamente su artículo 4 para extraer la provisión de trato justo y equitativo. Este TBI fue concluido entre las partes unos meses después que el realizado con Turquía.

(b) El artículo 4 del TBI entre Pakistán y Suiza no hace referencia al derecho internacional general. El derecho internacional consuetudinario y las decisiones de otros Tribunales pueden servir de ayuda en la interpretación del contenido de esta provisión, en este caso particular dichas referencias son oportunas, ya que el Tribunal considera que dicho artículo establece una obligación general en cuanto al estándar, por lo que sería su deber encontrar dicho significado para las circunstancias particulares. De esta manera, tomó en cuenta la elaboración del contenido establecido en Tecmed, especialmente respecto a la doctrina de las expectativas legítimas. Junto a esto, estableció que la violación de un Tratado era algo distinto a un incumplimiento contractual, en el sentido que la participación del Estado debía ser en carácter de un acto soberano.

(c) Siguiendo el orden establecido. Primero, el momento en que las expectativas debían entenderse formadas en el momento en que se renovó el contrato en julio de 1997. Haciendo alusión a los casos de Saluka , Generation Ukraine y Duke Energy , consideró que las circunstancias relevantes para la formación de dichas expectativas debían ser “todas las circunstancias”, no solo aquellas circunscritas a la inversión, sino que el contexto socioeconómico, político, cultural e histórico prevaleciente en el Estado receptor. En este sentido, concluyó que el demandante no podía desconocer la inestabilidad del escenario político de Pakistán, y que las decisiones de inversión las realizó teniendo en cuenta que perfectamente podrían acontecer cambios políticos a futuro. De esta manera, el Tribunal decidió no aceptar la frustración de las expectativas legítimas. Segundo, el estándar probatorio para alegar la existencia de una conspiración

que involucre una actuación de mala fe es uno muy demandante. Para llegar a una definición de conspiración, el Tribunal hizo suya aquella establecida en el caso Waste Management donde se señaló que ésta consistía en la actuación consciente y combinada de varias agencias del gobierno, sin justificación, con la intención de frustrar los propósitos de un acuerdo sobre inversiones. Luego de apreciar la prueba presentada, el Tribunal determinó que no se habría establecido la existencia de una conspiración para expulsar a Bayindir por razones que no estuviesen relacionadas con el desempeño contractual. Tercero, no existió evidencia que el personal de Bayindir fuese amenazado, más bien pareció que el Pakistán envió a las tropas como una medida para asegurar el bienestar del personal de Bayindir, por la situación generada con los trabajadores y subcontratistas a quienes se les debían sus sueldos. En este consecuencia, sería desechada la posibilidad de coerción u hostigamiento por parte de NHA o de Pakistán. Cuarto, el tribunal concuerda con que una falta al debido proceso pueda generar una violación al estándar de trato justo y equitativo. En las circunstancias particulares de este caso, la decisión de NHA con el Gobierno, no están sujeta a esos deberes procedimentales, ya que constituyen una decisión dentro de un marco contractual. El mecanismo contractual utilizado, no lo fue en una manera que constituyese una violación del Tratado.

(d) El tribunal considera que los actos realizados por el Estado eran conducentes con las estipulaciones del Contrato, lo que ha sido tomado en consideración para establecer que no ha habido una violación del Tratado. Respecto al supuesto cobro de la garantía, esto no constituiría un acto soberano, sino más bien una situación propia de una relación contractual. El argumento de enriquecimiento ilícito es inconducente ya que los montos no han sido efectivamente retirados.

(e) A pesar que en teoría, actos que independientemente no sean considerados una violación del Tratado, como lo es en este caso, existe la posibilidad que considerados en conjunto puedan tener el efecto de ser atentatorios contra el Tratado. Dicha posibilidad ha sido descartada por el Tribunal.

Análisis del Laudo

La aplicación de la cláusula de la Nación más Favorecida, para la importación del estándar dentro de ésta controversia es una materia que escapa a este trabajo por lo que omitiremos esa discusión y nos centraremos en la determinación del contenido del estándar.

El Tribunal, decidió que esta provisión engendraba una obligación autónoma emanada del Tratado, en oposición a alguna que emanase del estándar mínimo internacional consuetudinario. Siendo esta la base, para adoptar una interpretación autónoma que no se encuentre circunscrita al derecho internacional consuetudinario como eje rector o como eje regulador. Dicha acepción permite la inclusión de parámetros determinados por otros Tribunales arbitrales para ajustar el contenido a las circunstancias particulares.

El contenido del artículo utilizado no hace referencia al derecho internacional general, pero si fueron tomadas en cuenta las decisiones de otros Tribunales y el derecho internacional consuetudinario para su interpretación. Al establecerse en la formulación una aproximación general a la obligación, el Tribunal entendió que era su deber dotarlo de significado. Para esta labor, utilizó los conceptos esgrimidos por los Tribunales que fueron citados por la partes. El demandante hizo alusión al caso Tecmed y por su parte el Estado hizo referencia al caso Thunderbird, que según el Tribunal toma como precedente el caso Tecmed. Por este motivo se hizo parte de la definición amplia del estándar establecido en este caso, específicamente respecto de las expectativas legítimas. Para la creación de dichas expectativas se siguió un patrón de delimitación de la obligación referida a la necesidad de establecer su legitimidad y razonabilidad. Para esto tomo las todas las circunstancias que rodeaban a la inversión como eje limitante y como parte de la exigencia a considerar para la legitimidad y razonabilidad de las expectativas. Con esto se hace patente lo que hemos descrito, como la exigencia de una calificación adicional que delimite la interpretación y extensión que debe darse a la expectativa.

Observamos que desde otra aplicación específica, se hizo referencia a la diferencia entre un incumplimiento contractual y la violación de un Tratado. En este caso, el Tribunal se alineó con la posición más restrictiva, considerando que no cualquier violación del contrato correspondería automáticamente a la violación del trato justo y equitativo, sino que se requeriría del ejercicio de un acto de autoridad para infringirlo.

Respecto a los argumentos esgrimidos respecto de la existencia de una conspiración, el Tribunal, nuevamente se alinea con la definición establecida por otro Tribunal, estableciendo que antela imputación de un acto que involucre mala fe, el estándar probatorio debe ser uno muy exigente. Aquí destacamos que en casi la unanimidad de los laudos, no se exige la prueba de mala fe en el actuar del Estado para llegar a una violación del estándar. Este caso es muy distinto, puesto que el demandante al sostener una acusación que involucre un actuar de mala fe colectivo por parte de distintas agencias dentro de un mismo Estado, se verá en la obligación de fundar sus argumentos, puesto que no se puede presumir la actuación de mala fe, más aún si consideramos que su prueba será un antecedente significativo para determinar que existe evidencia que el estándar ha sido infringido.

Existe consenso en los distintos laudos, que la sujeción al debido proceso es parte del trato justo y equitativo. Existe discusión respecto a sus alcances, más no de su existencia, en procedimientos administrativos o judiciales, sin embargo no se ha establecido como podría darse dentro del marco de una relación contractual. A nuestro parecer, en este punto, cobra relevancia, la determinación del acto de autoridad, para poder excluir del ámbito privado una actuación Estatal y de esa forma lograr encontrar una situación que pueda enmarcarse dentro de un procedimiento administrativo, sujeto a este elemento.

e. Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2 (NAFTA). Award (redacted version), 18 September 2009.

Hechos

El JMAF es un edulcorante producido a partir de pasta de almidón de maíz mediante un complejo proceso de uso intensivo de capital. Su uso principal es como sustituto del azúcar para bebidas y otros productos alimenticios. Cargill Incorporated, una empresa estadounidense productora de JMAF, en 1993 creó una división de molienda de maíz en su filial mexicana, para poder vender y distribuir JMAF en México. Tomó dicha medida alentada por la inminente entrada en vigor del TLCAN, que aumentaría el uso de dicho producto en México. Por otro lado, dicho Tratado abriría el mercado de estadounidense del azúcar a México, cuestión que producía un alto nivel de rechazo en los productores locales. Una vez entrado en vigor el TLCAN y, tras diversas negociaciones, aún se mantenía divergencias respecto a la fórmula para el cálculo de las cantidades de azúcar producido en México que le sería permitido el ingreso al mercado estadounidense. Ante la imposibilidad de entrada del producto, en lo que México calificó como un incumplimiento por parte de Estados Unidos, el gobierno Mexicano optó por tomar diversas medidas para proteger a sus productores de azúcar y presionar a Estados Unidos para que modificase su conducta y permitiese la entrada del azúcar Mexicano.

La primera medida fue recurrir, a la solución de diferencias previstas en el Capítulo XX del TLCAN, solicitando consultas conforme a lo previsto por el mismo capítulo. Luego de una larga negativa por parte de Estados Unidos de seguir los conductos establecidos en el TLCAN, manifestándose en última instancia en la negativa de designación de panelistas para llegar a la solución de diferencias, México decidió adoptar medidas internas. El 31 de diciembre de 2001, la Cámara de Diputados de México promulgo la Ley del IEPS, que impuso un impuesto del 20% a las bebidas que contuvieran edulcorantes distintos del azúcar de caña. También, el mismo día, el poder ejecutivo de México anunció que a las importaciones de JMAF de Estados Unidos se les exigiría un permiso emitido por el Secretario de Economía.

Previamente, en 1997, México había adoptado medidas antidumping respecto del JMAF importado, ante la solicitud de los gremios productores de azúcar Mexicano. En

enero de 2000, la OMC emitió un informe final en el que se concluía que las medidas antidumping de México no eran congruentes con el acuerdo antidumping de la OMC. En junio de 2001, la OMC emitió un nuevo informe, en el que se concluyó nuevamente que los derechos antidumping de México no cumplían con los requisitos del GATT; lo que fue confirmado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) en noviembre de 2001. El 20 de mayo de 2002, México derogó sus derechos y, el 17 de septiembre de 2002, reembolsó a Cargill los derechos antidumping pagados en 1997 y 1998.

Cargill sostuvo que el impuesto (IEPS) era discriminatorio en sus efectos, porque, si bien la producción y distribución de JMAF estaba a cargo exclusivamente de empresas de propiedad de Estados Unidos, la producción del azúcar de caña estaba a cargo de empresas de propiedad de México y de ingenios azucareros de propiedad del Gobierno de México. En el informe de la Comisión que acompañó al IEPS se confirmaba que se eximía del impuesto a las bebidas que contuvieran azúcar de caña porque México no quería afectar negativamente a la industria mexicana del azúcar. A su vez sostuvo que, como resultado de la aplicación del impuesto, el uso de JMAF se volvió prohibitivo por su costo para los productores mexicanos de bebidas, quienes cancelaron sus pedidos de JMAF y volvieron a utilizar el azúcar. Este impuesto se aplicaba al precio de las bebidas y no al JMAF, de modo que en realidad era un impuesto del 400% sobre el JMAF incorporado en la bebidas, lo que redundó, en última instancia, en la cancelación de los pedidos de JMAF por parte de todas las plantas embotelladoras de México. Hasta septiembre de 2002, con el IEPS se recaudaron US\$17 millones, un monto considerablemente inferior al indicado por las previsiones oficiales de US\$137,2 millones. Con esto, Cargill alegó que la finalidad del impuesto era perjudicar a la industria del JMAF, en lugar de recaudar ingresos.

El 10 de junio de 2004, Estados Unidos solicitó el establecimiento de un Grupo Especial de la OMC para investigar si el IEPS se ajustaba al cumplimiento de las obligaciones de México en virtud del GATT. El 7 de octubre de 2005, el Grupo Especial de la OMC determinó que la aplicación del impuesto violaba el Artículo III del GATT.

Respecto al permiso de importación, Cargill afirmó que México indicó que estos serían emitidos automáticamente, aunque se reservaba el derecho a limitar o suspender su emisión. Sin embargo, no publicó el proceso ni los criterios para obtenerlos. Cada vez

que Cargill solicitó un permiso, su solicitud fue rechazada. El 2 de marzo de 2005, se reunió con representantes del Secretario de Economía para averiguar por qué habían sido rechazadas sus solicitudes y qué necesitaba hacer para reunir las condiciones para obtener un permiso. Los funcionarios mexicanos le informaron que se le habían denegado los permisos porque el Congreso mexicano no había fijado parámetros cuando estableció la necesidad de contar con un permiso, de modo que no podía otorgarse ningún permiso.

En septiembre de 2005, Cargill presentó un recurso de revocación para lograr que se dejaran sin efecto los rechazos de los permisos. La autoridad administrativa no contestó, de modo que Cargill entabló un procedimiento judicial de nulidad en abril de 2006 que, según la información de que disponía el Tribunal al momento de la audiencia, sigue pendiente.

Discusión de fondo

El principal asunto discutido, es la determinación si las medidas adoptadas por el Estado mexicano, violaron las obligaciones que había asumido con Cargill en virtud del artículo 1105 del TLCAN. La demandante sostuvo que el Tribunal no debería tener en cuenta cada medida en forma individual sino que, por el contrario, debería considerar todas y cada una de ellas en el contexto de una campaña prolongada e inflexible de México para expulsar fuera del mercado a los productores de JMAF de Estados Unidos y sus inversiones de JMAf en México. Por su parte el Tribunal reconoce que el IEPS, en cuanto consecuencia de la exclusión impositiva establecida en el artículo 2103 del TLCAN, no puede por sí misma servir de base para una reclamación en virtud del artículo 1105. A pesar, que las alegaciones, se refieren a un conjunto de situaciones, que en su conjunto pretenden probar, que el gobierno no ha proporcionado el entorno comercial estable y previsible al que tienen derecho los inversionistas. En este caso, la denegación del permiso de importación, bastaría para constituir una violación del Artículo 1105.

El demandado, sostuvo que varias de las medidas mencionadas por el demandante están fuera de la jurisdicción del Tribunal, además rechaza la consolidación de las medidas, afirmando que el Tribunal debe analizar y examinar cuidadosamente cada medida.

En segundo lugar, un asunto controvertido, es respecto al contenido de las obligaciones que debe cumplir un Estado parte en virtud del Artículo 1105 del TLCAN. Por un lado la demandante defiende que las obligaciones deben ser determinadas basándose en lo que se califica como una interpretación convencional o autónoma de las obligaciones de trato justo y equitativo en el marco de los tratados y, por otro, el Estado sostiene que el Artículo 1105 incorpora por referencia las obligaciones de trato justo y equitativo conforme al derecho internacional consuetudinario.

El artículo 1105(1) del TLCAN establece: “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”.

El tribunal estructuró las argumentaciones de las partes de la siguiente manera: primero, las argumentaciones respecto a la norma de trato justo y equitativo en general; segundo, argumentación respecto a la aplicación en este caso del aparente requisito de un entorno estable y previsible que no desvirtúe las expectativas razonables; tercero, argumentación respecto a la aplicación en este caso de la aparente exclusión de arbitrariedad, ambigüedad e incoherencia; cuarto, argumentación respecto a la aplicación en este caso del aparente requisito de transparencia; quinto, argumentación respecto a la aplicación en este caso de la aparente ausencia de discriminación.

Posición del Demandante

Para mantener la estructura del Tribunal, presentaremos los argumentos de ambas partes, siguiendo el orden planteado anteriormente.

Reconociendo la pertinencia de la nota interpretativa de la Comisión de Libre Comercio (CLC) sobre el artículo 1105, sostuvo que un cambio de enfoque para examinar el derecho internacional consuetudinario reviste escasa importancia práctica, porque la norma de derecho internacional consuetudinario es equivalente a la norma que se obtiene al interpretar la frase trato justo y equitativo como si fuera una obligación autónoma de los tratados. Así, sostiene que la norma consuetudinaria respecto del trato justo y equitativo ya no es tan estricta como lo fue en la decisión en el caso Neer en 1926. Además, afirmó

que los tres Estados parte del TLCAN han aceptado la naturaleza cambiante de la norma, por lo que ahora la norma de derecho internacional consuetudinario sería efectivamente equivalente al significado autónomo asignado por otros tribunales a la frase justo y equitativo. En este sentido, señaló que en el laudo del caso Tecmed, se establece el significado autónomo junto con el contenido actual del derecho internacional consuetudinario en cuanto al deber de otorgar un trato justo y equitativo. Este deber estaría compuesto por cuatro componentes primarios, requiriendo; primero, un entorno estable y previsible que no desvirtúe las expectativas razonables; segundo, una ausencia general de arbitrariedad e incoherencia; tercero, transparencia; y, cuarto, una ausencia de discriminación. Estos formarían parte de la norma mínima de trato en el marco del derecho internacional consuetudinario.

1) Cargill señaló que en el preámbulo del TLCAN se establece la necesidad de asegurar un marco comercial previsible para la planeación de las actividades productivas y de la inversión, en respaldo de esto también incorpora el laudo del caso Tecmed. Asimismo, sostiene que el Estado modificó las reglas en las que se había basado para sus expectativas legítimas y que era imposible prever que el Estado adoptaría medidas especiales para perjudicar su inversión. Dicha transformación del panorama de inversiones, no puede considerarse un riesgo comercial legítimo porque no fue consecuencia de factores económicos naturales sino que se debió exclusivamente a medidas hostiles adoptadas por el Estado receptor.

2) Cargill, alegó que las medidas contra el JMAF fueron arbitrarias, ambiguas e incoherentes, como lo demuestran tres hechos alegados; primero, el IEPS se aplicó exclusivamente en respuesta a presiones políticas y proteccionistas nacionales, en vez de constituir un intento por aumentar los ingresos; segundo, el requisito del permiso no estaba relacionado razonablemente con ningún propósito salvo el de excluir al JMAF importado de Estados Unidos, como lo demuestra el hecho de que el Gobierno no anunciara los criterios para obtener el permiso; y, tercero, el IEPS fue, en los hechos, un impuesto sobre el JMAF, y no sobre las bebidas, dado que las bebidas endulzadas únicamente con azúcar de caña estaban exentas de su aplicación. Dichas medidas fueron contradictorias ya que se apartaron diametralmente del trato impositivo equivalente que el Estado otorgó en un principio al azúcar y el JMAF.

3) Cargill sostuvo que la transparencia no es sólo una protección de vital importancia para los inversionistas, sino que, además, está incluida en el TLCAN como uno de los objetivos primordiales, conforme se dispone en sus artículos 102, 1306, 1411, 1802(1) y 1802(2). El Estado violó su obligación de transparencia cuando adoptó el IEPS y el requisito del permiso de importación poco después de la reunión que mantuvieron funcionarios mexicanos y la empresa para analizar cuestiones relativas al endulcorante, en la que no se mencionaron las medidas cuya aplicación era inminente. Además el Gobierno, no anunció los criterios para obtener un permiso ni respondió a los pedidos de información adicional que formuló la empresa.

4) Cargill presentó un análisis de actos de discriminación a partir del examen de los artículos 1102 y 1103 del TLCAN.

Posición del Estado

1) El Estado Mexicano sostuvo que la Nota de la CLC requiere que el Tribunal aplique la norma de trato justo y equitativo establecida en el derecho internacional consuetudinario. Aceptando que la norma tomada a partir del caso Neer puede ir evolucionando. Lo que no acepta es que la norma de derecho internacional consuetudinario ha evolucionado en el tiempo de manera tal que, a este punto, tiene un significado idéntico al que algunos tribunales le han atribuido a la obligación como cuestión de interpretación autónoma de los tratados.

De esta forma, sostiene que la alusión al caso Tecmed es incorrecta, ya que esta disputa no se origina en el marco del TLCAN sino que respecto de un TBI, además sería incorrecta en el contexto de la Nota de la CLC por las siguientes cuatro razones; primero, postula un grado de claridad, simplicidad y unidad de objetivos regulatorios que ningún Estado, ni siquiera el más desarrollado, puede alcanzar; segundo, muestra una falta de entendimiento sobre la complejidad de las decisiones que los Gobiernos deben adoptar, algunas veces con urgencia, sobre la base de la información disponible, por lo cual pueden ser imperfectas, incompletas o incluso erróneas; tercer, exime a los inversionistas de la obligación de obtener información sobre la ley; y, cuarto, aparentemente se basa en la idea de que las expectativas subjetivas del inversionista son la fuente de las obligaciones de un Estado conforma al tratado.

2) El Estado mexicano presentó, estudios de viabilidad y memorandos internos de Cargill como prueba de que el requisito del permiso de importación no sólo no tomó por sorpresa a la demandante sino que, además, ésta conocía de antemano la posibilidad de que se aplicara tal medida. A mayor abundamiento, mencionó que el 23 de agosto de 2001 se llevó a cabo una reunión en la que el secretario De la Calle supuestamente informó a los representantes de Cargill que se impondrían tales restricciones si la disputa relativa al mercado del azúcar no se resolvía rápidamente.

3) El Estado mexicano sostuvo que en este caso, a la luz de las circunstancias difíciles en las que se encontraban los cañeros y los ingenios azucareros y del estado de la industria azucarera mundial, en Estados Unidos y particularmente en México, no era posible considerar que los actos de México en cuestión en este caso alcancen el nivel de actos arbitrarios conforme al estándar de derecho internacional. Se propuso una definición estricta del concepto de arbitrariedad, establecido por el Tribunal en el caso Elettronica Sicula S.P.A. (Elsi), donde esta requiere de la “inobservancia intencional del debido proceso legal” o un “acto que choca contra el sentido de idoneidad judicial, o al menos lo sorprende”. Asimismo, sostuvo que los Tribunales del TLCAN han sostenido de manera homogénea, que aún cuando la administración de los programas gubernamentales es deficiente, ello no constituye una violación de la norma mínima de trato en virtud del derecho internacional consuetudinario.

4) El Estado sostuvo que el artículo 1802 y su disposición en materia de transparencia no forman parte del Capítulo XI, y por lo tanto están fuera de la jurisdicción del Tribunal. A su vez, afirmó, que el derecho comercial internacional convencional establece que el deber del Estado es publicar sus leyes y reglamentos, pero que el derecho convencional no es equivalente al derecho internacional consuetudinario.

5) El Estado indicó que esa reclamación era inaplicable ya que el sentido del artículo 1105 es diferente de los artículos 1102 y 1103.

Determinación del Tribunal

1) Primero el Tribunal observó que la mención a un trato justo y equitativo en el artículo 1105(1) debe ser entendida mediante referencia al derecho internacional consuetudinario, más aún, en consonancia con la Nota interpretativa de la CLC, dicho artículo requiere ni más ni menos que la norma mínima de trato exigida por el derecho internacional consuetudinario. La determinación del contenido de la costumbre incorpora no sólo cuestiones de derecho sino también, una cuestión de hecho, cuando la costumbre forma parte de las prácticas de los Estados que ellos consideran jurídicamente obligatorias. Sobre todo si la costumbre no es clara o está sujeta a controversia, la parte que hace valer esa costumbre debe establecer su contenido.

En este caso, las partes coinciden en que la norma de derecho internacional consuetudinario contienen el estándar mínimo, establecido en el caso Neer en 1926, también coinciden en que dicha norma evoluciona con el tiempo. Discrepan en la forma como a evolucionado, por lo que la carga de establecer cualquier nuevo elemento de esta costumbre recae en la Demandante. En este contexto, fue importante señalar, que los laudos de los tribunales internacionales no crean derecho internacional consuetudinario sino que, como máximo, son un reflejo de tal derecho, donde se les asignará mayor valor probatorio si las conclusiones que contienen están respaldadas por pruebas y análisis de la costumbre. Por su parte, la Demandante, baso su argumento en gran medida en el laudo dictado en el caso Tecmed, cuestión que el Tribunal consideró que estaba fuera de lugar. Las declaraciones del tribunal de Tecmed no se fundamentan en la norma mínima de trato establecida en el derecho internacional consuetudinario sino que, por el contrario, se asientan en una norma autónoma basada en la interpretación del texto. Dicho fallo no es ilustrativo en el presente arbitraje en lo que respecta al alcance y los límites del trato justo y equitativo exigido en el artículo 1105 del TLCAN.

La norma mínima de trato en el marco del derecho internacional consuetudinario, puede evolucionar en forma concordante con los cambios en las prácticas del Estado expresando en cierta medida las expectativas de la comunidad internacional. Por lo tanto, la cuestión fundamental a determinar es precisamente qué exige actualmente el derecho internacional consuetudinario en cuanto a la norma mínima de trato que se ha de otorgar a los extranjeros. El Tribunal observó que en los laudos anteriores en el marco del TLCAN no se tendió a asignar un mayor grado de rigurosidad al fallo en el arbitraje Neer sino, más bien, adaptar el principio en que se asentó dicho fallo a las posiciones económicas

más diversas y complicadas que mantienen los nacionales y extranjeros en la actualidad, aunque manteniendo la exigencia de la gravedad de la conducta. En dicho sentido, la falta o denegación de una calidad o derecho debe ser grave, manifiesta, total o de tal magnitud que atenta contra los cánones judiciales. El Tribunal señaló que, a pesar que, dichas palabras pueden resultar imprecisas, siguen estableciendo el requisito mucho más estricto de gravedad que no se encuentra presente en el caso Tecmed.

Como conclusión, el Tribunal sostuvo que la norma de trato justo y equitativo conforme al actual derecho internacional consuetudinario refleja, como mínimo, la adaptación de la norma aceptada del caso Neer a las condiciones actuales. Ahora, si la conducta del gobierno respecto de la inversión constituye una falta grave de conducta, sea cual fuere el contexto concreto de las medidas adoptadas respecto de la inversión, en ese caso, la conducta constituiría una violación de la obligación consuetudinaria de otorgar un trato justo y equitativo. Para establecer el parámetro, desde el cual se evalúa la conducta de un Estado, el Tribunal recurrió a los criterios utilizados en el caso GAMI : primero, la falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin más no representa necesariamente una violación del derecho internacional; segundo, la falta de cumplimiento de los requisitos de la leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional; tercero, la prueba de un esfuerzo de buena fe de parte del Gobierno para lograr los objetivos puede compensar las instancias de no observancia de los requisitos legales o reglamentarios; y, cuarto, la totalidad de los antecedentes, no hechos aislados, determina si ha habido una violación del derecho internacional.

2) El Tribunal considera que el preámbulo del TLCAN como único sustento jurídico, no es prueba suficiente de la existencia de una obligación de proporcionar un entorno previsible que no desvirtúe las expectativas razonables que tenía el inversionista en oportunidad de realizar la inversión, dentro del TLCAN o en el derecho internacional consuetudinario, por lo menos en los casos en que tales expectativas no emanan de un contrato o de una base cuasicontractual.

3) Concordando con lo expresado en el caso ELSI, el Tribunal consideró que la arbitrariedad puede ocasionar una violación de los deberes de un Estado en virtud del artículo 1105, pero únicamente cuando los actos del Estado exceden una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos

o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto.

4) El Tribunal sostuvo que la Demandante no estableció que la obligación general de transparencia esté incluida en la norma mínima de derecho internacional consuetudinario. Ya que el principal precedente, el caso *Tecmed*, entrañó la interpretación de una norma autónoma de trato justo y equitativo, sobre la base de los tratados, y consideró que la transparencia era un elemento de las expectativas básicas de un inversionista en vez de una obligación independiente en el marco del derecho internacional consuetudinario.

5) El Tribunal siguiendo la Nota interpretativa de la CLC, señaló que, una resolución en el sentido de que haya violado otra disposición del TLCAN no implica que se haya violado el artículo 1105. Consiguientemente, un análisis de los hechos presentados como prueba de una violación de los artículos 1102 y 1103 no ayudaría al Tribunal a determinar si se violó el artículo 1105.

Para determinar si una medida no cumple el requisito de trato justo y equitativo, todo tribunal debe examinar cuidadosamente si las medidas sujetas a reclamación fueron manifiestamente injustas, ilícitas o idiosincrásicas; arbitrarias más allá de una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto; o entrañaron una falta absoluta del debido proceso que choca contra el sentido de idoneidad judicial. El Tribunal observó que otros tribunales del TLCAN han expresado la opinión de que la norma de trato justo y equitativo no es estricta al grado de exigir “mala fe” o “negligencia intencional en el cumplimiento del deber”. El Tribunal estuvo de acuerdo. Empero, señalando con énfasis que, si bien no se requiere mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento del deber, ciertamente la existencia de tales circunstancias será prueba suficiente.

Pese a que el Tribunal sostuvo que los efectos del IEPS, así como las consecuencias de los derechos de antidumping podrían no servir como base de una

reclamación por violación del artículo 1105, pueden sin embargo, ayudar al Tribunal a comprender el contexto de los actos que legítimamente están dentro de su competencia. Por lo tanto el Tribunal analizó únicamente el requisito del permiso de importación. Respecto del cual consideró que el hecho más determinante fue que México aplicó el permiso de importación con la expresa intención de perjudicar en la mayor medida posible la inversión en JMAF realizadas por la Demandante. Por dicha razón, el Tribunal determinó que ésta medida excedía la norma de falta grave de conducta asemejándose a un acto de mala fe.

Análisis del Laudo

Este Tribunal, debiendo fallar de acuerdo al TLCAN y la nota interpretativa de la CLC, estableció que la correcta interpretación del artículo 1105, debía ceñirse por los cánones del derecho internacional consuetudinario. La interpretación autónoma defendida por el demandante fue completamente rechazada por no ajustarse al contexto normativo. La referencia al caso Neer como prueba de la norma mínima establecida por la costumbre, no es discutida puesto que se enmarca en un contexto de la norma mínima establecida por la costumbre internacional. Al analizar su evolución, el Tribunal descartó la inclusión del caso Tecmed, puesto que éste se enmarcaba en una interpretación autónoma de la cláusula, lo que implica a la construcción de un parámetro más exigente que aquel establecido por la estándar mínimo. Dicho laudo no es prueba concluyente de la actual evolución de la costumbre internacional, puesto que la norma mínima de trato aún continúa regida por un requisito mucho más estricto de gravedad que aquel establecido en Tecmed. En este sentido, la falta o denegación de una calidad o derecho grave, manifiesta, total o de tal magnitud que atenta contra los cánones judiciales, sigue siendo el piso establecido por la norma mínima de trato. Quien pretenda alegar que la evolución luego del caso Neer, ha incorporado otros elementos, debe probarlos a través de fuentes propios del derecho internacional consuetudinario. Asimismo, dichas pruebas deben estar sustentadas en prácticas del Estado. En este punto el Tribunal hace referencia a que dichas prácticas adquirirán un nivel de consistencia o legitimidad en la medida en que sean una expresión de expectativas creadas hacia la comunidad internacional.

Para dotar de contenido al nivel de conducta exigible hacia el Estado, el Tribunal utilizó como precedente de autoridad el laudo del caso GAMI, que se encontraba enmarcado dentro del contexto TLCAN, bajo una interpretación que hacía referencia a la norma mínima de trato establecida por el derecho internacional consuetudinario.

Haciendo referencia a la arbitrariedad, el Tribunal hizo referencia al caso ELSI, que si bien su preponderancia no está basada en que sea parte del contexto del TLCAN, dos de los Estados parte de dicho Tratado, aceptaron dicha declaración como la mejor definición de arbitrariedad. Para sustentar el resto de los alegatos, el Tribunal reiteró que estos deberían estar respaldados por decisiones que se enmarcasen dentro de un contexto de interpretación de la cláusula haciendo referencia a la norma mínima de trato establecida por el derecho internacional consuetudinario, ya que la referencia a laudos propios de casos enmarcados en el contexto de un TBI, no serían prueba suficiente para determinar que un elemento fuese parte de la misma norma mínima de trato.

El Tribunal concluye, siguiendo la nota interpretativa de la CLC, que la violación de otro artículo no implicaba la violación del artículo 1105. En el capítulo cuarto, expusimos que en uno de los propósitos originales de la cláusula en los TBI, era el de funcionar como una provisión que llenase los espacios vacíos que podrían haberse dejado por otras cláusulas más específicas dentro de los mismos. En el contexto TLCAN, se ha desechado esa posibilidad, dándole una operatividad independiente a ésta provisión, sin que sea capaz de entrelazarse con el resto de las provisiones del Tratado.

f. Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan, SCC Case No. V (064/2008) (ECT). Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009.

Hechos

En 1997 el demandante, Sr. Mohammad Ammar Al Bahloul, nacido en Siria, de nacionalidad Austriaca, se reunió con los representantes comerciales de Tayikistán, para iniciar conversaciones sobre inversiones en el sector del gas y petróleo. Dichas reuniones concluyeron en la firma de dos Acuerdos de exploración de gas y petróleo con un comité Estatal, en junio y noviembre de 1998 respectivamente. Los términos de dichos acuerdos eran casi idénticos, y comprendían la obligación del demandante de proveer, bajo su propio riesgo y gasto, los equipos y materiales necesarios, pudiendo delegar y transferir sus derechos y obligaciones, además de poder contratar con cualquier empresa o firma fuera de Tayikistán para realizar el trabajo. Por su parte, la obligación principal del Estado consistía en otorgar a los expertos austríacos todos los materiales geológicos y tecnológicos necesarios, junto con asegurar el otorgamiento de las licencias y permisos para poder desarrollar las exploraciones geológicas.

En Agosto de 1998 y en Mayo de 1999, se otorgaron dos licencias y permisos para desarrollar los trabajos estipulados en los Acuerdos. Después de haber comenzado el trabajo, el Demandante llegó a la conclusión que la operación no podría seguir desarrollándose, debido a la falta de experiencia por parte de los Tayikos, por lo que interrumpió el trabajo en el comienzo de 2000.

Luego de discusiones entre las partes, y en un contexto de alza de los precios del petróleo, en el año 2000, llegaron a un acuerdo, involucrando la suscripción de un joint venture para la exploración y explotación de gas y petróleo. Para hacer efectivo, se firmaron dos acuerdos entre, Vivalo, por parte del demandante, y dos entidades Estatales, en Junio de 2001. Para este propósito, mediante un decreto presidencial (Decreto N° 397), se creó el Baldjuvon joint venture, cuya propiedad quedaría en un 40% en manos de una entidad Estatal y el 60% en manos de Vivalo. Mediante este decreto, se estableció que sería obligación de Vivalo, el financiamiento, diseño, manufacturación y la

adquisición del equipamiento necesario, junto con su transporte, para la construcción de una plata refinadora.

En diciembre de 2000, se firmaron otros cuatro acuerdos de exploración y explotación, entre el Estado y el demandante.

En junio de 2001, se firmaron los documentos que darían inicio a los dos joint ventures a los que hacían alusión los primeros acuerdos y el decreto presidencial, a saber, Petroleum SUGD y Baldjuvon. A pesar de la constitución de ambos, el demandante alegó que, durante el año 2002 diversos problemas de administración y técnicos se suscitaron. Según el representante técnico de Vivalo en Petroleum SUGD, el socio Tayiko puso a todos sus 1000 empleados en la nómina de pagos del joint venture, cuando solo se había acordado que serían 300, además le hizo responsables de los salarios impagos, impuestos y deudas incurridas antes de su creación, suspendió el suministro de electricidad de los posos petroleros, y le hizo cargo de los servicios públicos, como el suministro de agua hacia la ciudad. Junto con esto, insistió que Vivalo siguiera invirtiendo, a pesar del hecho que los permisos y licencias no habrían sido emitidos, luego de diversas solicitudes ante el Ministerio de Energía. Como resultado de estas condiciones, el Demandante selló los posos que Petroleum SUGD habría estado perforando para evitar incurrir en nuevos costos. Ningún tipo de actividad de exploración fue realizada en las otras áreas cubiertas por los Acuerdos de diciembre de 2000.

En la junta del directorio de Petroleum SUGD, de 12 de diciembre de 2002, los directores tomaron la decisión que el capital que le faltaba enterar a Vivalo, sería pagado mediante el otorgamiento de maquinaria, activos físicos, servicios, y contratos de servicios que habría negociado con una empresa Rusa, en vez de enterarlo en efectivo, como habría sido contemplado desde un principio. En la junta general de accionistas, celebrada días después, los representantes de los accionistas Tayikos junto con los representantes del Estado, señalaron que Vivalo habría incumplido completamente su obligación de contribuir con el capital autorizado. Los accionistas Tayikos solicitaron que se efectuara una reducción de capital de Petroleum PUGD, para reflejar la contribución efectiva de las partes. Dicha moción fue rechazada por Vivalo, quien sostenía una mayoría en el directorio.

Después de la junta general de accionistas, Sugdneftegaz, el socio Tayiko, interpuso una acción contra Vivalo ante la Corte Económica del Distrito de Sugdskava, buscando que se anulara la decisión de reducción de capital. La audiencia tuvo lugar el 14 de marzo de 2003. El demandante alegó que pidió una extensión de un día, ya que no tendría una visa para poder ingresar al país, dicha solicitud fue rechazada. En dicha audiencia se sostuvo que la junta de 15 de diciembre de 2002 habría sido nula y que el capital autorizado de Petroleum SUGD debería ser reducido para reflejar las contribuciones efectivas de las partes.

En esta misma época, una carta fue enviada por un individuo Austríaco, el Dr. Schenz, quien había sido el gerente general de Vivalo, al Ministro de Energía, proponiéndole una reunión para explorar la posibilidad de inversión en el sector de petróleo y gas de Tayikistán. El Dr. Schenz ahora estaría vinculado con la empresa austríaca, Austrian Energy Partners, que parece haberse convertido en el principal socio de Petroleum SUGD. Para el demandante dichos encuentros serían una falta y una conducta indebida por parte del Estado.

Por otro lado, la junta general de Baldjuvon, fue realizada el 28 de Noviembre de 2003, en ausencia del inversionista extranjero, y donde, por lo demás, se tomó la decisión de expulsarlo de la compañía.

Además en ese momento, el Ministro de Finanzas y el socio Tayiko interpusieron una acción en contra de Vivalo ante la Corte Económica para que se declarase a Baldjuvon LLC, como una empresa fallida.

Discusión de fondo

Principalmente respecto del trato justo y equitativo lo que reclama el demandante es que el Estado ha violado las disposiciones del Artículo 10(1) del Tratado sobre la Carta de la Energía (Energy Charter Treaty-ECT). Este Tribunal se avocó a dilucidar si existía una interconexión entre las provisiones del citado artículo que queden englobada bajo una obligación de otorgar un trato justo y equitativo.

Ante la ausencia del Estado, el Tribunal se concentró en determinar cuáles eran los elementos que contenía la obligación de otorgar un trato justo y equitativo, desde la perspectiva de una interpretación del tratado. Para toda ésta labor se basó principalmente en el texto del artículo 10(1), que se encuentra citado a continuación.

PARTE III-PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES ARTÍCULO 10

PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y TRATO DE LAS INVERSIONES

De conformidad con las disposiciones del presente Tratado, las Partes Contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras Partes Contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder en todo momento a las inversiones de los inversores de otras Partes Contratantes un trato justo y equitativo. Estas inversiones gozarán asimismo de una protección y seguridad completas y ninguna Parte Contratante perjudicará en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas. En ningún caso podrá concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional, incluidas las obligaciones en virtud de los tratados. Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.

Posición del demandante

Para el demandante, las dos primeras oraciones del artículo 10(1) del Energy Charter Treaty (ECT) están interconectadas con la obligación de otorgar un trato justo y equitativo. Por lo que para evitar repeticiones innecesarias optó por consolidar sus argumentos bajo estas dos provisiones, presentándolas en conjunto en su argumentación de hecho y de derecho respecto de la violación de la obligación de trato justo y equitativo.

El demandante se basó en cuatro argumentos para sostener su alegato de violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo. Estos son:

- i) Inconsistencia y falta de transparencia en el otorgamiento de permisos y de visas.
- ii) Frustración de las expectativas legítimas de otorgamiento de permisos.
- iii) Falta de observancia del debido proceso en los procedimientos ante la Corte; y,
- iv) Trato injusto al iniciar negociaciones con un inversionista potencial para Petroleum SUGD antes que la Corte Económica de SUGD emitiera una decisión el 14 de Marzo de 2003 y, por no haber informado al Demandante.

Posición del Estado

En este caso, la defensa del Estado de Tayikistán se limitó a objetar la jurisdicción del Tribunal, esgrimiendo un acuerdo en el que se estipulaba que cualquier diferencia entre los fundadores y la compañía y cualquier otra persona natural, incluyendo los extranjeros debería ser resuelta por la Corte Suprema de Economía de la República de Tayikistán y, de acuerdo a las leyes de la República de Tayikistán.

La falta de comparecencia del Estado redundó, entre otras cosas, en la imposibilidad de presentar diversas pruebas documentales y testimoniales. Esto debido también a la imposibilidad de ingreso del demandante a Tayikistán.

Determinación del Tribunal

En primer término, el Tribunal señaló que la jurisprudencia previa, aunque no vinculante, fue de gran ayuda en la interpretación del contenido de la provisión de trato justo y equitativo. Sin embargo, el Tribunal mantuvo dos consideraciones en mente. Primero, que mientras los tratados de inversiones tienden a ser similares en la protección que entregan, no son idénticos, y que era tarea del Tribunal interpretar el texto específico del Tratado que se presentaba. Segundo, que las declaraciones generales de principios no podían tomarse sin considerar las circunstancias bajo las cuales fueron realizadas, que pueden o no ser similares a las de este caso. Asimismo señaló que habría tomado como principio rector de interpretación, aquel establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

Junto con esto, destacó las dificultades con las que se enfrentó a raíz de las pruebas de hecho que sostenía la posición del demandante. Ya que en éste recaía la carga de la prueba de los hechos alegados, necesarios para respaldar sus fundamentos, considerando la no comparecencia del Estado.

Tomando la estructura de argumentación del demandante, el Tribunal comenzó señalando que adoptaría la posición respecto a la aproximación del demandante respecto al tratamiento de las dos provisiones establecidas en las primeras dos oraciones del artículo 10(1). Sostuvo que dicho tratamiento tendría un precedente en un caso de arbitraje referente al ECT, específicamente, en el caso *Petrobart v. República de Kirguistán*, donde todas las provisiones del artículo 10(1) fueron consideradas como interconectadas, bajo la intención de asegurar el trato justo y equitativo de las inversiones. A continuación el tribunal se refirió a los cuatro argumentos presentados por el demandante.

i) Para presentar una noción de transparencia como un elemento del trato justo y equitativo el Tribunal hizo presente la interpretación que se dio en el contexto TLCAN, concretamente en el caso *Metalclad v. México*, donde ese Tribunal sostuvo que ésta incluía la idea que todos los requisitos legales relevantes para el propósito de iniciar, completar y desarrollar exitosamente la inversión bajo el Acuerdo debían estar disponible para todos los inversionistas de la otra Parte. Por su parte, para la noción de consistencia como elemento del trato justo y equitativo, el Tribunal se hizo parte de la proposición que, el inversionista extranjero tenía el derecho a esperar que el Estado actuase sin revocar arbitrariamente alguna decisión preexistente o permisos otorgados por el mismo, en base a los cuales el inversionista haya confiado para asumir sus compromisos como para planificar e iniciar sus actividades comerciales. Dicha proposición fue expresada en el caso *Tecmed v. México*. Para concluir este punto, señaló que ninguno de estos criterios estarían destinados a requerir que el Estado mantenga estático su marco normativo, tal como lo señaló el Tribunal en el caso *CMS v. Argentina*.

ii) Para establecer que ha habido una frustración de las expectativas legítimas tres factores debía ser analizados: primero, la naturaleza de dichas expectativas; segundo, la confianza de dichas expectativas; y, tercero, la legitimidad de dicha confianza.

El Tribunal tomó como estándar legal de las expectativas legítimas, aquel señalado en el arbitraje en el marco del TLCAN en *Thunderbird v. México*. Dicho Tribunal sostuvo que el concepto de expectativas legítimas se relacionaba a la situación donde la conducta de una de las Partes contratantes crea una expectativa razonable y justificada, para que el inversionista pueda actuar confiando en dicha conducta, por lo que la frustración de esas expectativas, por una Parte del TLCAN, podría causar daños para el inversionista. Asimismo, hizo mención del argumento esgrimido en el laudo el caso *Parkerings-Companie AS v. Lituania*, en el que se estableció que las expectativas legítimas podrían basarse en el ordenamiento legal del Estado y/o en las garantías explícitas o implícitas otorgadas a los inversionistas. Finalmente en dicho laudo también se sostuvo que en el caso que el Estado no otorgase garantía alguna, las circunstancias que rodearan la conclusión del acuerdo serían decisivas para determinar si las expectativas del inversionista eran legítimas.

iii) El Tribunal reconoce que en la doctrina y la jurisprudencia, se establece que el deber de otorgar un debido proceso es parte de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo. El tribunal reconoció que dicho deber tendría varias facetas, muchas de las cuales se superpondrían. Entre estos factores reconoce, la obligación de notificar a un inversionista de alguna audiencia y de no tomar una decisión sobre una demanda en su ausencia. Una violación de deber también puede presentarse en la postergación indebida de un procedimiento, si el Gobierno ejerce presiones indebidas en procedimientos judiciales o administrativos, o si la composición de un Tribunal responsable de cierto procedimiento es alterado por el Gobierno. Estos elementos de la obligación fueron extraídos de la obra de Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law*, al cual el Tribunal hace referencia. Otro elemento señalado fue la obligación de no aplicar maliciosamente la ley substantiva, lo que fue formulado en el laudo del caso en el contexto TLCAN, *Mondev v. USA*.

Además de estos elementos, que fueron presentados por el demandante, el Tribunal consideró otras facetas del estándar que no fueron mencionados.

Por lo que señaló, la obligación de no usar los poderes para propósitos impropios, es decir, aquellos que no están cubiertos por la ley que autoriza la actuación de dichos

poderes. Cuestión presentada en el caso *Saluka v. República Checa*. Prosiguió, con la obligación de no actuar intencionalmente contra el inversionista para dañar su inversión, cuestión planteada en el caso *Waste Management v. México*. Finalmente, señaló la obligación de no ejercer una presión indebida sobre el inversionista para conseguir ciertos objetivos, lo que fue destacado en el caso *Pope & Talbot v. Canadá*.

iv) Respecto del argumento que no existía evidencia suficiente para sostener una violación del Tratado. Señalo, que aunque existiese una objeción legal a dicha conducta, no existían suficientes pruebas de que los hechos hayan ocurrido o del contenido de las negociaciones.

Análisis del Laudo

El laudo comienza, estableciendo que la interpretación del referido artículo debe ser realizado de un manera autónoma, tomando en cuenta las reglas establecidas por el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. A pesar de mencionar este artículo, el Tribunal sólo pone énfasis en la primera regla de interpretación establecida por el artículo 31.1, dejando de lado las otras tres reglas que establece el artículo. Específicamente, de acuerdo al artículo 31.3 letra c), juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta toda forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes, cuestión que es desatendida por el Tribunal.

Al hacer referencia a los distintos laudos, que si bien no son vinculantes, son ilustrativos para el Tribunal, determinando que el eje central de la discusión debería centrarse en la aplicación del tratado específico en su respectivo contexto, teniendo especial cuidado en que la aplicación de criterios establecidos por otros laudos arbitrales correspondía a situaciones de hecho que podrían no corresponder al del presente caso.

Así, este laudo estructura la argumentación de los contornos de cada elemento considerado como parte de la provisión, a través de la alusión a distintos laudos de distintos sistemas de tratados. Esta última característica es destacable, puesto que por ejemplo, el contexto del TLCAN luego de la nota interpretativa de la CLC, dista bastante del que usualmente se ha presentado en el contexto de los Tratados Bilaterales de Inversiones. La interpretación autónoma de la provisión, sin tener en consideración que

los Tratados están gobernados por normas de derecho internacional que enmarcan su funcionamiento, redundando en la inclusión de elementos que pueden ir más allá de lo que las partes entendieron o quisieron incluir al momento de suscribir el Tratado.

Considerando los alegatos del demandante, el Tribunal realiza una elaboración del contenido de la provisión de trato justo y equitativo, haciendo mención para cada elemento, de un laudo específico que se haya explayado en dicha materia. Lo curioso es que lo hace indistintamente con laudos dentro del contexto TLCAN y con aquellos propios de distintos Tratados Bilaterales de Inversiones. Luego, incorpora otras facetas del estándar, no mencionadas por el demandante, encontrados en otros Laudos. Hace esto para encontrar una determinación jurídica que se ajusta a cada situación de hecho presentada.

A nuestro parecer, en la exhaustiva búsqueda de elementos, el Tribunal, realiza una selección antojadiza de laudos arbitrales, que tienden a una sobre ampliación del contenido de la provisión sin una clara justificación, sin embargo, esto se ve contrapesado con la falta de prueba de las situaciones de hecho, que llevaron a la determinación que la violación del Estado estaba prácticamente sustentada en el incumplimiento contractual en el que incurrió, sin que se hiciesen aplicables la mayoría de los elementos mencionados por el Tribunal.

g. EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13 (UK/Romania BIT). Award and Dissenting Opinion, 8 October 2009.

Hechos

Las inversiones de EDF en Rumania consistieron en la participación en dos compañías establecidas a través de joint ventures con entidades Rumanas de propiedad del Gobierno Rumano. El primer joint venture era E.D.F. ASRO S.R.L (en adelante ASRO) y SKY SERVICES (ROMANIA) S.R.L. (en adelante SKY). EDF obtuvo un certificado de inversionista extranjero en Rumania, por ambas compañías establecidas a través de los joint ventures, otorgados por la Agencia de Desarrollo Rumano, el 28 de Enero de 1992 y el 17 de abril de 1995, respectivamente.

Para realizar un desarrollo más ordenado, separaremos los hechos referentes a cada uno de los joint ventures.

Operaciones de ASRO

El 20 de noviembre de 1991, EDF, C.N. Bucarest Aeroport Otopeni (en adelante AIBO) y C.N. Casrom S.A, una entidad Estatal anteriormente controlada por un Fondo de propiedad Estatal (en adelante CASROM) se asociaron a través de un contrato de joint venture para crear a ASRO.

El 30 de junio de 1997, Compania de Transportationuri Aeriene Romane Tarom S.A. (en adelante TAROM), la aerolínea nacional Rumana, compro el 10% de las acciones de ASRO a EDF, y luego, adquirió todas las acciones de CASROM en ASRO. El 5 de julio de 2000, EDF adquirió una porción de las acciones que tenía CASROM. Hasta esa fecha la composición era la siguiente: EDF tendría el 73% de las acciones, mientras que TAROM y AIDO tendrían el 22% y el 5% respectivamente.

Bajo la cláusula séptima del contrato de joint venture, se estipulaba que la duración de ASRO sería de 10 años, proveyendo además que podría extenderse por períodos de 10 años con acuerdo de la Asamblea General. Bajo la cláusula decimonovena, se establecía que AIBO tendría que otorgar la disponibilidad exclusiva a

ASRO, de todos los puntos de ventas comerciales en todas las áreas dentro del perímetro del Aeropuerto Otopendi, a cambio de una renta que pagaría ASRO a AIBO, establecida en un contrato separado.

El 20 de enero de 1995, ASRO obtuvo un acuerdo con JARO International S.A., para proveer de servicios duty-free en el aeropuerto internacional de Constanta. El 3 de abril de 1996, el acuerdo fue seguido por un contrato de joint venture con la Autoridad del Aeropuerto Internacional de Constanta, otorgándole todos los servicios comerciales de dicho aeropuerto a ASRO por 15 años.

En octubre de 1997, ASRO abrió una tienda duty-free en el aeropuerto internacional de Timisoara.

El 17 de enero de 2002, AIBO y TAROM acordaron retirarse de ASRO, dejando a EDF como el único accionista de ASRO. EDF luego intentó ejercer su derecho de extensión de ASRO indefinidamente, buscando continuar con sus operaciones en el aeropuerto Otopeni. El registro de la extensión de ASRO fue impugnada por AIBO, dicha impugnación fue ratificada por la Corte competente el 17 de abril de 2002. ASRO tuvo que dejar sus locales en el aeropuerto, al momento de la expiración del contrato de arrendamiento con AIBO, el 27 de marzo de 2002.

AIBO luego procedió a realizar una licitación de todos los espacios comerciales disponibles en el aeropuerto. Tres procesos de licitación fueron organizados por AIBO, los primeros dos fueron declarados desiertos ya que el único que se presentó fue ASRO. En el tercero, la propuesta de EDF fue rechazada por falta de entrega de información financiera que había sido solicitada.

El 5 de septiembre de 2002, el gobierno de Rumania promulgó una Ordenanza Gubernamental de Emergencia (Government Emergency Ordinance No.104-GEO 104), estableciendo regulación para los locales duty-free de los aeropuertos. Como resultado de dicha ordenanza, los permisos de ASRO para operar en los aeropuertos fueron revocados, aunque aún le quedaban tres años de operaciones en el aeropuerto de Constanta, según el acuerdo celebrado con JARO International S.A. A raíz del GEO 104

las operaciones de ASRO en Constanta y Timisoara fueron clausuradas, en el caso del aeropuerto Otopendi se le discontinuaron sus operaciones.

Luego de la promulgación de GEO 104, AIBO organizó licitaciones en las que participó ASRO y EDF Properties, una empresa del grupo EDF. Sin embargo, ASRO fue rechazada por falta de capacidad jurídica, y EDF Properties fue rechazada por haber ingresado su propuesta en una categoría de bienes que no habría sido contemplada en el proceso.

Para el 2003, todos los locales comerciales del aeropuerto Otopeni habrían sido arrendados por AIBO.

De acuerdo al demandante, tras una carta anónima denunciando irregularidades, se estableció que debía realizarse una auditoría por parte del Guardia Financiero (Financial Guard). De acuerdo a esta auditoría se sancionó a ASRO por realizar actividades comerciales, después del 27 de enero de 2002, fecha en que la compañía había expirado. La sanción constaba una multa y la incautación de los ingresos que obtuvo la compañía, desde la fecha de expiración hasta el 26 de noviembre de 2002. La sanción financiera fue de tal magnitud que el 9 de septiembre de 2004, fue declarada la quiebra de ASRO.

En enero de 2005, la Corte local confirmó que la extensión de ASRO hasta 2002 habría sido legalmente correcta, por lo que ASRO solicitó al Ministerio de Finanzas que se borrara la multa. El ministerio rehusó la solicitud, señalando que para tales efectos, ASRO, debía obtener una resolución de la Corte.

Operaciones de SKY

El 19 de diciembre de 1994, EDF, TAROM y el Sr. Ion Staicu, un antiguo gerente de CASROM, concluyeron un contrato de joint venture para formar SKY. El propósito de SKY era proveer de ventas duty-free a bordo de los vuelos de TAROM. Otros objetivos de SKY eran proveer de servicios de transporte en el aeropuerto y la construcción y administración de un hotel para pasajeros en tránsito. Este último proyecto nunca fue implementado.

De acuerdo al artículo segundo del contrato, la duración inicial de SKY sería de 15 años, prolongables por otros períodos, sometido a la decisión de la Junta General de Socios.

El artículo cuarto señala que, la participación inicial de las acciones sería la siguiente: TAROM con un 46%, EDF con un 35,17% y el Sr. Ian Staicu con un 16,83%. Posteriormente, la participación del Sr. Staicu fue adquirida por EDF, con lo que se convirtió en el accionista mayoritario de SKY.

SKY operó proveyendo servicios de duty-free a bordo de los vuelos de TAROM, entre mayo de 1997 y noviembre de 2002. Luego de la promulgación del GEO 104, SKY y TAROM obtuvieron nuevos permisos o licencias para operar bajo la modalidad duty-free, el 12 y 20 de diciembre de 2002, respectivamente.

El 25 de noviembre de 2002, TAROM rescindió el acuerdo de servicios que tenía con SKY, rehusando darle a SKY acceso a sus vuelos, haciéndose cargo personalmente de dicho negocio. El 1 de julio de 2005, el Tribunal de Bucarest otorgó su venia a TAROM para retirarse de SKY, por lo que, EDF se transformo en el único accionista de SKY.

Discusión de fondo

Las principales discusiones se circunscriben a los criterios de atribución de la conducta de un agente como parte del Estado receptor. Definido este punto, el Tribunal se avocó a determinar el contenido de la obligación de trato justo y equitativo establecida en la provisión correspondiente del TBI respectivo, poniendo especial énfasis en las expectativas legítimas como parte de dicha obligación. A su vez, estableció la carga de la prueba respecto de cada alegato referente a este asunto.

En consideración a que los principales hechos discutidos, giraban en torno a diversos contratos, se discutió la naturaleza comercial o contractual del acto como un asunto de atribución y de determinación de la violación del estándar, así como el incumplimiento contractual como predisposición para la violación del estándar proveniente de un Tratado. Incluida en este punto se abordó la ley aplicable respecto de las relaciones

contractuales y el eventual conflicto existente entre la concurrencia con el orden normativo nacional versus el ordenamiento internacional o de un Tratado específico.

Posición del demandante

El demandante sostuvo, que la auditoría de ASRO por parte del Guardia Financiero en noviembre de 2002, incluyendo la confiscación y la orden de pagar una multa, junto con la promulgación de la GEO 104, son todos actos atribuibles a órganos del Estado Rumano. De la misma forma, los actos de AIBO y TAROM son atribuibles a Rumania, ya que ambas son agencias gubernamentales, controladas y dirigidas por el Estado Rumano. Sus actos fueron parte de una maniobra orquestada para tomar control de la inversión en represalia por su negativa a pagar sobornos a los agentes del gobierno Rumano. La práctica arbitral y el derecho internacional confirman que los actos de naturaleza comercial pueden ser atribuidos a un Estado, siempre que dichos actos emanen de una agencia de gobierno.

La conducta de Rumania respecto a la inversión de EDF violó las obligaciones establecidas en el Tratado Bilateral de Inversiones, de proveer un trato justo y equitativo, de no perjudicar o dañar el mantenimiento, uso o goce de la inversión a través de medidas discriminatorias o no razonables.

Aplicando el estándar de trato justo y equitativo, los tribunales arbitrales han identificado diversos principios que forman parte de su contenido, incluyendo: transparencia, estabilidad y protección de las expectativas legítimas de un inversionista; buena fe; la ausencia de coerción y hostigamiento; y, el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En general se ha aceptado que el estándar en cuestión es independiente de la legalidad o ilegalidad bajo la ley domestica.

Posición del Estado

El Estado sostuvo que ni la conducta de AIBO ni la de TAROM, son atribuibles a Rumania, ya que, ninguna de las dos son órganos del Estado. La característica esencial que define la propiedad estatal de un órgano no estatal es el grado en que dicha entidad puede ejercer una autoridad pública o realizar funciones públicas. Ni AIBO ni TAROM

están estructuradas como órganos del Estado Rumano, ni han desarrollado funciones como parte del Estado o en representación del Estado.

El Estado Rumano sostuvo, que cumplió con todas las obligaciones emanadas del TBI, desde el punto de vista de la interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En ese sentido, y como ha sido explicado en otros fallos que han involucrado tratados de protección de inversiones, las provisiones sustantivas de un tratado deben ser interpretadas de una manera balanceada o equilibrada, más que de una manera en que se exagere la protección brindada a los inversionistas extranjeros.

El estándar legal de trato justo y equitativo es objetivo, por lo que su observancia depende en gran parte en los hechos y en el caso específico. El foco debería estar en las expectativas legítimas del inversionista y no en el punto de vista subjetivo del mismo. En este sentido, los casos citados por el demandado han demostrado que para violar el estándar, las acciones del Estado deben ser ejecutadas consciente y abiertamente, no por una causa legítima sino que por razones puramente arbitrarias. Además las acciones del Estado deben ignorar las obligaciones de una manera que ha sido caracterizada como escandalosa y chocante.

En el presente caso, el demandante no habría podido tener expectativas legítimas que los derechos emanados de los contratos hayan mantenido una vigencia posterior al plazo de expiración de los mismos, mucho menos que dichos contratos hubieran sido renovados sin tener en cuenta las consideraciones comerciales relevantes para AIBO y TAROM.

Respecto a la GEO 104, el demandante no podría haber tenido la expectativa legítima que el régimen legal referente a la regulación de las operaciones duty-free en Rumania se mantendrían intactas.

El Estado concluyó, estableciendo que el trato otorgado a las inversiones del demandante no fue ni excesivo o poco razonable, ni discriminatorio. Por lo demás, AIBO actuó en concordancia con los derechos contractuales referentes a la presunta evicción de ASRO desde los locales comerciales del aeropuerto Otopeni. Asimismo, la GEO 104 fue una medida legítima.

Determinación del Tribunal

Al analizar el asunto de atribución, el Tribunal concluyó, que la conducta de AIBO y TAROM en el cumplimiento del contrato ASRO y del contrato SKY, como accionistas de ASRO y SKY, fueron realizadas bajo la dirección y el control del Estado. Esto, tomando en consideración el significado del artículo 8 de la Comisión de Derecho Internacional.

Luego el Tribunal, se avocó a desarrollar su determinación respecto de los alegatos de violación del estándar de trato justo y equitativo.

El Tribunal comenzó haciendo referencia a la disposición específica en el TBI que establecía el trato justo y equitativo; el artículo 2(2) del TBI entre el Reino Unido y Rumania establece:

“Inversiones de nacionales o compañías de cada una de las Partes contratantes deben ser otorgadas constantemente un trato justo y equitativo”

De este artículo el Tribunal destacó que, como en todos los otros Tratados de Inversiones, en este no habría una definición de trato justo y equitativo, ni tampoco existiría un consenso general en los Tribunales CIADI respecto de la definición de esta frase.

Lo que si comparte con otros Tribunales es que uno de los elementos más importantes del estándar está compuesto por las expectativas legítimas y razonables con respecto a las inversiones realizadas. Siguiendo el concepto establecido en el caso *Waste Management v. México*, sostuvo que al aplicar el estándar se hace relevante determinar cuando el trato esta en violación de las declaraciones hechas por el Estado receptor y sobre las cuales el inversionista haya razonablemente confiado. Prosiguió estableciendo que la idea de expectativas legítimas, y por consiguiente el trato justo y equitativo, implicaría la estabilidad del marco legal y económico, pero no de una manera sobre expansiva o incondicional, ya que esto significaría el virtual congelamiento de la regulación legal de las actividades económicas de un Estado. Un inversionista no puede asumir que un TBI sea un contrato de seguros contra el riesgo de cualquier tipo de

cambio en el marco regulatorio de un Estado, ya que dicha expectativa no sería ni legítima ni razonable, excepto cuando haya tenido una promesa o garantía específica por parte del Estado. Asimismo, el Tribunal destacó que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo no puede ser usada con el propósito de obtener una cláusula de estabilización específicamente otorgada a los inversionistas extranjeros. Esto fue destacado por el Tribunal en el caso *Parkerings-Companiet AS v. Lituania* junto con el caso *Continental Casually Company v. República Argentina*. Para concluir este punto, el Tribunal sostuvo que las expectativas legítimas no podrían ser únicamente las expectativas subjetivas de un inversionista. Estas deben ser examinadas como las expectativas existentes al momento en que la inversión se realizó, las que deben ser deducidas de todas las circunstancias del caso, teniendo la debida consideración del derecho del Estado a regular su marco económico basándose en el interés público. Cuestión que también fue destacada en el caso *Saluka v. República Checa*.

A la luz de estas consideraciones, el Tribunal examinó los alegatos presentados por el demandante en el sentido de la violación de Rumania de las obligaciones de trato justo y equitativo.

El Tribunal compartió la posición de demandante, en el sentido que, la solicitud de un soborno por parte de una agencia Estatal sería una violación de la obligación de trato justo y equitativo otorgado por el TBI, junto con ser una violación de la política pública internacional. Así, el ejercicio de la discreción Estatal sobre la base de la corrupción sería una violación de la transparencia y de las expectativas legítimas. A pesar de esto, el Tribunal concluyó que el demandante no fue capaz de corresponder con la carga de la prueba respecto a sus alegatos de soborno por parte del Estado, por lo que no podría sostener la existencia de una violación del trato justo y equitativo.

Para concluir que Rumania habría violado su obligación de trato justo y equitativo, al dirigir ciertos actos o las conductas de AIBO y TAROM en el cumplimiento del contrato ASRO y del contrato SKY, presupone que los actos en cuestión están en violación de las obligaciones contractuales de AIBO y de TAROM. El demandante, al momento de concluir el contrato ASRO y el contrato SKY, no podría haber tenido otras expectativas legítimas que el debido cumplimiento por parte de AIBO y TAROM de sus obligaciones contractuales, por lo que no habría una violación del trato justo y equitativo, ya que los

actos de AIBO y TAROM estaban en conformidad, o por lo menos no en contradicción, con dichas obligaciones.

Respecto a la frustración de la extensión de la duración de ASRO, el demandante alegó que habría tenido expectativas legítimas y razonables, ya que habría sido llevado a creer que el término sería extendido, por lo menos diez años más. Para el Tribunal, una provisión de renovación o extensión, que es propia de este tipo de contratos, no podría constituir una base para una expectativa legítima y razonable, que necesariamente va a existir dicha extensión de la compañía o de que exista una obligación legal para extender su duración más allá del período de diez años. El Tribunal sugirió que no existía nada impropio en no extender el contrato, cuando no existía una obligación legal para hacerlo, además sostuvo que no pudo encontrarse ningún motivo arbitrario o impropio en el actuar de AIBO y TAROM.

Dichos actos, debían ser evaluados de acuerdo a la legislación Rumana, que es la ley aplicable a las relaciones contractuales de las Partes. Asimismo, el hecho que los actos y conductas puedan ser atribuibles a Rumania, ya que fueron dirigidos por el ministerio de Transporte, no cambia la naturaleza del asunto, el que se mantendría contractual, además no indicaría que ninguna obligación contractual hubiese sido violada. El Tribunal concluyó que el asunto en cuestión no estaría a nivel de una demanda por la violación de a la obligación de trato justo y equitativo emanado de un Tratado.

Respecto a la impugnación de la extensión de ASRO, ésta se debió a la ausencia de un acuerdo de cesión, ya que AIBO rehusó aceptar una provisión que habría otorgado continuidad a los derechos de ASRO, para operar en los locales comerciales del aeropuerto Otopeni. Dicho acuerdo fue suscrito por TAROM, pero no por AIBO. De acuerdo a los eventos presentados, el Tribunal determinó que la impugnación fue realizada en base a argumentos razonables, como también lo reconoció la Corte local. La conducta de AIBO, respecto a la conclusión del acuerdo de cesión, fue dirigida y supervisada por el Ministerio de Transporte, quien a través de su Secretario General, había expresado claramente que, la extensión de ASRO estaría condicionada a la conclusión del acuerdo de cesión. En ese sentido, la conducta de AIBO es atribuible al Estado, tomando en consideración el artículo octavo de la Comisión de Derecho Internacional. Sin embargo, de acuerdo a la perspectiva del Tribunal, dicha conducta no

daría lugar a una violación del TBI. La misma conclusión fue esbozada por el Tribunal, respecto al deber de AIBO de mantener contratos de arrendamiento con ASRO para sus operaciones dentro el aeropuerto.

Con respecto a las licitaciones, el Tribunal sostuvo que a la luz de las circunstancias, ni en la decisión de realizarlo, ni en la organización, ni en el desarrollo de dicho proceso habría indicios de una violación de la obligación de trato justo y equitativo por parte de AIBO. Tampoco habría evidencia que las reglas aplicadas en la licitación ni respecto de la manera en que fueron aplicadas al demandante hayan sido discriminatorias, arbitrarias o poco razonables, como para justificar una demanda que alcance el nivel del una violación del TBI.

El accionar del Guardia Financiero es atribuible a Rumania, dichas acciones tienen que ser evaluadas, primeramente, a la luz de la legislación rumana. Aunque fuese consistente con dicha legislación, la conducta debe ser analizada de acuerdo a los cánones del derecho internacional, ya que la ilicitud en el actuar del Estado de acuerdo al derecho internacional no puede quedar excluida por la conformidad con su derecho interno. El tribunal sostuvo que no habría evidencia para sostener que la investigación de dicha entidad haya sido solicitada por razones que escapasen de su competencia o a su deber como una entidad pública. Por lo demás, ante cualquier ilegalidad o inconsistencia con la legislación interna, el sistema judicial rumano ofrecía mecanismos de compensación, como lo fue demostrado en varias ocasiones en que intervinieron las Cortes rumanas a favor del demandante. Asimismo, puede sostenerse, que los recursos judiciales contra las acciones del Guardia Financiero, siempre han sido una opción factible para el demandante.

El Tribunal sostuvo, que no habría una base para sostener una violación de las obligaciones de trato justo y equitativo surgidas por la conducta del Guardia Financiero. La conducta, no fue desproporcionada, ni poco transparente o contraria a la buena fe, tampoco fue impropia o indigna y estuvo muy lejos de ser un acto que se contradice con el sentido de idoneidad judicial.

La GEO 104 fue una medida adoptada dentro las atribuciones propias del Estado buscando resguardar el interés público. Como fue sostenido por otros Tribunales, éste

sostuvo que en conjunto a un propósito legítimo en el interés público tiene que existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y los fines que se buscan alcanzar, esa proporcionalidad estaría descartada si la persona afectada tiene que soportar de manera individual y excesiva dicha carga. El objetivo de GEO 104 de combatir la corrupción era ciertamente legítimo y conducente con el interés público. A su vez, el requisito de proporcionalidad fue cubierto, al demostrarse que los efectos adversos de la medida, respecto del demandante, sólo estaban limitados a sus operaciones duty-free en el aeropuerto de Constanta. Tomando estas consideraciones, el Tribunal sostuvo, que los alegatos del demandante en este sentido eran insostenibles.

Todos los alegatos del demandante respecto de SKY son de una naturaleza contractual, ya que provienen del contrato SKY. En este sentido, ninguna violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo puede ser invocada, ya que las expectativas legítimas de que TAROM continuase con el joint venture con EDF, emanaban únicamente del contrato SKY. Para que el demandante pueda sostener la existencia de una violación de la obligación bajo el TBI, no solo tendría que probar el incumplimiento del contrato SKY, sino que además, que obtuvo ciertas garantías por parte del Gobierno que no fueron cumplidas. En este caso, el demandante no ha sido capaz de probar dicha situación, por lo que podría sostenerse una violación de la obligación de trato justo y equitativo.

En atención a estas consideraciones, el Tribunal denegó todas las demandas de violación de la obligación de trato justo y equitativo, ya que no se sostendrían tanto en hecho como en derecho.

Análisis del Laudo

Comenzando con la cláusula establecida en el TBI, el Tribunal señala que no existiría un consenso respecto de su significado dentro del contexto de este tipo de Tratados ni en los Tribunales del CIADI. Con esto, pareciera enmarcar su interpretación dentro de este sistema particular de arbitraje, por considerarse que comparten una visión común respecto de los componentes del estándar.

Sin hacer alusión al estándar mínimo internacional o al derecho internacional consuetudinario, el Tribunal, adoptó una interpretación autónoma, a través del análisis de distintos elementos establecidos en laudos arbitrales.

Como eje central del estándar determinó que se encontraban las expectativas legítimas, pero no una concepción amplia, sino una sujeta a condiciones que impidan que se convierta en un factor de impedimento de modificación de la regulación por parte del Estado. Siguiendo en este sentido, estableció la necesidad de obtener garantías o declaraciones específicas para otorgar legitimada o razonabilidad a la expectativa, ya que la obligación de otorgar un trato justo y equitativo no puede convertirse en una cláusula de inmutabilidad que beneficie únicamente a un inversionista extranjero amparado por un Tratado. Este enfoque balanceado permite mantener un equilibrio entre las potestades del Estado y los intereses del inversionista.

Como segunda condición para determinar la legitimidad de las expectativas, el Tribunal destacó que estas no podrían provenir únicamente de la apreciación subjetiva del inversionista, por lo que debían considerarse todas las circunstancias del caso para otorgar la debida deferencia al Estado para regular su ordenamiento económico teniendo en la mira el interés público.

Esto también corresponde a una interpretación balanceada donde cobra importancia los objetivos establecidos en el Tratado, donde deben considerarse no solo los elementos de protección hacia la inversión sino que las intenciones de las Partes de profundizar el intercambio y desarrollo económico. Junto con esto, se reconoce que una intervención no destructiva de la inversión que esté justificada en los intereses públicos, y que, sea implementada de manera transparente, consistente y no discriminatoria, no sería una violación del trato justo y equitativo.

El punto central de la controversia se refiere a las diferencias emanadas de diversos contratos de joint ventures, con entidades que en su estructura parecen ser privadas, pero que en su control son enteramente estatales. Por lo que fue relevante determinar cuál era la naturaleza de la actuación de dichas entidades, la ley que regía dichos acuerdos y cuando un incumplimiento contractual podría elevarse al incumplimiento de un Tratado.

Para el Tribunal, el hecho que las conductas puedan ser atribuidas al Estado Rumano, no modifica la naturaleza contractual de las mismas. Dichos contratos deben regirse por la ley Rumana. Lo que debe considerarse desde la perspectiva del derecho internacional es si la conducta de dichas entidades, dentro del este marco contractual fueron realizadas por motivos arbitrarios o impropios. Cabe destacar, que las expectativas legítimas del inversionista estaban circunscritas al debido cumplimiento de las obligaciones dentro de la relación contractual. Asimismo, el Tribunal determino que las actuaciones de las entidades estaban justificadas, tanto en la normativa del contrato como respecto a la protección de los legítimos intereses comerciales que buscaba cada parte dentro del acuerdo, por lo que no cabría una frustración de las expectativas legítimas del inversionista ni una violación del trato justo y equitativo.

Respecto a la responsabilidad en la conducta del Guardia Financiero, se determinó que pese a que estuviese en concordancia con la legislación doméstica, esta debía evaluarse de acuerdo a los cánones normativos del derecho internacional. Por lo que la conclusión, al no poder encontrar evidencia que en la conducta hubiese falta de proporcionalidad, transparencia, buena fe o que constituyese un acto chocante o que sorprendiese la idoneidad jurídica. Otro elemento, que denota la deferencia hacia la legislación domestica, fue la consideración que si en su actuar el Guardia Financiero hubiese vulnerado la normativa Rumana, las Cortes Rumanas ofrecían remedios de compensación para dicha situación, cuestión que quedó comprobada con las diversas solicitudes hacia estas Cortes realizadas por el demandante, donde obtuvo en varias ocasiones resoluciones favorables.

Para finalizar, la GEO 104, fue considerada una medida que estaría dentro de las facultades de regulación del Estado justificada en el interés público. Lo que le otorgó legitimidad fue que además de justificarse en el interés público, ésta fue implementada de manera proporcional con los fines buscados, lo que no denotó una carga excesiva sobre un sujeto en particular. Una vez más, el Tribunal optó por una consideración balanceada, que justificada en otros laudos arbitrales, determinó que la cláusula de trato justo y equitativo no supone la inmutabilidad de las normas de cada Estado, ni que toda afectación a la inversión sea una violación de la misma.

h. Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18 (Greece/Georgia BIT and ECT). Award, 3 March 2010.

Hechos

Georgia después de haberse independizado de Rusia, veía como primera prioridad desarrollar su infraestructura, con el objeto de poder sostenerse como país, en este contexto el desarrollo de un oleoducto, que pudiera transportar petróleo desde los campos de producción petrolífera Azerí hacia el Mar Negro, más conocido como la “ruta de occidente”, era considerado un proyecto de gran importancia nacional. La inversión para la realización de este proyecto, la realizaron en un comienzo, un griego Ioniss Kardassopoulos y un israelí Ron Fuchs. Estos son dos importantes traders de petróleo, con una gran cantidad de recursos, que fueron pioneros en invertir en este tipo de proyectos en la región, empezaron con una propuesta modesta que consistía en restaurar y completar el oleoducto desde Azerbaiyán, pasando por Georgia para llegar al Mar Negro.

El acuerdo para la realización de la inversión, se materializó a través de un Joint Venture entre Tradex International Ltd.(cuyos accionistas por partes iguales eran, Ioniss Kardassopoulos y Ron Fuchs) y Saknautobi la compañía petrolera estatal de Georgia. En este acuerdo los participantes se comprometían a crear GTI Ltd. Compañía en la cual participarían por partes iguales y por medio de la cual se realizarían las inversiones.

El 28 de abril de 1993, el Estado de Georgia le concede a GTI una concesión, por medio de la cual se le entrega la posesión y control exclusivo de todas las cañerías de Georgia. En esta misma concesión se incluía una cláusula de no expropiación, en la cual se señalaba que las cañerías y toda la propiedad poseída o utilizada por GTI, no puede expropiarse, confiscarse, nacionalizarse, venderse u otorgarse derechos sobre ellas a cualquier otra persona o entidad. La concesión de los derechos a GTI, estaban protegidas de acuerdo a la legislación de Georgia, los tratados internacionales y por el derecho internacional público.

Después de unos años de haberse efectuado la inversión inicial, la Azerbaiyán International Oil Company (AIOC), un consorcio de compañías petroleras multinacionales,

comenzó a operar en la región dada la gran cantidad de petróleo encontrado en el Mar Caspio.

El gobierno de Georgia, entendió que era mejor tener múltiples oleoductos que uno solo, empezó a negociar con AIOC y creó GIOC (Georgian International Oil Company), una empresa a través de la cual se realizarían conjuntamente operaciones. Esto trajo como consecuencia que el 20 de febrero de 1996, el gobierno cancele los derechos de concesión de GTI.

Los gobiernos se comprometieron a compensar a los inversionistas, creando diversas comisiones para evaluar la mejor forma de hacerlo, pero después de varios años de negociaciones no se sacó ninguna conclusión. Esto tuvo como consecuencia que el 2 de Agosto de 2005, el señor Kardassopoulos, presentara una solicitud de arbitraje ante el CIADI, basado en el APPI entre Georgia y Grecia. El 20 de Abril de 2007, el señor Fuchs presenta su solicitud de arbitraje, amparado en el APPI entre Georgia e Israel. El Tribunal se constituyó el 4 de mayo de 2006 en Londres y el 12 de Septiembre de 2007, las partes piden que el mismo tribunal constituido para el caso de don Kardassopoulos, escuche y decida las pretensiones de ambos demandantes.

Discusión sobre el fondo del asunto

El Tribunal debe evaluar el Trato Justo y equitativo a la luz del APPI celebrado entre Georgia e Israel, dado que don Kardassopoulos alega expropiación de su inversión. La cláusula que se refiere a este estándar señala:

Cláusula FET APPI Israel – Georgia.

Las inversiones hechas por los inversionistas de cada una de las partes contratantes, deben ser tratadas justa y equitativamente, deben gozar de total protección y seguridad en el territorio de la otra parte contratante. Ninguna de las partes contratantes, debe imponer bajo ninguna circunstancia, medidas poco razonables o discriminatorias a la administración, mantención, uso, goce o disposición de las inversiones efectuadas en la otra parte contratante.

Posición del reclamante

El señor Fuchs fundamenta su reclamo, para establecer que Georgia no respeta la cláusula transcrita, señalando que el Trato Justo y Equitativo es un estándar autónomo, que requiere un nivel de cuidado más elevado, que el propuesto por la costumbre internacional como un estándar mínimo, las bases de su demanda se basan en que:

1. La actuación del Estado, destruyó las expectativas legítimas creadas por los gobiernos. Esto en el sentido de que Georgia, después de haber cancelado la concesión se comprometió a compensarlo y después de años de debate nunca lo hizo.
2. La administración del Estado actuó de forma arbitraria y negligente. El Reclamante alega que el gobierno lo llevó por un camino tortuoso, donde todas las señales apuntaban a que habría una compensación.
3. El estado falló en proveer de un debido proceso a los actos decisivos de la administración. Las comisiones jamás entregaron información del conflicto, ni siquiera informaron cuáles serían los elementos a considerar para resolver el asunto.
4. Hubieron inconsistencias en el trato del Estado con el inversionista extranjero. La posición oficial de Saknautobi (compañía estatal) fue:
 - La compensación llegara pronto.
 - El Joint Venture, es válido y sigue vigente.
 - Tramex ha cumplido con las obligaciones impuestas por el Joint Venture y la concesión.

Posición del demandado

Georgia, por su lado señala que el Trato Justo y Equitativo es un estándar objetivo, sinónimo de lo que postula la costumbre internacional. Se refiere al caso Mafezzini,

señalando que los inversionistas no pueden utilizar los APPIS como seguros, contra las malas decisiones de negocios o para no asumir los riesgos reales de estos.

Por lo demás señala que el hecho admitir la creación de comisiones para evaluar posibles compensaciones, no constituyen una admisión responsabilidad por parte del Estado.

Posición del Tribunal

Para interpretar la cláusula de trato justo y equitativo, el Tribunal, intenta realizar una interpretación a la luz de la intención de las partes al momento de celebrar el APPI, tomando en consideración:

El Preámbulo del Tratado:

El Gobierno del Estado de Israel y el Gobierno de la República de Georgia (en adelante “las partes contratantes”)

DESEANDO, intensificar la cooperación económica y el beneficio mutuo de ambos países.

INTENTANDO, crear condiciones favorables para mejores inversiones realizadas por los inversionistas de las otras partes contratantes.

RECONOCIENDO, que la promoción y protección recíproca de las inversiones, sobre la bases del presente convenio, estimularan los negocios individuales y aumentara la prosperidad de ambos países.

El Artículo 2 (2), que señala que cada parte en su territorio debe promover y crear un ambiente favorable para los inversionistas de la otra parte.

Concluyendo, que el trato justo y equitativo debe entenderse en el contexto de ayudar a incentivar y retener la inversión extranjera. En este sentido y considerando que, el Estado a pesar de haber creado las comisiones con el objeto de compensar a los demandantes, entendiendo que en estas no se observaron los estándares de transparencia, habiendo 7 años de un ministerio a otro, sin llegar a determinar el monto de esta. Considerando que existían declaraciones de altos oficiales del gobierno de Georgia,

que señalaban que el Estado era responsable por las pérdidas de los reclamantes y que se les debían sumas de dinero por concepto de compensación. El Tribunal falló que el Estado no cumplió con su obligación de otorgarle un trato justo y equitativo al inversionista.

Respecto del señor Kardassopoulos, solo se condena al Estado por infracción a su obligación de tratar justa y equitativamente la inversión, respecto del proceso de para determinar las compensaciones a través de las comisiones.

El método que utilizó el Tribunal para determinar el Monto a pagar por el Estado, fue el del valor futuro de mercado de la inversión.

El APPI entre Georgia e Israel contiene una cláusula de trato justo y equitativo calificada, sin perjuicio de esto, el Tribunal prescinde de esto al momento del análisis y tomar en cuenta las provisiones del tratado en general, para determinar el estándar aplicable y considerar la vulneración del trato justo y equitativo.

i. Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877 (US/Ecuador BIT). Partial Award on the Merits, 30 March 2010.

Hechos

En 1973, se llega a un acuerdo entre TexPet y El Estado Ecuatoriano, en el cual se le otorga a la empresa el derecho a explorar y explotar reservas de petróleo en ciertas regiones de Ecuador, a cambio TexPet debía proveer un porcentaje de su producción de petróleo al gobierno, con el objeto de ayudar a satisfacer las necesidades de consumo locales. El gobierno ecuatoriano, tenía derecho a fijar el precio al cual le iba a comprar a TexPet, el petróleo para el consumo interno, este valor era denominado “Precio de Mercado Domestico”. El gobierno constantemente fijaba el precio domestico, por debajo del precio de Mercado Internacional.

Una vez satisfecha la obligación de contribuir a las necesidades domesticas de Ecuador, al precio de Mercado domestico, TexPet podía exportar el remanente que le quedaba y recibir por este el precio de Mercado Internacional. La única excepción del derecho a exportar el remanente, era la prerrogativa del gobierno a comprar el petróleo, para refinarlo y exportarlo. Sin perjuicio de que si el gobierno hacía uso de este derecho y el petróleo comprado no estaba destinado al consumo domestico ecuatoriano, este debía pagar el precio de Mercado Internacional por el crudo comprado.

El demandante, reclama que el gobierno no respeto este acuerdo, solicitando a TexPet cantidades sustancialmente superiores, a las necesitadas para satisfacer las necesidades domesticas ecuatorianas al precio domestico de mercado. El excedente entregado por TexPet a precio especial, era exportado por Ecuador directamente, o refinado como productos derivados del petróleo.

Posición de las partes

TexPet presentó siete demandas contra el Estado Ecuatoriano en sus Tribunales locales, buscando que se le pague la diferencia de precio por el remanente exportado, pero en más de una década, 15 jueces diferentes, en 3 cortes distintas no fallaron en

ninguno de los casos. Seis de ellos estaban listos para sentencia de 1998, pero los tribunales se negaron a fallar.

Sin embargo, el Estado Ecuatoriano, señala que la compañía manejo los casos de forma tal, que no permitió que emergieran dentro del sobrepasado y atascado sistema judicial ecuatoriano, concluyendo que para alegar denegación de justicia deben agostarse exhaustivamente todos los remedios legales. Siendo la empresa la empresa irresponsable, en el sentido de no haber ejercido oportunamente sus derechos.

En estos casos, el gobierno admitió en los tribunales locales que vendió con utilidades un porcentaje del crudo comprado a precio de mercado domestico, arguyendo que una vez solicitado el petróleo para consumo domestico y habiéndolo pagado, este pasa a ser de su propiedad, siendo en consecuencia libre para hacer lo que quiera con él.

El Reclamante, alega que desde 2004 distintas ramas del gobierno han intentado ejercer control, sobre los siete casos mencionado en los tribunales ecuatorianos. Cuestión que hace insostenible el intento por conseguir un acuerdo amigable o una sentencia local, motivo por el cual en mayo de 2006 notifica al Estado de esta disputa, solicitando compensación de daños por la suma de 1.6 billones de dólares.

El demandado, argumenta que dada la pasividad de la empresa a la hora de ejercer sus derechos (el no haber hecho avanzar los casos), el demandante esta de mala fe en el juicio, por lo demás no ha podido ofrecer ninguna prueba o evidencia acerca de la corrupción alegada en el sistema de justicia ecuatoriano. Por lo tanto solicita que no sean acogidas las peticiones del demandante, por lo siguientes motivos:

1. El reclamante no ha podido demostrar parcialidad o corrupción en los tribunales.
2. Las demoras experimentadas por TexPet fueron previamente aceptadas por la compañía (en el sentido que no ejercito oportunamente sus derechos).
3. Texpet causo las demoras por las que ahora reclama.
4. El demandante no puede demostrar que cualquier corte ecuatoriana, aplicando la ley del país, fallaría a su favor en cualquiera de los casos.

El APPI entre Ecuador y Estados Unidos en su Artículo 2 (7) señala:

Cada parte, debe proveer maneras efectivas de resolver los reclamos, hacer cumplir los derechos relativos a las inversiones, a los tratados inversión y a las autorizaciones para inversión.

El Tribunal establece que en este caso nos encontramos frente a una ley especial, que los tratados modernos no la incorporan, dado que se encuentra dentro de la formulación de lo que se puede considerar trato justo y equitativo, esta es la razón por la cual en el análisis del Tribunal como de las partes la discusión en particular respecto de este estándar no cobra especial importancia. La controversia queda radicada en establecer si existe o no denegación de justicia.

Respecto del estándar establecido por el artículo citado, el Tribunal no comparte la opinión del demandado en el sentido de que para alegar denegación de justicia deben haberse agotado todos los remedios judiciales antes, señalando, que el tratado exige “Que se implemente un sistema apropiado de leyes e instituciones”. Considerando la redacción completa del artículo 2 (7), es que no se requiere el análisis para determinar si efectivamente hubo interferencia estatal en los tribunales de justicia, dado que este impone un criterio de “efectividad” que se aplica a una variedad de conductas del Estado que tengan efecto sobre la habilidad del inversionista para interponer reclamos o hacer cumplir sus derechos.

El análisis del Tribunal, está enfocado principalmente en la demora inusual para la resolución de los casos, entendiendo que no es razonable que exista un atraso de más de una década para la dictación de una sentencia, considerando que seis de los siete casos nunca tuvieron si quiera una especie de decisión. La espera del reclamante y los pasos adoptados ante los Tribunales Ecuatorianos son suficientes para entender que se infringieron las disposiciones del Artículo 2 (7).

El tribunal concluye que en virtud de lo dispuesto por la norma anteriormente citada, este es un caso de *lex specialis*, que requiere un estándar mucho mas específico que el requerido por la costumbre internacional para la denegación de justicia (agotamiento exhaustivo de todos los remedios legales) y que por la demora indebida en

la dictación de las sentencias por parte de la justicia ecuatoriana las provisiones del artículo analizado, habían sido incumplidas por el Estado en el momento en que se sometió este asunto a arbitraje. Además los remedios legales que le quedaban por utilizar, señalados por Ecuador, no eran suficientes para impedir el incumplimiento de lo provisto por el artículo 2(7).

En este caso, el Tribunal se aleja de las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de lo que es el trato justo y equitativo y su materialización en los APPIS, para indicar que nos encontramos frente a un caso de *lex specialis*, que justifica la aplicación de un estándar superior al exigido por la costumbre internacional, cuestión que exige efectuar el análisis a la luz de las circunstancias del caso, para determinar que si existió una infracción a la obligación de tratar justa y equitativamente al inversionista.

j. Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada, UNCITRAL, ICSID Administered Case (NAFTA). Award, 31 March 2010.

Hechos

MERRILL & RING FORESTRY L.P. (en adelante Merril), demanda al estado canadiense por la implementación de régimen de exportación de madera en el Estado de British Columbia, mediante el cual se le requería que todas sus exportaciones se sometían a un test que revele la existencia de excedentes, además de otras medidas regulatorias.

La regulación vigente, señala que la remoción de madera en British Columbia, ésta sujeta la normativa provincial, en virtud de lo establecido en la “British Columbia Forest Act”. También la exportación de madera está sujeta a lo establecido en la regulación federal, de acuerdo a lo indicado en la notificación 102 promulgada bajo la “Exports and Import Permits Acts”, que está vigente desde el 1 de abril de 1986.

Ambas regulaciones incluyen la realización de un test que, revele la existencia de excedentes de madera, previo a la autorización para remover los troncos o exportarlos. El test exige que los interesados en remover o exportar la madera de British Columbia deben primero promocionar su producto en una lista provincial o federal que aparece bi-semanalmente. Esto con el objetivo de que los procesadores locales, puedan hacer ofertas para la compra de la madera. Si no existen ofertas, o existen pero ofrecen precios por debajo del precio justo de mercado (fair market value), los troncos son calificados como excedentes y pueden ser removidos y exportados. Sin embargo, si la administración, califica que la oferta se ajusta al precio justo de mercado, la madera no será calificada como excedente y por lo tanto no podrán ser exportadas. Si bien es cierto que las dos regulaciones utilizan el mismo mecanismo, tienen objetivos distintos, la normativa provincial tiene como meta abastecer de madera a la manufactura local, mientras que la federal pretende una adecuada distribución en el país.

Posición del demandante

El demandante indica que el 95% de los bosques madereros en la provincia son propiedad del gobierno de British Columbia. Reclamando que la legislación federal afecta

el desarrollo del negocio en la provincia, dado que la Notificación 102 solo se aplica a la exportación de madera de British Columbia y no a otras provincias. Además, los requisitos para talar los maderas impuestos por la Notificación 102, son particularmente desventajosos comparados con los que contiene la legislación provincial. Por ejemplo, la Notificación 102 señala que los troncos, deben talarse antes de poder aplicar a un permiso de exportación, mientras que la legislación provincial permite hacer una excepción para otorgar permisos de tala antes de ser talados. Además la Notificación 102 requiere que los maderas sean escalados métricamente, medida que no se utiliza en los principales mercados de exportación (Asia y Estados Unidos), lo que obliga a re-escalarlos para exportarlos, además los troncos de áreas remotas deben ser de por lo menos 2.800 m³ y no superior a 15.000m³, existe una obligación a ponerlos sobre una cubierta, de acuerdo a las prácticas regulares del mercado de los troncos, un concepto que ni siquiera está definido.

El reclamante alega acerca de los procesos que deben seguirse para poder exportar, en particular lo relativo al test de excedentes. Si se efectúa una oferta al gobierno federal, un organismo denominado FTEAC debe determinar que esta es acorde a los precios de mercado de British Columbia y recomienda a otra institución DFAIT acerca si se debe otorgar o no el permiso para exportar. El inversionista reclama, que todas las ofertas son mantenidas en secreto, que todas las reuniones y minutas del FTEAC son cerradas al público y que además existen “otros factores relevantes” que nunca han sido especificados, al momento de tomar las decisiones. Es relevante señalar que una vez otorgado el permiso de exportación, el autorizado debe pagar una tarifa y tiene solo 4 meses para exportar la madera. Todo esto no aplica a las tierras reguladas con la ley provincial, cuestión que se hace más injusta aun si consideramos que física y geográficamente las tierras son las mismas.

Por último Merrill, señala que el gobierno federal no asiste a las reuniones del FTEAC como lo requiere la Notificación 102, que existen conflictos de intereses dentro del organismo y que generalmente los precios objetivos fijados, no son acorde a los de mercado. Concluyendo que la administración del FTEAC no es transparente, las decisiones son injustas, sus miembros tienen conflicto de interés, que no ha tomado ninguna acción al respecto y que no existe un proceso de apelación para las decisiones del organismo.

Posición del demandado

El Estado señala que el demandante, ha estado operando de acuerdo a la Notificación 102 durante más de 10 años, bajo un régimen prácticamente igual desde 1986 a 1998 (Notificación 23). Canadá indica que dada la importancia de la industria forestal, para el país como para British Columbia, es natural que exista una regulación que permita alcanzar los objetivos relativos a este recurso.

En el mismo sentido, la viabilidad comercial de los bosques basada en factores como la localización, el tamaño, distribución, costos hace que los requisitos de tala puedan ser diferentes. Además señala que atendiendo a los distintos objetivos de las provincias y la regulación federal, los requerimientos pueden ser distintos en una gran cantidad de aspectos. Esto puede llevar a que la regulación provincial otorgue excepciones que no están disponibles en el régimen federal, siendo justificable en el sentido, que están orientadas a satisfacer necesidades locales de manufactura, prevenir los desperdicios de agua y mejorar la utilización de la tierra.

Por lo demás, el proceso de aplicación, la publicidad y las autorizaciones están perfectamente claras en la normativa de la Notificación 102, incluso el DFAIT puede interponer medidas disciplinarias a las compañías que violen los requerimientos de la norma en cuestión. Además se toman en consideración, factores como la localización de la madera, el costo de transporte y las condiciones climáticas y la oferta es considerada justa si se mueve dentro de un +/- 5% el precio objetivo fijado. El demandado termina señalando que, los exportadores pueden alegar siempre contra las decisiones de precio, y que la revisión judicial de un ministro siempre está disponible (a las que habría recurrido el demandante), además la impugnación por inconstitucionalidad de la Notificación 102 puede ser alegada.

Decisión del Tribunal

Las reglas para determinar el estándar de trato justo y equitativo de este caso, se circunscriben al Convenio NAFTA que en su artículo 1105 (1), el que señala que Cada

parte debe tratar las inversiones de la otra parte de acuerdo al derecho internacional, incluyendo el trato justo y equitativo y total protección y seguridad.

El Tribunal cuando debe evaluar la conducta del Estado, decide analizarla desde dos escenarios distintos:

El primero, desde la perspectiva del demandante. Señalando, que la política para talar los bosques, puede tener por objeto proteger el medioambiente, pero por otro lado es innegable que le está otorgando beneficios a un sector de la industria (pueden comprar madera hasta un 5% más barata, en ciertos casos); que la composición del TEAC/FTEAC está compuesta por personas pro industria local; a pesar que la transparencia no es un criterio a evaluar para efectos del estándar de la conducta internacional, hoy en día es difícil justificar el que sistema regulatorio secreto se apropiado; la existencia de una norma que crea beneficios para una industria en detrimento de un inversionista, es incompatible con lo que cualquier inversionista podría razonablemente esperar del gobierno.

El segundo desde la perspectiva del Estado. Para este supuesto, Canadá que detrás de la legislación cuestionada existen políticas públicas legítimas, enfocadas por ejemplo a la creación de empleo, a la retención en Canadá de parte del valor de la cadena productiva relacionada con la madera, el señalar que esta política se aplica por igual a los inversionistas locales que a los extranjeros; demostrar que los miembros del TEAC/FTEAC (el tribunal lo hace) no son pro industria local y que les convendría mas precios de madera alto; que no existe un único valor de mercado para la madera y que por la tanto la fluctuación de +/- 5% está dentro de los parámetros de la industria; y que el representante del FTEAC siempre ha estado presente en las reuniones, incluso a través de video conferencia.

Finalmente, el tribunal no se pronuncia porque escenario se inclina, concluyendo que para que haya responsabilidad por parte del estado, debe haber daños, añadiendo que es sumamente difícil encontrar responsabilidad sin daños. En este sentido es que finaliza señalando que no hay daños, o que si existen estos no se pueden probar, dado que no se hubiera podido saber a cuanto se habría vendido la madera realmente (recordando que no hay un precio fijo, que este fluctúa y que el gobierno no puede obligar a vender por debajo de un 5% del valor de mercado). Incluso habiéndose probado la

infracción del artículo 1105(1) no habría responsabilidad por no poder apreciarse los daños.

Como fue analizado en el capítulo anterior, este tribunal reconoce que el trato justo y equitativo, para efectos del convenio NAFTA, debe determinarse según la costumbre internacional indicando además que esta no debe entenderse como un concepto estático, sino más bien como uno que evoluciona conjuntamente con la realidad de la comunidad internacional. Concluye que la protección no va más allá de la requerida por la costumbre del derecho internacional, como lo ha señalado la FTC (Free Trade Commission).

k. ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2 (Turkey/Jordan BIT). Award, 18 May 2010.

Hechos

El asunto principal de este arbitraje, consiste en determinar la validez de la anulación de una sentencia de arbitraje favorable al demandante –una compañía turca– por las cortes locales jordanas.

La disputa surge por el colapso de un dique construido por el demandante para la Arab Potash Company(en adelante APC), una entidad basada en Jordania que al momento de haberse iniciado el arbitraje estaba controlada por el demandado.

Las partes no discuten el hecho, que el demandante estaba obligado por contrato FIDIC (de la Federación Internacional de Consultores de Ingeniería) a construir un dique en el Mar Muerto, el acuerdo está regulado por las leyes jordanas. Después de haberse construido el dique, fue traspasado a APC quien paso a llenarlo de agua, durante el proceso de llenado una sección del dique colapso. La disputa entre las partes intenta determinar cuál fue la responsable del colapso.

Por estos motivos, el demandante inicia un arbitraje contra APC de acuerdo a las reglas FIDIC, dentro del cual presenta un nuevo reclamo alegando las sumas que se le debían de acuerdo al contrato. El Tribunal en la sentencia exoneró al reclamante de toda responsabilidad en el colapso del dique, condenó al demandado al pago de las sumas debidas y estableció una compensación en favor del demandante, la sentencia dictada fue apoyada por la mayoría de los miembros del Tribunal, estuvo acompañada de una opinión disidente fechada 30 de Septiembre de 2003. El 16 de Octubre de 2003 Jordania vendió cerca de la mitad de su participación en APC (que ascendía al 52,883%).

El 29 de Octubre de 2003, APC presentó ante la Corte de Apelaciones de Jordania un recurso de Apelación con el objeto de anular el fallo arbitral en el cual se aplicó la ley jordana. La Corte anuló el laudo y extinguió el acuerdo de arbitraje entre el reclamante y APC.

El demandante, presentó un recurso de casación, ante la Corte de Casación Jordana, con la intención de revocar la decisión de la Apelación. El 16 de Enero la Corte, confirma la decisión de la Corte de Apelación.

Con motivo de la serie de sucesos descritos, el Reclamante decido acudir al CIADI, alegando que el Estado Jordano incumplió las provisiones del APPI Turquía-Jordania, especialmente en relación con las disposiciones relativas a expropiación ilegal de los derechos a percibir el pago de las sumas señaladas por el contrato, así como las disposiciones señaladas en el laudo de arbitraje, alega además que el estado fallo en su obligación de tratar justa y equitativamente la inversión y una serie de sucesos que configuraron la denegación de justicia por las Cortes Jordanas.

Decisión del Tribunal

El Tribunal no analiza el estándar de trato justo y equitativo en este caso, sino que se centra en la decisión de las Cortes Jordanas de anular la cláusula de arbitraje, la que en virtud del efecto retroactivo provisto por la Ley Jordana de Arbitraje, privo al inversionista de un activo valioso (la posibilidad de recurrir a un Tribunal arbitral), violando las disposiciones del APPI y llevando al asunto a las Cortes locales, donde Jordania era litigante y juez a la vez.

El hecho de que el Estado Jordano ya no sea el accionista mayoritario en APC, no fue considerado como relevante por el Tribunal, dado que este sigue en posición de tomar decisiones preponderantes para la empresa, ejemplo de esto es el hecho del ofrecimiento jordano –rechazado por el reclamante-, para la realización de un nuevo arbitraje comercial antes las Cortes Jordanas.

Por lo tanto, el Tribunal sentenció que, los procesos vigentes ante las Cortes Jordanas deben ser inmediatamente terminados, no existiendo la posibilidad de volver a discutir en Jordania ni en cualquier otro lugar las cuestiones de fondo de la disputa. Además señala que el demandante tiene derecho de continuar con el Arbitraje, de acuerdo a los dispuestos a los términos del Convenio de Arbitraje, establecido en el contrato de 2 de Mayo de 1998.

**I. Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID
Case No. ARB/07/24 (Germany/Ghana BIT).Award, 18 June 2010.**

Hechos

El 26 de Agosto de 1992, Hamester suscribió un acuerdo de Joint Venture con Ghana CocoaBoard (en adelante Cocobod) compañía que fue constituida por ley el 3 de Mayo de 1984, cuya función principal era comprar granos de cocoa a los agricultores y al Mercado para exportarlos, además de incentivar la producción de cocoa, asistir al desarrollo de la industria, entre otros. La empresa vendía los granos a través de su filial Cocoa Marketing Company Limited (en adelante CMC).

El propósito del Joint Venture, era el rehabilitar antiguas fabricas que procesaban cocoa, ubicadas en Takoradi Ghana CPC West African Mills (CPC/WAM), propiedad de Cocobod, con el objeto de proveerlas de la más avanzada tecnología para procesar todos los grados y calidades de cocoa, con el objeto de maximizar la capacidad de procesamiento del país.

Las metas propuestas en el contrato, se iban a cumplir por medio de una compañía establecida bajo las leyes de Ghana, denominada West African Mills (en adelante Wamco I). Los aportes de las partes consistirían, en tecnología y KnowHow por parte de Hamester, y la fábrica antigua y granos para abastecer la planta de cocoa por parte de Cocobod. Estos otorgarían a las partes la siguiente participación accionaria, Cocobod tendría el 40% de las acciones de la empresa, mientras que Hamester ostentaría el 60%. Cocobod pagaría su aporte con la contribución de los activos de CPC/WAM, mientras que Hamester lo haría financiando la modernización de la planta, cuyo costo según el demandante ascendió a EUR\$19.030.720, cifra discutida por el demandado, señalando que los costos fueron muchos menores.

La cláusula del acuerdo de Joint Venture que da lugar a la controversia, es la del artículo 7 y se refiere al abastecimiento y precio de los granos de Cocoa, que Cocobod le debía vender a Wamco I, señalando que:

Cocobod debe vender a la fabrica para procesar, la cantidad deseada de grados y cantidades de granos de cocoa (incluyendo los desechos de cocoa, cocoa de baja calidad grados II y III, y cultivos de mediana calidad de cocoa). Si estos grados y calidades no estaban disponibles, Cocobod debía vender la cosecha principal de grado I. La fabrica debía estar todo el tiempo abastecida de acuerdo a sus requerimientos, para poder funcionar a su máxima capacidad. Las condiciones para la venta de granos, deberán determinarse en un acuerdo entre Wamco I y Cocobod. Sin perjuicio de que las condiciones y precios deben basarse en los precios aprobados por el "Cocoa Producer Price Review Committee" (Comité observador de precios de los productores de cocoa).

El contrato incluía una cláusula de arbitraje que le daba competencia al CIADI, para conocer de las disputas que no pudieran resolverse amigablemente.

En 1988, antes de que entrara en vigencia el Joint Venture, Hamster y Cocobod, ya habían empezado a modernizar la planta, para esto Hamester prestaría a Cocobod DM\$ 24.900.000, además de proveer servicios de ingeniería y una vez que el Joint Venture entrara en vigencia, el prestamos entre las partes dejaría de tener efecto.

El 15 de diciembre de 1992, Wamco I con la aprobación de Hamester, compra a Cocobod otra fabrica procesadora de cocoa en Takoradi, que requería modernización conocida como Wanco II, el financiamiento de esta operación es discutido por las partes:

- Hamester afirma que la compra fue financiada por las utilidades de Wamco I.
- El demandado, indica que se utilizo una figura fraudulenta para la adquisición, dado que Hamester alego haber contribuido más de lo que le correspondía a su participación en Wamco I, teniendo derecho a que se le repagaran DM\$ 7.692.205, del crédito (cifra fraudulentamente inflada). El préstamo luego fue utilizado para comprar 120.000 acciones de Wamco II

Wamco II, empezó a funcionar en 1994, Hamester alega que invirtió EUR\$35.259.161 en la modernización de la fábrica, cifra objetada por el demandado señalando que esta sustancialmente abultada. Parte importante de la discusión en este punto radica, en determinar si los términos del Joint Venture son aplicables a esta

inversión. El demandado sostiene que las provisiones del contrato no se aplicarían. Mientras que el reclamante estima que la adquisición estaba expresamente dentro de los términos del acuerdo.

Una tercera planta, similar a Wanco II denominada Wanco III, fue construida en 1998, en la cual Hemester indica haber invertido EUR\$ 11.871.093. El complejo de las 3 plantas son denominadas para efectos del caso "Wanco". La capacidad máxima de producción del conjunto de fabricas es discutida por las partes.

Desde que Wamco I, comenzó a operar (1993/1994), toda la producción de la planta, fue vendida exclusivamente a Hamester, a los precios que indicados por el demandante. No existía un acuerdo escrito entre Hamester y Wamco I, que determinara el abastecimiento y los precios.

En 1997, Wamco tenía problemas financieros, estaba endeudada con Cocobod, el demandado señala que esta situación se produce, dado que Hamester no pagaba a Wamco por los productos que le proveía. El demandado señala que las cuentas anuales de Wamco en 1997, muestran deudas por DM\$50.656 millones a Cocobod, y compromisos del Demandante a Wamco por la suma de DM44.195 millones.

En 1998 la deuda de Wamco a Cocobod según el demandado ascendía a la suma de US\$30.000.000. Hamester niega la existencia de la deuda con Wamco, sin perjuicio de que reconoce el endeudamiento con Cocobod en 1998. La correspondencia entre Wamco y Cocobod, da a conocer que las facturas de pago recibidas de Cocobod, no fueron pagadas dado que no se había firmado el acuerdo de precio. El 22 de Julio de 1998, Cocobod y Wamco llegaron a un acuerdo de precios, que renovaba el de 1997. A pesar de que existieron varios acuerdos de precio, parecía que las dos compañías, tenían problemas al momento de tener que determinar los valores en el día a día.

El 14 de Octubre de 1999, el director ejecutivo de Cocobod, mando una carta a Wamco, señalando que se implementaría una nueva política desarrollada por el sector de desarrollo estratégico para la Cocoa de Ghana, y que consistiría que a partir del 1 de Julio de 1999, las plantas de procesamiento local comprarán los granos de cocoa, a precio

FOB, Hamester reclama que en virtud de la provisiones del Joint Venture, esa política no le era aplicable.

El 2001, luego de que Cocobod, le diera a Wamco un ultimátum para que pague sus deudas (impagas dado que no existía acuerdo de precio), bajo el apercibimiento de cortar la cadena de abastecimiento, se llegó a un acuerdo de precio cuya validez es objetada por el demandante, señalando que el consentimiento se prestó bajo la coacción de cortar la cadena de abastecimiento.

En enero del 2002 Cocobod, organizó una reunión con las fabricas procesadoras de cocoa, señalando que existía escases de granos para que tomaran las precauciones necesarias. Wamco envía una carta a Cocobod , solicitando abastecer de la cantidad de granos requeridas, señalando que cualquier pérdida originada por la escases de cocoa iba a ser deducida de las facturas que les cobren, por lo demás indico que no estaba dispuesta a hacer ningún tipo de pago si las fabricas no estaban completamente abastecidas. En julio de 2003, Cocobod solicito el pago de la suma de EUR\$8.462.329, antes del 31 del mismo mes o cortarían el suministro e iniciarían acciones legales inmediatamente.

El demandado afirma que en Enero de 2003, la deuda de Wamco por los granos abastecidos el 2002 y en enero de 2003, ascendía a EUR 24.300.000 y la deuda de Hamester a Wamco era de EUR 31.600.000, indicando que Wamco era insolvente dado que el demandante no pago las cuentas durante todo el 2002. Mientras que Hamester, señala que la falta de pago se debió a las pérdidas originadas por no haber entregado los productos.

El 14 de enero de 2003, por medio de una carta, Hamester indica su posición respecto de los hechos entre Wamco y Cocobod. Argumentando que la suma de EUR 9.725.770, son pérdidas originadas por la falta de suministros, durante el 2002, se dejaron de entregar 30.000 toneladas solicitadas, señalando que el acuerdo de precios del 2001 tampoco era viable. Estas preocupaciones deben ser resueltas antes de Hamester efectué cualquier pago por las entregas del 2002. En caso de no poder ser resueltas estas diferencias, el demandante señala que desea poner fin al acuerdo de Joint Venture.

La situación financiera de Wamco, era bastante complicada, solicito a Cocobod comprar las 30.000 toneladas no abastecidas durante el 2002, el año 2003 a precios del 2002.

El 10 de febrero de 2003, Hamester informó al ministro de finanzas de Ghana su deseo de abandonar el Joint Venture. Las partes no pudieron acordar los términos para el traspaso de las acciones del demandante en Wamco, motivo por el cual el demandante advirtió que la situación podía ocasionar una controversia legal. El ministro prohibió la exportación de cocoa a Wamco.

El 14 de mayo de 2004, Hamester presenta una solicitud de arbitraje al CIADI.

Posición del demandante

El reclamante alega el incumplimiento de las provisiones del APPI entre Ghana y Alemania, sobre todo las relativas, al trato justo y equitativo, las que prohíben imponer medidas discriminatorias o arbitrarias a la administración, mantención, uso y goce de las inversiones, las que garantizan total protección y seguridad y las que prohíben medidas expropiatorias o equivalentes.

En términos específicos Hamester señala que el demandado incumplió el contrato de Joint Venture, el que bajo una Cláusula Paraguas (umbrella clause), elevan la infracción a un incumplimiento del tratado.

Posición del demandado

Mientras que el demandado objeta la jurisdicción del tribunal, dado que en virtud de lo establecido en el artículo 10 del APPI, no existió inversión bajo las leyes de Ghana.

Alega que el Joint Venture, fue obtenido con fraude por parte de Hamester, y que el reclamante siguió defraudando a Wamco y Cocobod mientras el acuerdo estuvo vigente. Señalando que aun si el Tribunal fuese competente, Hamester, estuvo de acuerdo con la negociación comercial del Joint Venture, que durante el contrato existió un

incumplimiento continuo por parte del demandante para pagar por lo bienes suministrados y que fue el mismo demandante quien abandono el contrato.

Decisión del Tribunal

El Tribunal, concluye que todos los reclamos de Hamester respecto del incumplimiento del APPI, relativos al trato arbitrario y discriminatorio, al trato justo y equitativo o la expropiación producto de las actuaciones de Cocobod, han sido por su naturaleza comportamientos propios de un contratante privado mas que de un estado soberano. Para que exista una violación de las cláusulas del APPI, El Estado o una entidad separada debe hacer uso de sus poderes públicos.

Respecto de las legítimas expectativas, el tribunal estima que no es suficiente el haber invocado la existencia de derechos contractuales para justificar que se haya infringido sustancialmente, el estándar del trato justo y equitativo. Incluso si los actos del gobierno hubieran sido por naturaleza soberanos, los incumplimientos alegados, no hubieran podido calificar como una violación al trato justo y equitativo basado en la teoría de las expectativas legítimas, para esto considera lo indicado por el Tribunal en *Parkerings v. Lituania*, señalando que no todas la expectativas relativas al cumplimiento de una obligación contractual, están protegidas por el derecho internacional. Los contratos llevan expectativas intrínsecas que no califican como expectativas protegidas por el Derecho Internacional.

En este caso el Tribunal, lleva el análisis al cumplimiento del contrato de Joint Venture y analiza el comportamiento del Estado, concluyendo que este actúa como un privado. No se pronuncia sobre el estándar de trato justo y equitativo, dado que no existe una actividad soberana que permita concluir que se han vulnerado las expectativas legítimas del inversionista. El Capitulo 3 de este trabajo analiza en profundidad este tema.

m. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (France/Argentina and Spain/Argentina BITs). Decision on Liability, 30 July 2010. Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken

Hechos

En este caso surge una disputa, de la privatización de los servicios de agua y alcantarillado de la Provincia de Santa Fe en Argentina. El gobierno provincial, le entrego la concesión a una sociedad Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. (en adelante APSF) que estaba organizada y administrada por los demandantes, quienes tenían una vasta experiencia e intereses en los negocios relativos al tratamiento de agua y alcantarillado.

Durante los años 80, la economía Argentina y particularmente sus empresas públicas tuvieron serios problemas, producidos principalmente por las altas tasas de inflación, déficit fiscales, ausencia en inversión de capital, entre otros, lo que llevo a una seria devaluación del peso (en más de un 90%).

Para mejorar la situación a nivel nacional, en 1989 Argentina promulgo una ley que declaro en estado de emergencia una serie de servicios públicos, proponiendo un amplio programa de privatizaciones. En menos de dos años, una ley de convertibilidad estableciendo que el peso se “pegaría” al dólar, por lo tanto un peso sería equivalente a un dólar.

Sin embargo Santa Fe, se demoro aproximadamente 6 años en privatizar sus servicios de agua. Para esto en Noviembre de 1994 promulgo una ley que llamaba a una licitación internacional, que le permitiría a los inversionistas obtener una concesión por 30 años para operar y desarrollar el sistema de agua y alcantarillado propuesto. Durante el proceso varias instituciones internacionales, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, apoyaron fuertemente a Argentina, con financiamiento y consejos.

El 30 de Agosto de 1995, Santa Fe otorgo la concesión por decreto a los reclamantes, un consorcio integrado por Suez, AGBAR, junto con distintas compañías

argentinas, el Banco de Galicia, Buenos Aires S.A., Sociedad Comercial del Plata S.A. y Meller S.A., formado en 1995 con el objeto de participar en esta propuesta. Interaguas S.A., no fue miembro del consorcio que participo en la licitación, sino que adquirió el 9,47% de las acciones de APSF en 1996, y el 5.45% en 1998. El Consorcio tuvo que crear APSF una compañía argentina, a la que Santa Fe le entrego la concesión, que no solo especificaba el régimen de tarifas, sino que también exigía ciertos estándares de servicios y metas de expansión e inversión que la concesionaria debía cumplir.

Considerando las condiciones en que se encontraba la infraestructura de agua y alcantarillado, APSF se vio en la obligación de efectuar grandes inversiones, para expandir el servicio y mejorarlo. Las cifras requeridas sobrepasaban los montos que se ganarían inmediatamente por las tarifas cobradas. En este contexto, la concesionaria se vio en la obligación de acudir a agencias multilaterales de crédito, contrayendo obligaciones pagaderas en dólares americanos. Parte de las condiciones de financiamiento, era la obligación de los accionistas de proveer apoyo financiero a APSF, en caso de que esta no pudiera cumplir con sus compromisos en tiempo y forma.

Como resultado de las inversiones el año 2000, el acceso al agua potable había aumentado en un 13%, a los servicios de alcantarillado en un 308%, la producción de agua potable aumento en un 73%, entre otras cifras. Sin perjuicio de esto el demandado, alega que la empresa no ha cumplido a cabalidad con sus compromisos, a pesar de esto no existe evidencia de reclamos durante los 6 años por parte de la provincia.

Cuando APSF expandía sus servicios, los nuevos clientes debían pagar una tarifa de infraestructura, debido a la reacción negativa de la población, el gobierno provincial, solicito dejar de cobrar esta tarifa y detener temporalmente los proyectos de expansión. Las negociaciones entre la empresa y la administración comenzaron de inmediato y llegaron a un acuerdo de subsidios cruzados en virtud del cual, todos los usuarios contribuían a financiar los costos de la expansión, cuestión que llevaría a reducir la tarifa individual.

El año 1999, Argentina sufrió una severa crisis económica y financiera, que tuvo serias consecuencias para el país, su gente e inversionistas locales y extranjeros. El país se vio con serias complicaciones para pagar su deuda externa. Para enfrentar esta

situación ASPF y las autoridades provinciales entraron en una serie de negociaciones respecto de las tarifas, que principalmente iban enfocadas en asistir a los sectores más necesitados, bajando las tarifas y por medio de subsidios.

En Diciembre cuando el gobierno impuso el “corralito”, limitando la cantidad de dinero que los ciudadanos podían retirar de sus cuentas bancarias, llevo a la renuncia del presidente de la Rúa, seguido de una sucesión de 4 presidentes que debieron dimitir, hasta que asumió Eduardo Duhalde que gobernó hasta el día de la elección.

Durante el gobierno de Duhalde, se realizaron una serie de reformas, entre las que destacamos, la liberalización del tipo de cambio, el dólar no seguiría pegado al peso argentino sino que habría un tipo de cambio libre y la posibilidad de renegociar todos los contratos públicos en razón de sus tarifas, la calidad del servicio, la calidad de los planes de inversión, el interés de los consumidores y el acceso al servicio y las utilidades de las empresas.

La depreciación del peso que cayó, hasta llegar a costar 3 pesos un dólar americano, llevo a un aumento sustancial en los costos de ASPF en especial, aquellos relativos al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Los reclamantes en el 2002, buscaron la forma de negociar con la autoridad administrativa, para ver la posibilidad de elevar las tarifas, con el fin de poder hacer frente a sus obligaciones, la autoridad denegó a la empresa la posibilidad de poder negociar.

En mayo de 2002, ASPF entro en default, por incumplir sus obligaciones en moneda extranjera. En virtud de los contratos de préstamos, los accionistas estaban obligados a seguir aportando recursos a la empresa, con objeto de evitar su insolvencia. Durante el 2002 la compañía intento renegociar las tarifas con el objeto de volver a operar con ganancias, pero no tuvo éxito la provincia quería renegociar la concesión.

Después de un periodo de negociaciones inútiles, los reclamantes en Abril de 2003, presentaron al CIADI una solicitud de arbitraje basado en los APPI Francia Argentina y España Argentina, alegando que el país incumplió la obligación de tratar justa y equitativamente al inversionista. Al momento de la solicitud, los reclamantes eran Suez (una empresa francesa), AGBAR (empresa española) y InterAgua (empresa española).

En diciembre de 2003, hubo un cambio en la administración provincial, las nuevas autoridades fueron aun más renuentes a aceptar un cambio en las tarifas e incrementaron sus demandas para que el inversionista complete las onerosas obligaciones. Al mismo tiempo el gobernador expuso la idea, de que el sistema de agua debía ser renacionalizado.

Considerando el evidente estado de insolvencia en que se encontraba ASPF, la empresa notifico a la provincia su deseo de poner término a la concesión, proponiendo el traspaso del servicio a la provincia. El 29 de abril de 2005 el ministerio rechazo la propuesta. El 26 de mayo de 2005 ASPF notifico a Provincia de su decisión de terminar la concesión, solicitándole que reciba los servicios de agua y alcantarillado. La provincia, el mismo día rechazo la solicitud de la empresa por un decreto e hizo cobrar las garantías iniciales otorgadas por la empresa. También rechazo la propuesta de los reclamantes, de vender sus acciones en ASPF a inversionistas locales.

El 13 de Enero de 2006, ASPF, entro en un proceso de liquidación y le pidió a la provincia retomar los servicios dentro de los 5 días señalados en el contrato de concesión. Así, el 31 de enero de 2006, por decreto Santa Fe, termino el contrato de concesión y asumió la operación de los servicios de agua y alcantarillado, la provincia se negó a pagar cualquier tipo de compensación a ASPF, mientras creaba una nueva empresa Aguas Santafesinas S.A. (en adelante ASSA), para operar los servicios entregados por ASPF. Durante el 2006 ASSA perdió 1.353 millones de pesos argentinos, la provincia, entrego subsidios para cubrir las pérdidas y entrego 42.3 millones para nuevas inversiones. Los reclamantes alegan las siguientes pérdidas, Suez US\$199.370.699, AGBAR US\$35.113.434 e InterAgua US\$19.177.028.

Cláusulas de los APPI aplicables

El APPI entre Argentina y Francia, en su artículo 3 señala que cada parte en su territorio y en sus zonas marítimas debe dar solo un trato justo y equitativo, de acuerdo con los principios del derecho internacional, a las inversiones efectuadas por los inversionistas de la otra parte, y asegurar que el ejercicio del derecho concedido no se vea impedido de jure o de facto.

Mientras que el artículo 5 (1) del mismo convenio indica, que las inversiones efectuadas, por los inversionistas de una parte contratante, deben estar completamente protegidas en el territorio y la zona marítima de la otra parte contratante, de acuerdo con el principio de solo trato justo y equitativo, mencionado en el artículo 3.

El APPI entre España y Argentina en el artículo 5 establece, que cada parte debe garantizar en su territorio un trato justo y equitativo, a las inversiones efectuadas por los inversionistas de la otra parte contratante.

Posición del demandante

El demandante alega que las acciones de Argentina, provocaron alteraciones fundamentales de las circunstancias en las que se efectuó la inversión y decepciono sus legítimas expectativas como inversionistas. Argumentando que fue el Estado Argentino quien los motivo, a realizar la inversión en la Provincia de Santa Fe, y que parte importante de los elementos que los llevo a tomar la decisión de invertir, fueron los diversos compromisos efectuados por la Provincia en el marco legal dentro del cual se desarrollo la inversión.

Para el reclamante la obligación de tratar justa y equitativamente la inversión, fue incumplida debido a que, la provincia rechazo a renegociar las tarifas, impuso la renegociación del contrato y término unilateralmente la concesión.

Posición del demandado

Argentina, por su parte señala que los actos y omisiones relativos al estándar del trato justo y equitativos, deben analizarse a la luz de las circunstancias del caso, y que en virtud de la situación económica por la que atravesaba el país, la Provincia de Santa Fe actuó en forma razonable, responsable y no discriminatoria, entendiendo que la provisión de agua potable y los servicios de alcantarillado, son considerados servicios de un elevado interés público, sobre todo considerando las declaraciones de los demandantes donde daban a entender que tenían intenciones de abandonar la concesión. Agrega que los reclamantes, pueden invocar su calidad de accionistas en APSF solo para efectos

jurisdiccionales (entendiendo que tienen una inversión), pero no pueden hacerlo para buscar protección en un APPI respecto de derechos contractuales en los cuales no son parte.

El Estado señala, que las acciones tomadas por la Provincia, eran totalmente predecibles, era evidente que el gobierno iba a tomar medidas especiales por la crisis, intentando renegociar contratos, especialmente frente ante la amenaza de abandonar la concesión la actuación del estado fue razonable y predecible por lo tanto no pudo haber ninguna expectativa frustrada. Por lo demás el demandado sostiene, que el trato justo y equitativo debe fundarse en contratos, que regulan la relación entre el inversionista y el estado y en consecuencia si se hubieran hecho compromisos hubiese sido para ASFP y no para los inversionistas.

Decisión del Tribunal

El Tribunal comienza señalando que, trato justo y equitativo y solo trato justo y equitativo son lo mismo. Si distingue el hecho que el APPI con Francia haga referencia a los principios del derecho internacional, mientras que el español no lo hace. En este punto señala que los reclamantes, no hicieron distinciones al momento de efectuar sus peticiones al tribunal. El demandado entiende que la referencia a los principios del derecho internacional, del APPI entre Francia y Argentina significa que el tratado expresamente limita la cláusula al estándar internacional mínimo, limitación que solo esta implícitamente incorporada en el APPI con España.

El tribunal para analizar el alcance de la cláusula de trato justo y equitativo, reconoce que la doctrina y la práctica jurisprudencial han desarrollado 3 visiones:

1. Considerando que el trato justo y equitativo debe limitarse al estándar mínimo requerido por el derecho de la costumbre internacional.
2. La limitación de la cláusula, debe darse por el derecho internacional, considerando todas sus fuentes.
3. El trato justo y equitativo es un estándar independiente, en cada tratado.

Este Tribunal, señala que para tomar una decisión debe atender al lenguaje de cada uno de los tratados. Para el caso del APPI con Francia en virtud de lo señalado por el artículo 31 (1) de la Convención de Viena, analizado en el capítulo anterior, entiende que el límite de la cláusula es el derecho internacional con todas sus fuentes y no el estándar mínimo requerido por el derecho de la costumbre internacional. En el caso del APPI con España, es aun menos plausible el circunscribir la cláusula de trato justo y equitativo, al estándar mínimo internacional. El tribunal concluye, que en este caso el alcance de protección es el mismo en ambos tratados, dado que está obligado a aplicar los principios del derecho internacional.

El Tribunal, primero analiza el significado ordinario del concepto de trato justo y equitativo, el contexto en el cual se encuentra el concepto y el objeto y propósito de los APPIS. Respecto del contexto analiza los preámbulos de los tratados, en los cuales se señala el deseo de cooperación económica, de desarrollar las economías, de promover y proteger la inversión, siendo este un objetivo aun más amplio que solo el atraer inversiones.

Las expectativas legítimas, derivan de las leyes y regulaciones adoptadas por el Estado receptor, cuando este actúa de acuerdo a lo prescrito por legislación local. Por lo tanto, no son solo las legítimas expectativas las que llevan al Tribunal a concluir que existió una violación al trato justo y equitativo. Sino esta infracción ocurre, cuando existen las expectativas creadas por las leyes del estado receptor, junto con el hecho de que se haya invertido capital, confiando en el marco normativo y luego hay un cambio en las leyes que lleva a concluir que el Estado no protegió adecuadamente las inversiones, otorgándoles un trato justo y equitativo.

En el caso de Argentina, el Tribunal indica que sus leyes, los tratados firmados, las declaraciones gubernamentales y especialmente el marco legal en el cual la Provincia de Santa Fe, busco deliberadamente crear expectativas en los inversionistas, con el objeto de atraer capital y tecnología para modernizar sus sistemas de agua y alcantarillado. En este contexto, el Tribunal señala que debe plantearse la siguiente interrogante ¿Cuáles serían las expectativas razonables y legítimas, de un inversionista racional en la posición de los reclamantes?, para contestar la pregunta, los jueces se refieren a LG&E v. Argentina, un caso en el cual se indico, que las expectativas legítimas, deben estar

basadas en las condiciones de inversión ofrecidas por el Estado receptor al tiempo de la inversión, puede que no estén establecidas unilateralmente por una de las partes y la ley debe permitir exigir las mismas. En el mismo sentido en *Duke v. Ecuador*, estableció que la estabilidad legal y el clima para hacer negocios, está directamente relacionado con las expectativas justificadas que pueda tener un inversionista.

En este caso el contrato de concesión y el marco legal, cumplen con los requisitos mencionados para ser entendidos como parte de las expectativas del inversionista. Siendo estos los motivos por los cuales la inversión se materializó, sin la confianza que le entregaban estos dos instrumentos, ningún inversionista hubiera querido realizar una inversión de esta naturaleza.

Luego el Tribunal, analiza las 3 conductas del Estado que según el demandante atentaban contra el trato justo y equitativo. El primero, decía relación con la negativa de Santa Fe a la renegociación de las tarifas, considerando que la concesión es un contrato a 30 años plazo, es razonable esperar que las autoridades manejen en forma cooperativa las relaciones, en el sentido de “trabajar juntos”, de hecho el contrato de concesión señala que las partes deben tener la disposición mantener una relación fluida que facilite el cumplimiento del acuerdo.

El Tribunal descarta el argumento del demandado, donde señala que en el contexto de la crisis, las expectativas del inversionista debieron incorporar que Argentina, iba a actuar a la luz de su historia de inestabilidad económica. Los árbitros indicaron, que el estado no puede utilizar su historia de inestabilidad económica, con el objetivo de eludir su responsabilidad con los inversionistas extranjeros. Sobre todo cuando incentivo y otorgo garantías en el contrato de concesión para atraer inversión.

La Provincia de Santa Fe, pudo haber sido más flexible para proteger los intereses del reclamante, por ejemplo si querían evitar el alza en las tarifas durante la crisis, podrían haber relevado al inversionista de la obligación de realizar nuevas inversiones. Considerando que el gobierno local colaboro con empresas eléctricas de propiedad provincial, permitiéndoles subir las tarifas un 129%. Además una vez que finalizó la crisis, no se vio ningún gesto del gobierno que mostrara la intención de trabajar en conjunto con el demandante.

En este punto el Tribunal, debe balancear el derecho del estado a regular un servicio público vital y las expectativas legítimas del inversionista. No hay duda que dentro del marco legal, Argentina y específicamente la Provincia de Santa Fe, tienen derecho a regular una amplia gama de materias, incluyendo el sistema de tarifas, los estándares de protección de la inversión, etc. Pero APSF como participante dentro de una industria regulada, tiene la expectativa que el estado ejercerá su autoridad con discreción dentro de las reglas que la Provincia estableció para la concesión.

Por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal concluye que el rechazo rígido y persistente a renegociar las tarifas, de acuerdo al contrato de concesión y al marco legal, particularmente después de la recuperación económica, constituyen una violación a los compromisos de los APPI de tratar justa y equitativamente al inversionista.

El Tribunal también considero que la negativa del gobierno a renegociar la concesión, constituye una violación a las provisiones de los APPI, que obligan a tratar justa y equitativamente al inversionista, sobre todo cuando no se le permitió participar en el proceso de renegociación de concesiones.

Respecto del término unilateral del contrato de concesión, dada la importancia del servicio prestado, y los avisos en los cuales el demandante expresaba su voluntad de poner término a la concesión, el tribunal concluyo que el Estado no infringió las disposiciones relativas al trato justo y equitativo.

La opinión disidente concuerda con la violación al trato justo y equitativo, sin embargo señala que la infracción no está relacionada con la dictación de la ley de emergencia, que impone la serie de medidas que perjudican a la inversión. Sino que la ley no estableció la temporalidad de sus provisiones, a fin de que una vez que termine la situación de emergencia, todo vuelva a la normalidad.

**n. Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA).
Award, 2 August 2010**

Hechos

Lindane es un pesticida registrado en el mercado canadiense el año 1938. Uniroyal Canada durante los años 1979 y 1980 desarrollo una versión líquida de Lindane. Los cultivos de canola, eran usuarios importantes de este pesticida, sin perjuicio de que en Estados Unidos, la utilización de Lindane en los cultivos de canola estaba prohibida.

La utilización de Lindane crea importantes riesgos para los agricultores, que están en contacto con la sustancia, como consecuencia se han tomado varias medidas para restringir la utilización del pesticida a nivel internacional.

La protección de los cultivos canadienses está regulada por la ley de control de plagas en los productos ("Pest Control Products Acts" en adelante PCPA), que en su subsección 5, señala que ninguna persona puede vender o importar productos a menos que estos estén registrados, que estos cumplan con los estándares prescritos por la ley y estén empaquetados y rotulados. Y al mismo tiempo impone requisitos para la exportación, señalando que debe cumplir con las condiciones anteriormente mencionadas y debe estar registrado.

La Agencia para el control de plagas canadiense (Pest Management Regulatory Agency, en adelante PMRA), fue creada en 1995 y tiene como principal objetivo el prevenir riesgos inaceptables para la población y el medioambiente. El 17 de Septiembre la agencia para la protección del medioambiente de Estados Unidos (US Environmental Protection Agency, en adelante EPA) fue contactada para que se pronunciara sobre la legalidad de la importación de productos que incluían Lindane. El 12 de Enero de 1998, el organismo contesto, señalando que era ilegal la importación de semillas de canola, tratadas con pesticidas no registrados. Sin perjuicio de esto, señalo que permitiría a los agricultores norteamericanos la importación, de semillas de canola tratadas con Lindane, desde Canadá hasta el 1 de Junio de 1998.

El 28 de Octubre de 1998, el reclamante y otros productores fueron contactados por la Asociación Canadiense de Cultivadores de Canola (Canadian Canola Growers Association, en adelante CCGA) y el Consejo Canadiense de Canola (Canola Council of Canada, en adelante CCC), para informarles acerca de su preocupación acerca de posibles trabas al comercio de semillas de canola, que hubieran sido tratadas con Lindane, solicitando a los productores que voluntariamente removieran la canola de la lista de productos que utilizan Lindane.

El 26 de Noviembre de 1998 cuatro de los productores contactados, accedieron a remover a las semillas de canola de las etiquetas que las asociaban al tratamiento con Lindane. El reclamante se comprometió con esta iniciativa el 17 de diciembre de 1998, bajo ciertas condiciones, siempre que los todos los otros productores de semillas se comprometieran con la iniciativa, que la PMRA apruebe otro pesticida para el uso en canola antes de los 6 meses en que debía dejar de rotular la canola como asociada a Lindane y por último señalando que si Estados Unidos finalmente tolera el uso de Lindane, el demandante también lo hará, dado que la amenaza al comercio habría desaparecido.

Con fecha 2 de marzo de 1999, el reclamante señala que no retirara voluntariamente el uso de Lindane de las etiquetas, a menos que exista un producto que sea conveniente para reemplazar el uso del pesticida.

El 15 de Marzo de 1999, La PMRA, hizo una revisión especial de los productos para controlar pestes que contenían Lindane, concluyendo que el alcance de problemas que podía ocasionar el pesticida eran potencialmente amplios. Por lo que en Octubre de 1999, entro en un acuerdo con el reclamante para que este deje de utilizar el químico. El 31 de diciembre de 1999, el demandante dejo de utilizar el pesticida. Sin perjuicio de esto el 8 de mayo de 2001, solicito permiso para volver a utilizar Lindane.

La PMRA el 30 de Octubre anunció, que había terminado la revisión especial y que en virtud de los riesgos encontrados, suspendería o terminaría la posibilidad de registrar productos con Lindane, considerando el potencial riesgo para los agricultores que estaban expuestos al producto durante el proceso de siembra, como los potenciales riesgos comerciales que podría traer asociado el uso del químico.

El 21 de febrero de 2002, la PMRA informo al reclamante que las licencias para utilizar Lindane estaban terminadas, motivo por el cual el 14 de marzo del mismo año, el demandante solicito al ministro la creación de comisión revisora. El 22 de octubre de 2003, el ministro informo al demandante que la comisión había sido creada. Esta concluyo la posibilidad de incorporar medidas de mitigación con el objeto de ver la posibilidad de permitir Lindane de nuevo.

Considerando las recomendaciones de la comisión revisora, la PMRA comenzó un proceso de re evaluación. Llamando a los afectados con la prohibición de utilizar Lindane a entregar información que pueda ser útil al proceso. El reclamante presento informes en tres oportunidades. Sin perjuicio de esto la agencia señalo que el proceso continuo sin dialogo, respecto de la posibilidad para tomar medidas de mitigación en el uso del pesticida.

Discusión sobre el fondo del asunto

La regla aplicable para determinar el caso trato justo y equitativo, es el artículo 1105 del NAFTA, que señala:

Cada parte debe tratar las inversiones realizadas por inversionistas de la otra parte, de acuerdo al Derecho Internacional, incluyendo el trato justo y equitativo y total protección y seguridad.

El Tribunal en concordancia con lo indicado por otros tribunales similares, indica que debe interpretar la cláusula a la luz de la FTC Notes (Free Trade Commission Notes). En este contexto las partes no discuten que el estándar deba circunscribirse a lo señalado por el derecho de la costumbre internacional. Sin embargo las partes discuten el alcance que se le debe dar al artículo.

El reclamante señala que el estándar impuesto por la costumbre internacional ha evolucionado, pudiendo demostrar esto en la numerosa cantidad de APPIS que imponen la obligación de tratar justa y equitativamente la inversión.

Mientras que el demandado argumenta, que los APPIS por si solos no son suficientes para constituir el derecho en la costumbre internacional.

El Tribunal concluye, que el alcance del artículo 1105 del NAFTA debe determinarse de acuerdo al derecho de la costumbre internacional, y que al momento de establecer el estándar no se pueden dejar de considerar los APPIS ni la evolución que estos han tenido. Para respaldar este razonamiento se apoya en el criterio establecido por el Tribunal en el caso *Mondev v. Estados Unidos*. Además agrega que para determinar el estándar deben considerarse todas las circunstancias del caso.

Los puntos centrales del reclamo del demandante según el Tribunal, se basan en la revisión de PMRA para establecer la prohibición de utilizar el pesticida, estaban motivadas por razones de comercio, y no por razones ambientales o de salud. Agrega además el proceso por medio del cual PMRA analizo los riesgos asociados a Lindane fue inconsistente procedimental y científicamente, tal es así que las conclusiones a las que llegaron se sabían de antemano. En este sentido agrega, que el pesticida podría haberse seguido utilizando al menos por un tiempo más.

Además, el reclamante alega, la lentitud con la que se formaron las comisiones, el hecho que PMRA no le solicito información relevante para tomar una decisión, el no haberle otorgado tiempo suficiente para tramitar una licencia de exportación a Estados Unidos utilizando Lindane, el que le prohibieran plantar semillas utilizando el pesticida después de Julio de 2001 y el hecho que en el intertanto no le autorizaron la utilización de pesticidas alternativos (cuestión que la solicito expresamente).

El Estado de Canadá por su parte sostiene que la revisión efectuada por PMRA fue motivada por consideraciones legítimas basadas en conocimiento científico y de acuerdo al Protocolo de Aarhus (del que Canadá es parte y prohíbe la utilización del pesticida); agrega el demandado que la revisión científica de Lindane se ajusto a parámetros científicos; que la conclusión que tomo el comité de revisión no podía ser conocida con anterioridad a la formación del mismo.

El Tribunal señaló que no se puede ignorar el hecho que más de 22 países hayan prohibido el uso de Lindane y que la Convención de Estocolmo lo haya incluido como uno de los químicos que debían ser eliminados.

Considerando, el primer punto planteado por el reclamante, en el cual indica que la decisión de PMRA estuvo motivada por razones de comercio más que científicas y de salud. El tribunal estima que no existe mala fe por parte del Estado y que incluso la comisión especial establecida por PMRA cumplió con su objetivo. Incluso en lo que respecta a las obligaciones internacionales de Canadá.

En relación al proceso en el que se tomó la decisión de prohibir el Lindane, el reclamante señala que el motivo de la determinación fue la mala fe del estado. Sin embargo el Tribunal señala que la decisión del Estado estuvo basada en preocupaciones reales.

Respecto de la posibilidad del demandante para aportar información, es un hecho del caso que la comisión requirió información y el reclamante fue negligente en presentarla, dejando pasar una oportunidad que tenía para hacerlo.

En todos estos casos el Tribunal estima que el Estado no infringió su obligación de tratar justa y equitativamente al inversionista. Entendiendo que detrás de la decisión de prohibir el pesticida hay motivos científicos y de salud, el actuar del estado está justificado.

Sin embargo, respecto del hecho de no haber aprobado el pesticida alternativo propuesto el demandante en un tiempo razonable, el tribunal reconoce un cierto grado de negligencia por parte del demandado, pero que en todo caso no es suficiente para infringir el estándar del trato justo y equitativo.

Por todos los motivos, la demanda es rechazada en todas sus partes por el Tribunal. Respecto del trato justo y equitativo el Tribunal analiza el concepto a la luz de las disposiciones del NAFTA, indicando que la costumbre internacional ha evolucionado. Descarta un trato injusto o inequitativo por la prohibición de utilizar el pesticida, basado en argumentos científicos y teniendo presente el interés público involucrado. Sin embargo lo

que llama la atención es que reconoce un cierto grado de negligencia del demandado, al no haber aprobado la utilización de otro pesticida que reemplace al Lindane, pero que aun así no es suficiente para infringir el estándar del trato justo y equitativo. Esta conclusión del Tribunal no tiene más fundamentos que los expuestos, entonces cabe preguntarnos ¿Porqué no es suficientes para infringir la obligación de tratar justa y equitativamente la inversión?; ¿Qué criterio utilizo el Tribunal para llegar a esta conclusión? Y ¿Qué tipo de conductas, en este caso particular, podrían haber infringido el estándar?

o. AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22 (ECT). Award, 23 September 2010.

Hechos

Este arbitraje, tiene como origen una reintroducción del sistema regulado de precios por parte de la República de Hungría. En 1995 Hungría anuncia la privatización del sistema energético, dentro de una estrategia de modernización que incluía el traspaso a privados de ciertas centrales eléctricas en manos del Estado.

El 4 de Julio de 1996, un acuerdo de compraventa fue suscrito entre dos entidades estatales húngaras, ÁPV y MVM y AES Summit, por medio del cual esta última compraba la mayoría de las acciones en la empresa TiszaiErömüRészvénytársaság, ahora llamada AES Tisza. La compañía respecto de la cual se celebró el acuerdo, tenía como activos una central eléctrica denominada Tisza II y dos antiguas centrales eléctricas a carbón, conocidas como Borsod y Tiszapalkonya. La inversión del demandante consistió en aproximadamente US\$130.000.000.

El contrato de compraventa, obligó a Hungría a arreglar y extender el acuerdo de compra de Tisza II, y a entrar en un acuerdo de largo plazo para comprar Borsod. Por su parte AES Summit acordó la modernizar las cuatro estaciones de Tisza II y construir una nueva planta en Borsod.

El año 2000, el demandante comenzó dos arbitrajes (Octubre y Noviembre), que terminaron con un acuerdo entre las partes, en el cual se estableció que este estaba por sobre todos los acuerdos anteriores,

En el acuerdo se incluyó una cláusula de renuncia a la inmunidad soberana, en virtud de la cual la ejecución del acuerdo del 2001, constituiría un acto entre privados, cuestión que lleva a concluir que Hungría estaba actuando como un privado más que como un Estado utilizando su poder público.

Además se agregaron cláusulas en las que se señaló que los acuerdos sobre Tisza II originales se extendería hasta el 31 de diciembre de 2016, que AES Tisza llevaría a cabo las remodelaciones de las plantas en 4 etapas. Lo novedoso es la nueva cláusula de ilegalidad, en virtud de la cual si ocurría un cambio en la ley cuyo efecto haga las obligaciones de las partes, ilegal, inexigible o imposible de cumplir, cualquiera de las partes debe dar noticia de este cambio en la ley, esto con el objeto de entrar en un proceso de negociación, en el cual las partes de buena fe deben intentar hacer los cambios necesarios para mantener el acuerdo. Si a pesar de las negociaciones las partes no pueden llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes puede terminar el acuerdo, debiendo notificar a la otra por escrito. En este sentido, se señalaba lo siguiente:

- Si el cambio relevante en la ley se producía antes de enero de 2007 o antes de la fecha en que Hungría entrara a la Unión Europea, la compañía de transmisión debe pagar a la generación una suma equivalente a la deuda reconocida, no debiendo pagarse ningún tipo de compensación o indemnización
- Si el cambio relevante ocurre con posterioridad a 2007, o después que Hungría ingrese a la Unión Europea, ninguna de las partes está obligada a pagar la terminación del contrato, ni compensaciones o indemnizaciones.

El acuerdo nuevo también estableció una nueva tabla de tarifas, que contenía una detallada fórmula para determinar los precios.

El 2004 Hungría entra a la Unión Europea.

Por lo que en enero de 2004, el régimen administrativo para fijar los precios a la generadores de electricidad impuesto el 2001, por la ley de electricidad terminó, sin perjuicio de esto por lo menos por un tiempo, la fórmula para calcular los precios a AES Tisza, se siguió utilizando.

En diciembre de 2004, AES Tisza completo 3 de las 4 fases de remodelación de las plantas a un costo de EUR98.000.000.

En 2005, se inició un debate político en Hungría, dado que algunos consideraban que los precios pagados a los generadores de electricidad eran muy altos. Este se dio entre parlamentarios, en los medios de comunicación donde se discutía las excesivas utilidades percibidas por los generadores. Además MVM señaló que estaba cobrando menos por la electricidad que los precios que estaba pagando a los generadores.

El 23 de marzo de 2005, durante el debate el Presidente de la Oficina de Energía Húngara (en adelante OEH), señaló que para poder cumplir las metas de precio en el 2007, el margen de utilidad razonable para los generadores, debía estar por debajo de un 10%.

Por lo que el 10 de Noviembre de 2005, el presidente de OEH, envía una carta a los reclamantes, señalándoles que sus utilidades estaban extremadamente elevadas, y que debían ajustarse a un máximo de 7.1%. Motivo por el cual el 28 de Noviembre de 2005, representantes de la OEH, MVM y los reclamantes tuvieron la primera reunión, que fue seguida de cuatro más, sin haberse podido llegar a acuerdo alguno.

El 3 de Marzo de 2006, el parlamento húngaro modificó la ley de electricidad de 2001, introduciendo un nuevo régimen de precios administrativos, para la electricidad que se le vende a MVM. El 6 de noviembre, se estableció un nuevo régimen de precios y en Diciembre de 2007, se volvió a establecer otro.

Ambos decretos, establecieron precios distintos para cada generador, en tanto la fórmula establecida en el acuerdo del 2001, ya no era aplicable.

El demandante alega, que por estos decretos, los precios bajaron un 43% en 2006 y un 35% en 2007, respecto de la tarifa acordada en 2001 y que debía ser pagada por MVM.

El reclamante, sostiene que los nuevos decretos de precios, fueron reintroducidos por razones políticas y para provocar una caída en los ingresos de AES Tisza. El incumplimiento de las disposiciones establecidas en los contratos crediticios, conllevó a que los financistas de la empresa declararan en default a la compañía por los EUR

98.000.000, que invirtió para remodelar Tisza II. El 6 de Julio de 2007, el reclamante presenta una solicitud de arbitraje.

Posición del demandante

El reclamante para justificar que el estado incumplió con su obligación de tratar justa y equitativamente la inversión señaló:

- La existencia de obligaciones contractuales. Señalando que Hungría para proveer un trato justo y equitativo, debía honrar las obligaciones contractuales en las cuales el inversionista había confiado, indicando que el Estado se había comprometido a no interferir en el acuerdo y a no frustrar las expectativas generadas por este. El demandante se refiere particularmente, al acuerdo de 2001 que fijaba la fórmula para determinar los precios, que posteriormente fue modificado en los años 2006 y 2007.
- Que el Estado incumplió su obligación de actuar de buena fe, respetando las expectativas legítimas del inversionista. Esto se produce por la modificaciones introducidas al acuerdo tarifario del 2001, especialmente por las del año 2006 y 2007. Esta reducción en las tarifas produjeron una destrucción en las expectativas del inversionista, basadas en el contrato que dio lugar a la inversión.
- La estabilidad y predictibilidad del negocio. Hungría en el acuerdo de 2001, acordó entregar un cierto nivel de estabilidad legal y financiera al proyecto. El Energy Chapter Treaty, que es el convenio bajo el cual se desarrolla este arbitraje, también requiere que Hungría provea, estabilidad y condiciones favorables y transparentes para la inversión. El demandante alega que la estabilidad duro un periodo corto, hasta que los empezaron a acusar de obtener grandes utilidades, forzándolos a renegociar las condiciones del acuerdo tarifario y finalmente el país terminó modificando el sistema legal dentro del cual descansaba el acuerdo bajo el cual el inversionista realizo su inversión.
- La reintroducción de precios fue arbitraria, poco transparente y no fue introducida a través de un debido proceso. Aseverando que la ley de electricidad del 2006, fue adoptada exclusivamente por motivos políticos.

La forma en que se adoptaron las nuevas tarifas de precios, fue arbitraria y le faltó un debido proceso que las respaldara, el Estado ni siquiera explicó la forma (o fórmula) en que se llegó a decidir el aumento de los precios. Por lo demás el nuevo margen objetivo de 7.1%, es el que corresponde a las empresas de distribución, siendo estos negocios de naturaleza completamente distinta.

Posición del demandado

Hungría, por su parte señala que no frustró las legítimas expectativas del inversionista, dado que estas son las que tuvo al momento de hacer la inversión en 1996, y no las proyecciones del 2001 como intenta plantear.

Añade que en el contrato se incorporó una cláusula que regulaba los cambios en las leyes, dado que estos eran predecibles, el reclamante tenía claro que Hungría iba a entrar a la Unión Europea y que como consecuencia iba a tener que hacer modificaciones a su legislación

Hungría señala que en ausencia de expectativas legítimas, solamente el comportamiento abusivo o arbitrario puede configurar una violación al trato justo y equitativo. En este sentido señala, que la decisión de restablecer la fijación de precios por la autoridad administrativa, no es abusar del poder como Estado y vuelve a añadir que los cambios legislativos eran predecibles dadas las aspiraciones del país de ingresar a la Unión Europea.

En este contexto la Comunidad Europea, consideraba ilegal la ayuda estatal para el desarrollo de electricidad, por lo que hubo fuertes presiones para que MVM no perdiera dinero comprando energía más cara de lo que la vendía. Motivo por el cual, el demandado en diversas oportunidades intentó renegociar las tarifas, pero AES Tisza se negó en todas las ocasiones. Esta situación generó problemas para desarrollar el libre mercado en concordancia con el resto de los países europeos, por lo que se vieron obligados a tomar la decisión menos drástica que era la de imponer precios administrativamente asegurando utilidades al productor.

El Estado indica que existió un debido proceso para implementar la regulación, señalando que el 7.1% de las utilidades requeridos, es cercano a la tasa del 8% que planteaba el sistema de privatizaciones Húngaro. Por todo esto, puede señalar que el Estado actuó de buena fe, intentando cumplir sus compromisos internacionales al mismo tiempo que aquellos con los inversionistas.

Decisión del Tribunal

El Tribunal, comienza señalando que solo le corresponde pronunciarse sobre las conductas del Estado que son capaces de infringir las provisiones de un tratado, no correspondiéndole analizar el incumplimiento de obligaciones contractuales.

Considerando el reclamo del demandante, en que alega que la conducta del Estado destruyó sus expectativas legítimas. El Tribunal comienza analizando el momento en el cual se crean estas expectativas, en un principio señala que tal como indicó el demandado estas se habrían configurado con el acuerdo de 1996. Basado en numerosos casos de jurisprudencia CIADI, tales como *Tecmed S.A. v México*, *LG&E v. Argentina* y *Duke Energy*, concluye que las expectativas legítimas se crean al momento de la inversión. Sin embargo, reconoce que la expresión “al momento de la inversión” ha sido interpretada de forma bastante amplia, por ejemplo en *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, el Tribunal señaló que las expectativas se crean cuando se decide realizar la inversión y al momento de haberse efectuado. Esto lleva a que el Tribunal concluya, que en 1996 efectivamente se realizó la inversión, pero que en el año 2001 cuando la decisión fue reconfirmada y efectivamente se materializó la realización del proyecto objeto de la inversión, también hubo inversión.

El acuerdo de 1996 fue aceptado por el demandado, existen diversos reportes de la industria eléctrica húngara, en los cuales se señalaba que los márgenes de retorno de la inversión eran de un 8% aproximadamente y además se señaló que no se esperaba un cambio en el régimen de fijación de precios por parte de la autoridad administrativa.

El acuerdo de 2001, no contenía una cláusula de estabilización para proteger al inversionista sobre posibles cambios en las leyes, sino que explícitamente reconocía la posibilidad de que estas pudieran cambiar por medio de una cláusula de cambio de ley,

que detallaba los derechos de cada una de las partes en caso de que esto ocurriera. Los jueces señalan, que si bien es cierto que era altamente improbable, que después del 2004 no existieran precios regulados, no existía certeza como para poder afirmar que esto iba a ser así.

Por tanto, el Tribunal estima que el reclamante, no pudo haber tenido expectativas legítimas de que el régimen de precios no iba a cambiar. Por lo que la conducta del Estado bajo ningún punto de vista infringió las expectativas que pudo haber creado en el inversionista.

Respecto de la estabilidad del sistema legal, el Tribunal estima que a pesar de las provisiones del ECT, que obliga a crear condiciones estables para la realización de negocios. Los sistemas legales, son por definición cambiantes dados los desafíos que se les imponen día a día para adaptarse a las nuevas circunstancias.

Además en este caso, no puede observarse la existencia de una cláusula de estabilización u otros resguardos, que protejan la inversión de cambios en el sistema, sino todo lo contrario, existe una cláusula que regula las consecuencias que podría conllevar la modificación de la ley, reconociendo incluso que esta podría conllevar a que las provisiones del acuerdo sean, ilegales, inejecutables o imposibles de cumplir. Por lo tanto el Tribunal estima que el Estado no infringió la obligación de tratar justa y equitativamente al inversionista en este caso.

Al considerar la falta de un debido proceso, transparencia y arbitrariedad, alegada por AES Summit, el Tribunal hace una primera aproximación señalando que la transparencia y arbitrariedad en la decisión de adoptar una nueva política de precios, no fue irracional y que por lo tanto, se iba a centrar en el análisis del proceso en el cual se adoptaron los decretos de 2006 y 2007.

Para analizar una posible infracción a la obligación de tratar justa y equitativamente a la inversión, el Tribunal señala que no toda imperfección o falla en el proceso puede ser considerada una violación a esta provisión. Utilizando el mismo criterio que en Tecmed, indica que el estándar no persigue la perfección, debiendo sancionar solo aquellos casos en que el actuar del Estado es manifiestamente injusto o poco razonable.

En este caso las consideraciones de hecho que llevan al Tribunal a determinar que no se infringió el estándar, analizando el proceso para implementar la ley que sube los precios, fueron de especial relevancia los informes previos emitidos por las autoridades, en los que señalaban que el objetivo era que los generadores de electricidad obtengan una rentabilidad de 7.1% sobre los activos, las reuniones sostenidas en mayo de 2006 entre AES Tisza y OEH, en las cuales se discutieron cambios en la ley que regulaba los precios. El hecho de que las discusiones con los generadores de electricidad, hayan sido fructíferas de hecho se eliminó una importante disposición de la ley que obligaba a los generadores, a pagar a MVM las utilidades generadas por sobre el 7.1%. Una vez que el decreto que proponía los nuevos precios, estaba listo para tomar efecto, OEH informó que los precios fijados para cada generador se iban a ajustar hacia arriba, dándoles dos días para efectuar comentarios, el demandante no hizo comentarios.

Las modificaciones realizadas a la ley de precios de 2001, permitían a los generadores hacer peticiones especiales de precio, el demandante no efectuó ninguna petición especial. También tuvo la oportunidad de solicitar la revisión de los precios ante las cortes húngaras, cuestión que tampoco sucedió. El Tribunal consideró que el demandante fue negligente en el uso de sus derechos y que el proceso por el cual el Estado Húngaro adoptó la nueva política de precios, se ajustó al estándar del trato justo y equitativo.

En este caso volvemos a observar, que el Tribunal cuando debe decidir se aleja de las consideraciones de derecho y de los estándares construidos por la doctrina y jurisprudencia, para enfocarse exclusivamente en los hechos y tomar su decisión.

p. Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19 (US/Panama BIT). Award, 24 November 2010.

Legislación panameña sobre incentivos tributarios y estabilidad jurídica.

La controversia en este caso está basada en ciertas leyes tributarias de la República de Panamá. Durante el año 1995 se dicta la ley 28, que tenía como título “medidas para la universalización de los incentivos tributarios a la producción y se dictan otras disposiciones”. El artículo 6 letra d inciso quinto, establecía un crédito fiscal por las inversiones llevadas a cabo en ciertos sectores económicos, este sería equivalente al 25% del impuesto a la renta liquidado en cada período, hasta completar el 100% de la inversión.

El 22 de junio de 1998, se promulga la ley 54 “por la cual se dictan medidas para la estabilidad de la inversión.” La que bajo ciertas condiciones y limitaciones, garantizaba a los inversionistas la estabilidad del régimen impositivo del que gozaban al momento de su inscripción por el plazo de 10 años.

Con fecha 23 de junio de 1999 se dicta la ley 20, que deroga íntegramente el beneficio de los créditos fiscales, establecidos en el artículo 6 de la ley 28. Sin embargo, el 2 de febrero de 2005 la ley 6 “implementa un programa de equidad fiscal” la que reconoció la existencia de los créditos fiscales obtenidos de acuerdo a la ley 28, pero limito a 5% el monto que podía imputarse contra el impuesto a la renta.

Hechos

COPESA fue constituida en Panamá el 19 de septiembre de 1999, con el objeto de construir, poseer y operar una planta de generación termoeléctrica, de 40 megavatios, alimentada con combustible diésel en Panamá (la planta COPESA).

El 16 de abril de 1998, suscribe un contrato de compra de potencia y respaldo de energía con las autoridades panameñas competentes y se le autoriza para conectarse con el sistema interconectado nacional.

Para la construcción de la planta COPESA firma un contrato EPC con Stewart & Stevenson (en adelante S&S) filial de General Electric PowerSystem para la fabricación, transporte, instalación, puesta en marcha y operación comercial de una planta generadora de electricidad. El contrato se firmo el 20 de abril de 1998 y los trabajos comenzaron en mayo del mismo año.

El financiamiento de la planta, se realizaría mediante un préstamo puente otorgado por el Banco Disa, por un monto de US\$17.000.000, para abrir una carta de garantía a favor de S&S. El plazo otorgado para pagar el crédito era de 180 días, por lo que para financiar el pago de esta obligación COPESA debía emitir bonos equivalentes al total del monto prestado, una de las características de estos instrumentos era la posibilidad de convertirlos en acciones. El 17 de junio de 1998 S&S emite una factura por US\$ 21.045.000, de los cuales US\$16.954.000 estaban cubiertos por una carta de garantía. La planta inicio sus operaciones comerciales en Panamá con fecha 24 de Septiembre de 1998.

Durante el mes de octubre el Banco Disa, transfirió parte de su crédito contra COPESA y las garantías asociadas a él mismo a dos banco panameños Wall Street Securities (en adelante Wall Street) una suma de US\$2.000.000 y a Credicorp Bank(en adelante Credicorp) por US\$6.000.000, el Banco Disa como agente administrativo del préstamo mantuvo el resto.

El 14 de septiembre de 1999, de acuerdo a la ley 54 COPESA se inscribe en el Registro del Régimen de Estabilidad Jurídicas de las Inversiones.

Conflictos judiciales

La emisión de bonos que tenía por objeto el pago del crédito al banco nunca se realizo. Por lo que al 14 de abril de 1999 momento en que se vencía el plazo para pagar el crédito COPESA se encontraba en mora con los bancos acreedores, de lo que siguieron diversas reclamaciones judiciales.

Entre todos los reclamos judiciales el día 11 de octubre de 2002 EME, sociedad accionista de COPESA solicitó el secuestro judicial de COPESA y el nombramiento de un interventor. Con fecha 26 de Noviembre se llega a un acuerdo de transacción entre EME y COPESA, en el cual esta última se comprometía pagar los dividendos mínimos garantizados que le correspondían por sus acciones preferentes en COPESA, además de US\$ 2.750.000 y US\$1.000.000 por concepto de daños. Por causas ajenas a este caso la Superintendencia de Bancos de Panamá, ordenó la liquidación forzosa del Banco Disa.

El 31 de diciembre de 2003, COPESA y los demandantes firmaron un acuerdo de transacción con los bancos acreedores, por medio del cual la empresa se comprometía a pagar la suma única de US\$8.061.180 dentro de los 120 días a la firma del acuerdo, con el objeto de cumplir todas las obligaciones que tenía con los bancos.

Considerando la delicada situación financiera de la empresa, se consideraron distintas opciones, la venta de la central, la fusión con otra empresa proyecto que no se pudo concretar y la emisión de bonos que llevaran incorporado el beneficio del crédito fiscal para los tenedores. Siendo esta última alternativa la más viable, el 17 de agosto de 2004 se le envía una consulta acerca de la viabilidad a la DGI (dirección general de impuestos), esta se pronuncia a favor de la iniciativa, sin embargo con fecha 27 de enero de 2005, la DGI no envía una nota señalando que no es posible la realización de la operación, argumentando a grandes líneas que no se cumplían con los requisitos de haber sido utilizada la inversión en un año, que la inversión había sido realizada por COPESA y se le estaba intentando dar el beneficio a un financista. El demandante reclama que un ministro y funcionarios de la DGI, se habrían comprometido con apoyar la utilización de estos créditos por los accionistas o bonistas, cuestión que no se materializó en la práctica.

Finalmente, COPESA no pudo llevar a cabo la venta de sus acciones, ni la colocación de los bonos, por lo que recomenzaron las reclamaciones judiciales de sus acreedores.

El 6 de Septiembre de 2006, Credicorp y el Banco Continental presentaron individualmente una demanda de quiebra contra COPESA, por deudas evaluadas en US\$7.577.241. Aprobándose la solicitud de quiebra con fecha 8 de Noviembre de 2006.

Con fecha 2 de abril de 2008, Credicorp y el Banco General (sucesor del Banco Continental), cedieron sus créditos valuados en US\$8.000.000, a la sociedad Del Mar Master Fund. El 4 de abril se presenta una solicitud para el alzamiento de la quiebra. Hoy en día la sociedad sigue operando, generando ingresos mayores que al momento de su constitución y los demandantes en el proceso de quiebra ostentan un 70% del capital de la misma.

Argumentos de los demandantes

En lo relativo al trato justo y equitativo, el demandante alega el Estado incumplió su obligación de no tratar justa y equitativamente la inversión, negándole seguridad y protección plena a las inversiones, de acuerdo con la ley panameña y el derecho internacional.

Señalan además que el demandado ha menoscabado, la operación, mantenimiento, uso, goce y disposición de la inversión realizada por los demandantes, privándola de valor.

Hay dos puntos que nos pareció importante destacar. El primero dice relación, con las notas contradictorias que la DGI emitió respecto de la utilización de los créditos fiscales y las declaraciones de los ministros y las autoridades que respaldaban la utilización de los créditos, para el reclamante estas actuaciones crearon expectativas que posteriormente se vieron frustradas.

El demandante sostiene que en caso de haber sido aprobada las operaciones para vender las acciones o emitir los bonos con el crédito fiscal, la empresa nunca se hubiera visto enfrentada la situación financiera por la que tuvo que pasar.

El segundo respecto de la existencia de los créditos fiscales, los demandantes siguen sosteniendo que tienen derecho a utilizarlos, dado que la ley 54 les da la garantía de que no se le modificara el régimen impositivo, que la ley 6 de 2005, es una prueba que el Estado Panameño sigue reconociendo los créditos y que el código civil panameño no permite la aplicación de leyes retroactivas que vulneren derechos adquiridos.

Argumentos del demandado

La defensa del Estado de Panamá, respecto de la obligación de tratar justa y equitativamente la inversión se centra en el reclamo del demandante en el que señala, la frustración de sus legítimas expectativas en la inversión y el hecho que las acciones de la República comprometieron la estabilidad y el entorno de la inversión protegido por el estándar de trato justo y equitativo.

El demandado indica que las notas de la DGI solamente contenían obligaciones no vinculantes de la autoridad administrativa, que por lo demás el contenido de estas no se condice con lo que señala el reclamante. Respecto de los créditos fiscales, afirma que el demandante nunca solicitó formalmente la utilización de estos derechos, que el Estado no niega el uso de estos a quienes lo solicitan, pero que en este caso el demandante no cumplía con los requisitos legales para obtener el beneficio controvertido. Agrega, que la ley prohibía la venta de acciones que el demandante pretendía realizar, así como la emisión de bonos con crédito fiscal (dado que este se le otorga solamente al inversionista no al financista).

Por último el demandado sostiene, que tratándose de beneficios tributarios, se le reconoce al Estado cierto margen de discrecionalidad, dado que están estrechamente vinculados a su soberanía.

El Tribunal

Al analizar su competencia el Tribunal, considera el artículo 11 del APPI entre Estados Unidos y Panamá, que señala:

- “1. Con respecto a sus políticas tributarias, cada parte procurará otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra parte.
2. Sin embargo este Convenio se aplicará a los asuntos de tributación únicamente con respecto a lo siguiente: a) expropiación de conformidad con el artículo IV; b) transferencias de conformidad con el artículo VI; o

c) el cumplimiento y ejecución de los términos de un convenio o autorización de inversión conforme a lo referido en el artículo VII.(1) (a) o (b)".

El Tribunal analizando los requisitos, concluye que a priori, solo tiene competencia para conocer de los asuntos relativos a una expropiación indirecta.

Respecto de las notas de la DGI y las expectativas creadas por estas. El tribunal analiza la naturaleza jurídica de estas y concluye que no son vinculantes, en tanto no puede crear expectativas legítimas en un inversionista.

Respecto de los créditos fiscales, reconoce que debe distinguirse entre aquellos que se originan producto de una inversión directa, de aquellos que provienen de una inversión indirecta. Reconoce los créditos por inversión directa.

Respecto de los que vienen de una inversión indirecta, el tribunal sostiene que estos son personales y en tanto no pueden ser utilizados en una emisión de acciones ni de bonos. Si la ley panameña hubiese querido hacerlos transmisibles hubiera creado el mecanismo.

El voto disidente en este caso, desconoce la aplicación del artículo relativo a la tributación y se centra en la actuación del Estado, se refiere a derechos y expectativas razonables sin ahondar a que derechos y expectativas se refiere. Finalmente señala que la modificación legal que reduce la utilización del crédito por ejercicio de un 25% a un 5% y la negativa de la autoridad para reconocer la transmisibilidad de los créditos, vulneran las legítimas expectativas del inversionista basadas en que el ordenamiento jurídico no sea alterado, modificado, mal interpretado o mal aplicado, cambiando las reglas, y los criterios de aplicación.

Consideramos que la decisión del Tribunal fue acertada en el sentido de reconocer un grado más amplio de discrecionalidad para entender el trato justo y equitativo en materias tributarias, esto lo analizamos en profundidad en el capítulo 3, donde señalamos que el trato justo y equitativo queda generalmente excluido de los tratados para efecto de impuesto

VIII. CONCLUSIÓN

1. Consideraciones en la celebración de los Tratados.

La formulación de un estándar de tratamiento para el inversionista extranjero, es parte fundamental de todos los tratados de inversión, al punto que forma parte de los elementos que los inversionistas extranjeros toman en consideración antes de realizar una inversión, sobretodo en países en vías de desarrollo donde existen bajos niveles de seguridad jurídica.

De acuerdo, a la evaluación realizada a lo largo de la investigación, hemos dilucidado que la evolución que han seguido los distintos acuerdos suscritos por Chile, han estado en sintonía con la evolución que han tenido los distintos acuerdos a nivel mundial.

Por una parte, aquellos elementos de las distintas provisiones donde existía grados de ambigüedad han sido redefinidos, de manera tal, que estos han quedado circunscritos a fuentes jurídicas más precisas para determinar sus contenidos a los casos concretos. Se ha ido precisando el contenido de los tratados internacionales que contienen provisiones de protección para las inversiones, delimitando el tipo de medidas que puede adoptar un Estado y que perjudican la inversión, con el objeto de evitar caer en contradicciones o violaciones de los derechos que les confieren a los inversionistas.

El resultado de la evolución de esta provisión es que el contenido ha quedado sujeto a normas de derecho internacional consuetudinario. Asimismo, se han delimitado específicamente, los elementos que deben considerarse para que una medida del estado receptor de la inversión gatille una violación del tratado, junto con establecer casos excepcionales, en los cuales la adopción de estas mismas medidas pueda justificarse para resguardar un interés superior.

En consecuencia, si un inversionista, alega que una medida establecida por un Estado constituye una expropiación directa, tendrá que probar que dicha medida es inconsistente con el derecho internacional consuetudinario. Por otro lado, si alega que

ésta ha tenido un efecto expropiatorio, deberá recurrir a los elementos que expresamente han sido señalados en el tratado para construir una argumentación jurídica en su favor. Esta construcción reflejada en los tratados, fue la consecuencia de los resultados generados por los laudos arbitrales. Dichos laudos sirvieron para determinar más precisamente, los elementos necesarios para la reformulación de la provisión de expropiación en un Tratado.

El estándar de tratamiento de la inversión reflejado en las provisiones de trato justo y equitativo y protecciones plenas de la inversión han seguido el mismo camino que aquellas referidas a la expropiación. Sin embargo, hay que destacar que los derechos contenidos en este tipo de provisiones son aún más difusos que los de la anterior. En la discusión jurisprudencial de este estándar, la diferencia entre la jurisprudencia ha sido mucho mayor. A través de la investigación, destacamos que, algunos tribunales establecieron que el estándar iría más allá de lo considerado en derecho internacional consuetudinario, otros establecieron que la construcción era concordante con los elementos recogidos por otros tribunales al analizar casos similares y, finalmente aquellos tribunales que establecieron que los elementos contenidos en el estándar debían ceñirse estrictamente al derecho internacional consuetudinario como marco continente de la extensión del estándar.

Los laudos exhibidos han tomado las distintas maneras de interpretar el estándar de tratamiento. Al haber distintos cuerpos normativos desde donde se construye la argumentación jurídica, el resultado interpretativo no ha sido el mismo. Aquellos casos que provienen de Tratados fuera del contexto NAFTA, los tribunales siguieron una interpretación autónoma, no constreñida por los elementos del derecho internacional consuetudinario. A contrario sensu, aquellos casos enmarcados en ese contexto, los laudos quedaron constreñidos por la evolución que se generó luego de la aparición de la nota interpretativa de la respectiva comisión de dicho tratado y las posteriores formulaciones dentro de los acuerdos.

La evolución en la interpretación y en la construcción del estándar de tratamiento no ha sido lineal ni de la misma manera para todos los países. La mayor o menor indefinición con la que se construye un acuerdo, que luego se ve reflejado en la manera como un tribunal interpreta su contenido, no ha sido el resultado de la desprolijidad al

momento de acordar un determinado tratado, sino que la intención es precisamente que sea el tribunal quien pueda fijar cuál es el estándar que debió habersele otorgado a la inversión.

Sin perjuicio de lo antedicho, uno de los últimos laudos publicados por el CIADI, dentro del contexto del CAFTA, tiene una visión disonante con la práctica más reciente. En el laudo del caso “*RDC v. Republic of Guatemala*”³²⁰, publicado el 29 de Junio de 2012, el tribunal ignoró el anexo de derecho internacional consuetudinario respecto de la interpretación de estándar mínimo de trato. Por ende, consideró que para determinar el contenido del estándar no debía limitarse a la práctica de los Estados generalmente aceptada como derecho, sino que debía alinearse con la definición establecida por el laudo en el caso “*Waste Management*”.

A pesar que en el Tratado que otorgaba jurisdicción al Tribunal para conocer del caso se estipulaba una norma específica para interpretar y determinar el contenido del estándar, esto no fue impedimento para que, a través, de la creatividad del Tribunal se estableciera algo distinto. Esto es prueba fehaciente que incluso en el contexto de tratados similares a NAFTA, hay determinaciones de los Tribunales que se alejan de los lineamientos establecidos expresamente por los Tratados.

2. Consideraciones en los Tratados celebrados por Chile

En la práctica de celebración de los tratados, nuestro país no se ha visto ajeno a esta evolución. En este sentido, consideramos que la celebración de tratados que promuevan y protejan las inversiones, jugó un rol fundamental para que Chile pudiera desarrollar exitosamente su política de apertura comercial. El compromiso de otorgar elevados estándares de protección a la inversión extranjera, dándole al mismo tiempo competencia a un tribunal internacional para conocer de las disputas entre los inversionistas y el Estados, ayudó a que las inversiones extranjeras que se efectuaban en Chile, gozarán de un nivel de riesgo considerablemente más bajo que el mostrado por los indicadores del mismo país (riesgo país).

³²⁰ Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, párrafo 219.

Asimismo, no podemos desconocer, que la suscripción de estos acuerdos y la adopción de los estándares que proponen, significan para los Estados incurrir en importantes costos y riesgos asociados al efecto que pueden producir sus actos soberanos, sobre las inversiones extranjeras protegidas.

Nuestra visión acerca de las provisiones y de los estándares que proponen estos acuerdos, no dicen relación con una limitación a la soberanía o capacidad de actuar del Estado, sino que imponen una carga o gravamen a aquellas actividades, que pudieren perjudicar los intereses de los inversionistas extranjeros. Es decir, el Estado es libre y soberano de actuar y de adoptar políticas que promuevan el bien común dentro de la sociedad. Sin perjuicio de que estas podrían resultarles más onerosas, en virtud de la obligación de indemnizar al inversionista extranjero, por haber lesionado ó perjudicado, ciertos derechos protegidos por los acuerdos que incorporan la protección de inversiones.

En este contexto, debemos reconocer que la situación de nuestro país el día de hoy es diferente, vivimos en un mundo donde los países desarrollados, que en el pasado fueron el motor de desarrollo del mundo, están sumergidos en una crisis que ha llevado a algunos a ser clasificados por el mismo Banco Mundial como más riesgosos que Chile³²¹, por lo tanto nos parece legítimo cuestionar si es beneficioso para nuestro país, el seguir suscribiendo acuerdos de promoción y protección que incorporen, definiciones amplias y vagas de los derechos y estándares de protección de los que gozará el inversionista extranjero. Sobre todo, considerando el nivel de discrecionalidad con que la jurisprudencia internacional, ha aplicado las provisiones de este tipo de tratados.

En consecuencia, estimamos que en los próximos acuerdos que suscriba nuestro país, deberá delimitarse con precisión los estándares de protección otorgados a los inversionistas, con el objeto de no quedar al arbitrio de las interpretaciones que puedan realizar los distintos Tribunales Arbitrales ante los cuales se ventilen los conflictos con los inversionistas. Esto requerirá un análisis serio y profundo por parte de nuestras autoridades, para determinar por ejemplo, cuando se entiende que el Estado chileno ha expropiado una inversión ¿Privando al dueño de su derecho de dominio?, ¿O bastarán una serie de medidas que en su conjunto, dejen sin valor a la inversión?, si la respuesta

³²¹Diario financiero, martes 20 de septiembre de 2011.

es afirmativa ¿En qué medida deberá quedar la inversión sin valor para que consideremos que existe expropiación? Respecto del trato justo y equitativo también será necesario determinar qué tipos de interferencias del estado, configuran una violación a este estándar. Esto permitirá educar a nuestras autoridades, para que en su interacción con inversionistas extranjeros sean capaces de evitar conflictos innecesarios.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. Normativa Consultada.

- a. APPI CHILE-ALEMANIA.
- b. APPI CHILE-AUSTRIA
- c. APPI CHILE-CHINA.
- d. APPI CHILE-CROACIA.
- e. APPI CHILE-CUBA.
- f. APPI CHILE-FILIPINAS.
- g. APPI CHILE-FRANCIA.
- h. APPI CHILE-HONDURAS.
- i. APPI CHILE-ISLANDIA.
- j. APPI CHILE-MALASIA
- k. APPI CHILE-URUGUAY.
- l. Banco Central: “Compendio de Normas de Cambios Internacionales”.
Capítulo XIV.
- m. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- n. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre
Estados y Nacionales de Otros Estados.
- o. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- p. TLC CHILE-ESTADOS UNIDOS

2. Autoridades.

- a. CHUDNOVSKY, Daniel y LÓPEZ, Andrés “La competencia por atraer la
Inversión Extranjera Directa, su dimensión global y regional”, Latin Nexos,
año 3 número 4, enero de 2008.
- b. COUSO, Javier. “La producción del Derecho Internacional Económico y la
necesidad de una democracia cosmopolita” Sela, Pta. del Este, Junio 2002.

- c. DOLZER, Rudolph. "The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law. *International Law and Politics*. Vol. 37:953. 2005.
- d. DOLZER Rudolph and SCHREUER Cristoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press (2008).
- e. FISCHER, William A. "Takings and Public Choice: The persuasion of Price", en *The Encyclopedia of Public Choice* (Charles Rowley Editor), June, 2002.
- f. GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco, *Medidas Equivalentes a Expropiación en Arbitrajes de Inversión*, Conferencia en Lima, Perú, 9 a 12 de Abril de 2007.
- g. MARMOLEJO GONZALES, Crispulo. *El Problema de la Expropiaciones Regulatorias (Regulatory Takings) y sus Implicancias en los Sistemas de Inversión Extranjera*. *Doctrina, Estudios, Notas y Comentarios*.
- h.

- o. RIOSECO, Alberto, "El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, el Derecho de Protección Diplomática y otros Principios Jurídicos Internacionales", en Revista Estudios, 1987, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago, 198.
- p. STANDARD OF INVESTMENT PROTECTION, Edited by REINISCH, August. Oxford University Press (2008)
- q. SHIHATA, Promotion of Foreign Direct Investment, ICSID Review-FILJ, vol. 6, 1991.
- r. THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, Edited by MUCHLISNKI, Peter, ORTINO, Federico and SCHREUER, Christoph. Oxford University Press (2008)
- s. VARGAS CARREÑO, Edmundo. Derecho Internacional Público, de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el siglo XXI. Ed. Jurídica. Santiago, 2007.
- t. VIVES CHILLIDA, Julio. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencia Relativa a Inversiones (CIADI) Ed. McGraw-Hill, Madrid, España. 1998.

3. Lista de Casos Consultados.

- 1) AAPL v Sri Lanka, laudo de 21 de junio de 1990 en ILM, vol. XXX, 1991, 3.
- 2) AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22 (ECT).-Award, 23 September 2010.
- 3) Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16 (Austria/Ukraine BIT).-Award, 8 November 2010.
- 4) ATA Construction, Industrial and Trading Company v. The Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/08/2 (Turkey/Jordan BIT).-Award, 18 May 2010.
- 5) Azurix Corp. v The Argentine Republic, Award, 14 July 2006.
- 6) Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Turkey/Pakistan BIT).-Award, 27 August 2009.

- 7) Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2 (NAFTA).Award (redacted version), 18 September 2009 (English) (Spanish).
- 8) Case of the former King of Greece and others v Greece, Judgement of 23 November 2000, ECtHR. Application No. 25701/94.
- 9) Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL (NAFTA).- Award, 2 August 2010.
- 10) Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No. 34877 (US/Ecuador BIT).- Partial Award on the Merits, 30 March 2010.
- 11) CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005.
- 12) Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic, Award, 21 November 2000, 16 ICSID Review-FILJ 643 (2001); 5 ICSID Reports 296; 40 ILM 426 (2001).
- 13) Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v Republic of Costa Rica, Award of 17 February 2000.
- 14) CSOB v Slovak Republic, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 14 ICSID Rev-FILJ (1999) 251.
- 15) EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13 (UK/Romania BIT).-Award and Dissenting Opinion, 8 October 2009.
- 16) Enron v Argentina, Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, 11 ICSID Reports 273.
- 17) GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/16 (Germany/Ukraine BIT).-Award, 31 March 2011.
- 18) Generation Ukraine, Inc v Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September 2003, 44 ILM 404 (2005).
- 19) Glamis Gold, Ltd. v. United States of America, UNCITRAL (NAFTA).Award, 8 June 2009.
- 20) Grand River Enterprises et al. v. United States of America, UNCITRAL (NAFTA).-Award, 12 January 2011.
- 21) Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24 (Germany/Ghana BIT). Award, 18 June 2010.
- 22) Impregilo v Pakistan, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005.

- 23) Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18 (Greece/Georgia BIT and ECT).-Award, 3 March 2010.
- 24) Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18 (US/Ukraine BIT).-Award, 28 March 2011.-Dissenting Opinion of Arbitrator Dr. Jürgen Voss, 1 March 2011.
- 25) Lesi v Algeria, Decision on Jurisdiction, 12 July 2006.
- 26) Loewen v USA, Award, 29 May 2003, 43 ILM (2004) 133
- 27) Malaysian Historical Salvors v. Malaysia, Award on Jurisdiction, 17 May 2007.
- 28) Malicorp Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/08/18 (UK/Egypt BIT).-Award, 7 February 2011.
- 29) Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada, UNCITRAL, ICSID Administered Case (NAFTA).-Award, 31 March 2010.
- 30) Metalclad Corp. v Mexico, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports.
- 31) Methanex v USA, Award, 3 August 2005, 44 ILM (2005) 1345.
- 32) Middle East Cement v Egypt, Award, 12 April 2002, 18 ICSID Review-FILJ (2003) 602.
- 33) Mohammad Ammar Al-Bahloul v. Republic of Tajikistan, SCC Case No. V (064/2008) (ECT).-Partial Award on Jurisdiction and Liability, 2 September 2009.
- 34) Mondev v USA, Award, 11 October 2002, 42 ILM (2003) 85.
- 35) MTD v Chile, Award, 25 May 2004, 12 ICSID Reports 6; an ad hoc committee upheld the decision, see Decision on Annulment, 21 March 2007.
- 36) Nations Energy Inc., et al. v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19 (US/Panama BIT).-Award, 24 November 2010 (Spanish).
- 37) Norwegian Shipowners' Claims (Norway v USA), Permanent Court of Arbitration, Award of 13 October 1992, 1RIAA 307.
- 38) Occidental v Ecuador, Award, 1 July 2004, 12 ICSID Reports 59
- 39) Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21 (Greece/Albania BIT).Award, 30 July 2009.
- 40) Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo ICSID Case No. Arb/05/03, Decision, 1 November 2006 at <http://ita.law.uvic.ca/documents/mitchellannulment.pdf>

- 41) Pope v Talbot, Inc v Government of Canada, Interim Award of 26 June 2000, available at <http://www.naftalaw.org>.
- 42) RFCC v Morocco, Award, 22 December 2003, 20 ICSID Review-FILJ (2005) 391.
- 43) RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005 (UK/Soviet BIT). YUKO -Final Award, 12 September 2010.
- 44) Salini v Morocco, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, 42 ILM(2003) 609.
- 45) Saluka v Czech Republic, Partial Award, 17 March 2006.
- 46) SGS v Pakistan, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003, 42 ILM 1290 (2003); 8 ICSID Reports 406.
- 47) SGS v Philippines, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004, 8 ICSID Reports 518; 42 ILM 1285 (2003)
- 48) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/19 (France/Argentina and Spain/Argentina BITs).-Decision on Liability, 30 July 2010.-Separate Opinion of Arbitrator Pedro Nikken.
- 49) TECMED v Mexico, Award, 29 May 2003, 43 ILM (2004) 133.
- 50) Tokios Tokelés v Ukraine, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, 20 ICSID Review – FILJ 205 (2005) XIV, N° 2.3.
- 51) Tradex Hellas SA v Republic of Albania. Award of 29 April 1999.
- 52) Waguhi Elie George Siag & Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15 (Italy/Egypt BIT).-Award and Dissenting Opinion, 1 June 2009.
- 53) Walter Bau v. Thailand, UNCITRAL (Germany/Thailand BIT). Award, 1 July 2009.
- 54) Wena Hotels v Arab Republic of Egypt, Award, 8 December 2000, 6 ICSID Reports 68.
- 55) Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, UNCITRAL (Energy Charter Treaty).-Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009.