



UNIVERSIDAD  
PRIVADA  
DEL NORTE

# FACULTAD DE DERECHO Y CC.PP.

---

CARRERA DE DERECHO

“AUSENCIA DE UN CRITERIO DE INTERPRETACIÓN UNIFORME PREVIAMENTE CONCERTADO DE LA CLÁUSULA DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES EMITIDOS POR LOS TRIBUNALES DEL CIADI, REFERENTE A CASOS DE PAÍSES LATINOAMERICANOS”

Tesis para optar el título profesional de:

**Abogado**

**Autor:**

Carlos Alberto Cuadros Castillo

**Asesor:**

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga

Trujillo – Perú

2017

## **APROBACIÓN DE LA TESIS**

La asesora y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por el Bachiller **Carlos Alberto Cuadros Castillo**, denominada:

**“AUSENCIA DE UN CRITERIO DE INTERPRETACIÓN UNIFORME  
PREVIAMENTE CONCERTADO DE LA CLÁUSULA DE TRATO JUSTO Y  
EQUITATIVO EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN EN LOS  
LAUDOS ARBITRALES EMITIDOS POR LOS TRIBUNALES DEL CIADI,  
REFERENTE A CASOS DE PAÍSES LATINOAMERICANOS”**

---

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga  
**ASESORA**

---

Dra, Ena Carnero Arroyo  
**JURADO**  
**PRESIDENTE**

---

Dra. Graciela Yolanda Zavaleta Armas  
**JURADO**

---

Dr. Carlos Manuel Aguilar Enríquez  
**JURADO**

## **DEDICATORIA**

El presente trabajo de investigación lo dedico a Jesucristo, por cuidar siempre de mí y de mis seres queridos, porque sin él no hubiera podido estar el día de hoy acá; a mi madre, por estar siempre a mi lado, cuando la necesitaba y a mis hermanos, porque siempre confiaron en mí, su hermano mayor.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a cada una de las personas que contribuyeron en mi formación, y aunque en mi vida tuve un camino lleno de obstáculos, agradezco infinitamente a aquellas personas que me tendieron la mano cuando sentí que ya no podía seguir mi camino, en especial un profundo agradecimiento a los profesores que me aconsejaron seguir adelante cuando ya no podía, porque sin la ayuda brindada que me otorgaron no hubiera podido concluir mi tesis.

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

## CONTENIDO

APROBACIÓN DE LA TESIS.....	2
DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO .....	4
ÍNDICE DE CONTENIDOS .....	5
ÍNDICE DE TABLAS.....	6
ÍNDICE DE FIGURAS.....	7
RESUMEN.....	8
ABSTRACT .....	9
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO.....	14
CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA.....	87
CAPÍTULO 4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	93
CONCLUSIONES.....	132
RECOMENDACIONES .....	133
REFERENCIAS.....	134
ANEXOS .....	137

## ÍNDICE DE TABLAS

**Tabla 1:** Cuadro comparativo de las fuentes de protección de derechos de los inversionistas extranjeros.

**Tabla 2:** Cuadro comparativo entre estándar y regla.

**Tabla 3:** Cuadro comparativo de la cláusula que contiene el estándar del trato justo y equitativo en los Tratados de Libre Comercio.

**Tabla 4:** Casos en trámite y concluidos de la República del Perú referente a inversiones internacionales.

**Tabla 5:** Porcentajes de continentes referentes a conflictos internacionales relativos a inversiones.

**Tabla 6:** Operacionalización de variables.

**Tabla 7:** Tabla comparativa de población y muestra.

**Tabla 8:** Laudo arbitral Caso CIADI N° ARB/10/2.

**Tabla 9:** Laudo arbitral Caso CIADI N° ARB/06/19.

**Tabla 10:** Laudo arbitral Caso CIADI N° ARB/03/15.

**Tabla 11:** Cuadro comparativo de la cláusula de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión celebrados por la República del Perú.

**Tabla 12:** Cuadro comparativo de la cláusula que contiene el estándar del trato justo y equitativo en los Tratados de Libre Comercio.

## ÍNDICE DE FIGURAS

- Gráfico 1:** Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo complementario.
- Gráfico 2:** Estados que más frecuentemente suelen ser demandados en arbitrajes internacionales relativos a inversiones.
- Gráfico 3:** Inversores que mayormente demandan arbitrajes internacionales relativos a sus inversiones.
- Gráfico 4:** Número de arbitrajes internacionales Inversor – Estado, según su fase procedimental y comparación porcentual de decisiones de los Tribunales Arbitrales.
- Gráfico 5:** Número total de casos CIADI registrados por año calendario.
- Gráfico 6:** Número de casos registrados por año calendario bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.
- Gráfico 7:** Tipos de casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.
- Gráfico 8:** Propuesta de Marco de Interpretación de la Cláusula de Trato Justo y Equitativo.

## RESUMEN

Para la presente investigación se ha examinado la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión por parte de los árbitros del Centro Internacional Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), la cual permitirá dar un lineamiento en base a los criterios de interpretación de esta cláusula.

Tomando como base el análisis de los laudos arbitrales internacionales del CIADI, se ha identificado los criterios de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo para conocer de qué manera se están interpretando en los casos latinoamericanos, debido que a nivel doctrinal, no hay un pronunciamiento en cuanto a una definición concreta de la cláusula de trato justo y equitativo, y más aún no hay criterios de interpretación previamente concertados por los Estados, porque ante su ausencia se observa que hay diferentes criterios de interpretación frente a cada proceso, siendo imposible encontrar un punto en común para aplicarse en cada nuevo caso que se presente.

En el desarrollo de la presente investigación, se ha propuesto como primera base teórica desarrollar sobre los Tratados Bilaterales de Inversión, debido que considero importante establecer un marco general previo para ahondar en la cláusula de trato justo y equitativo e identificar correctamente los criterios de interpretación.

La segunda base teórica versa sobre, los criterios de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, este capítulo desarrolla de manera general los criterios de interpretación que se suelen aplicar para el desarrollo de resoluciones o laudos arbitrales y expondrá la problemática actual que provoca las legítimas expectativas del inversor.

La tercera base teórica versa sobre, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, la misma que nos acercara al desarrollo de los conflictos internacionales, siendo estos los orígenes de las demandas ante el CIADI.

Es por ello que, esta investigación se confrontara con un análisis del trato justo y equitativo en casos relativos a inversiones en Latinoamérica, a criterio del investigador que, contrastada con la doctrina y la opinión de cuatro especialistas, me permitirán concluir con una propuesta de criterios que deberá seguir el Tribunal arbitral para interpretar la cláusula de trato justo y equitativo en los casos relativos a inversiones.

## ABSTRACT

By the current investigation, it has been examined the interpretation of the fair and equitable treatment clause of the Bilateral Investment Treaty given by the arbitrators from the International Centre of Investment Settlement Disputes (from now on, ICSID), which may allow be given a guideline based on the interpretation's criteria of the clause quoted above.

Taking the ICSID's arbitral awards as a baseline for analysis, it has been seeked to present the interpretation's criteria for knowing how the mentioned clause has been interpreted in the latinoamerican cases, due to, at the level of doctrine, this clause does not rule a concrete definition of the fair and equitable clause, and, even more, the ICSID's arbitrators interpretation's criteria is totally different in each case, being impossible to find a common ground to be applied in each opportunity a case arise.

During the development of the current investigation, has been proposed as the first chapter develop on Bilateral Investment Treaties, because I consider important to establish a general framework prior to delve into the clause fair and equitable treatment and correctly identify the criteria for interpreting.

The second chapter addresses the criteria for the interpretation of the clause of fair and equitable treatment, this chapter generally develops interpretive criteria often applied to the development of resolutions or arbitration awards.

The third chapter concerns the ICSID's arbitrators functions related to the International Centre for Settlement of Investment Disputes, this chapter bring us to the development of international conflicts, which are the origins of the claims before ICSID.

It is therefore, in this research is confronted with a non-probabilistic sample, at the discretion of the investigator that contrasted with the doctrine and the opinion of five specialists, will allow me to conclude on criteria to be followed by the arbitral tribunal to interpret the clause of fair and equitable treatment in cases concerning investments.

# CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

## 1.1. Realidad problemática

Los tratados bilaterales de inversión o también llamados BIT's (*Bilateral Investment Treaty*), son acuerdos celebrados entre dos Estados los cuales funcionan como una medida efectiva que ofrece garantías y seguridad a los inversionistas extranjeros. "La principal razón de existencia de los tratados bilaterales de inversión es la protección de los inversores nacionales de uno de los países signatarios en lo que se refiere a sus inversiones en el territorio del otro país signatario." (Arsen, 2003)

A la fecha, según el portal de la Organización de los Estados Americanos el Estado Peruano ha celebrado 28 Tratados Bilaterales de Inversión. (Americanos, 2016)

Asimismo, los BIT's en su marco normativo comprenden diferentes cláusulas que salvaguardan las inversiones como son la cláusula de trato justo y equitativo, trato nacional, nación más favorecida, libre transferencia de monedas, compensación por pérdidas, actos de expropiación y solución de controversias, siendo una de las más importantes la cláusula de trato justo y equitativo.

La cláusula de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión se puede remontar a comienzos de siglo XX, en las disputas que surgiesen entre el Estado receptor de una inversión y el inversionista, es en ese sentido que se ideó como un mecanismo eficaz capaz de garantizar la inversión extranjera.

Sin embargo, la cláusula de trato justo y equitativo se presenta definida de una manera amplia, propensa a conceptualizaciones de acuerdo a cada caso en concreto por parte del intérprete, no existiendo un criterio único, siendo este "un estándar esencial de protección en los tratados internacionales de Inversión Extranjera" (Rodríguez Ariza, 2015).

En ese sentido, autores como Chávez Bardales, López Romero o Mancieux, expresan que no se ha establecido un criterio uniforme para dicha cláusula, lo cual está ocasionando diferentes criterios en las resoluciones que emiten los órganos encargados de resolver conflictos internacionales relativos a inversiones, por lo cual se pueden colegir estas tres posturas:

- A) La primera postura, se esboza en lo esgrimido por los autores Márquez Escobar y Villegas Carrasquilla, los cuales consideran que el "...trato justo y equitativo es un

estándar absoluto y para comprender su contenido y alcance debe entenderse de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso en concreto” (Marquez Escobar, 2009), es decir concede facultades expresas a los Tribunales para interpretar de acuerdo a su criterio, dando total libertad.

- B) La segunda postura, se resume en lo señalado por Chávez Bardales, al indicar que para interpretar el trato justo y equitativo, se debe entender a esta disposición como garantías otorgadas para que “cumplan con un estándar de protección mínimo de acuerdo a los principios del Derecho Internacional”. (Juridica, 2003), es decir se le atribuye un marco de interpretación amplio y volátil capaz de adecuarse a cada caso en concreto, permitiendo de esta manera, sobresalgan las expectativas legítimas del inversionista, como un soporte a la cláusula de trato justo y equitativo, manifestándose claramente esta postura en las sentencias CIADI de Argentina contra CMS, LG&E, Enron y Sempra Energy o en el laudo arbitral entre Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos (comúnmente conocido como el caso de los desechos).
- C) Finalmente, la tercera postura señala que necesariamente debe existir un marco de interpretación, que delimite los criterios en el tratado, Mancieux señala que si el Estado pretende llenar de contenido al trato justo y equitativo se debe de realizar mediante cláusulas subordinadas, señalando que “(...) la obligación de trato justo y equitativo (...) no obliga específicamente a un Estado a modificar de forma intempestiva la situación jurídica de la inversión, porque esta solo puede derivar de la suscripción de una cláusula específica: la cláusula de estabilización” (Mancieux, 2009); es decir para que no exista interpretaciones dispares, los Estados deben fijar cláusulas subordinadas como la cláusula de estabilización para delimitar el campo de interpretación del trato justo y equitativo.

Sin embargo, como se ha mencionado, las interpretaciones son diversas porque no existe un marco regulatorio previo que pueda establecer un margen de interpretación a la cláusula de trato justo y equitativo; asimismo, como lo afirma el Doctor Cantuarias Salaverry esta cláusula ante la ausencia de contenido y de un marco de interpretación se encuentra siendo desplazada por las legítimas expectativas del inversor, institución internacional que suelen invocar los demandantes para encajar una determinada acción del Estado como una violación al trato justo y equitativo e incluso ocasiona discrepancias en su tratamiento como es el caso de la opinión disidente del Profesor Guido Santiago Tawil en el caso de Charanne B.V. Construction Investments S.A.R.L. c. El Reino de España, que en relación a la interpretación de las legítimas expectativas del inversor se aparta del análisis de sus pares, señalando que la citada institución tiene una diferente finalidad.

Autores como López Romero expresan que es necesario realizar “(...) un esfuerzo por establecer una norma mínima universal respecto de la cual todas las formas de trato puedan medirse y ninguna pueda ser inferior a ella (...)” (Lopez Romero, 2008), trazando un marco interpretativo uniforme que indique necesariamente los criterios para interpretar el trato justo y equitativo, dejando de lado la flexibilidad en la interpretación de los árbitros frente a casos de Latinoamérica relativos a inversiones.

Es por ello, que en la presente investigación se analiza la doctrina, las opiniones de los especialistas y los diferentes criterios de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo en los laudos arbitrales CIADI relativos a inversiones internacionales, en los años 2010 – 2014, y pretende demostrar si a falta de un marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, esta se encuentra siendo desplazada por las legítimas expectativas del inversor. Finalmente, se desarrollará un marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo.

## **1.2. Formulación del problema**

¿De qué manera la ausencia de un criterio de interpretación uniforme previamente concertado de las cláusulas de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión, influye en los laudos arbitrales emitidos por los Tribunales del CIADI, en casos de países Latinoamericanos durante el periodo 2010-2014?

## **1.3. Justificación**

El presente trabajo de investigación se justifica porque trata un tema de actualidad en el ámbito internacional, siendo parte de su importancia demostrar que la cláusula de trato justo y equitativo actualmente se encuentra desplazada por las legítimas expectativas del inversor, asimismo es importante porque estructura un marco de interpretación uniforme para la cláusula del trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión, puesto que en los laudos arbitrales emitidos por el CIADI el trato justo y equitativo no aparece definido concretamente e interpretado con criterios uniformes, evidenciándose una interpretación nebulosa en la jurisprudencia.

Asimismo, se manifiesta explícitamente la necesidad de desarrollar un marco de interpretación previamente concertado capaz de ofrecer seguridad jurídica tanto al Inversor internacional como al Estado receptor de inversión, más aun cuando, se está viviendo un clima de inversiones en Latinoamérica, para lo cual los inversionistas no pueden ser proclives a ciertas medidas injustas por parte de los Estados y los Estados no pueden ser víctimas de la sobreprotección o falta de razonabilidad en la protección que se les brinda a los inversionistas, es por eso que resulta de vital trascendencia la presente investigación.

Finalmente, se muestra de vital importancia para otras investigaciones, porque identifica los sustentos doctrinales y jurisprudenciales de la interpretación que se da a la cláusula de trato justo y equitativo.

#### **1.4. Limitaciones**

La principal limitación se ha presentado en la recopilación y análisis de la doctrina, puesto que el material bibliográfico sobre los Tratados bilaterales de inversión, el contenido del trato justo y equitativo, legítimas expectativas del inversor o los criterios de interpretación de la citada cláusula son escasos en el medio. Sin embargo, ello se ha superado recurriendo a bibliografía especializada y entrevistas a expertos de la materia.

#### **1.5. Objetivos**

##### **1.5.1. Objetivo general**

- 1.5.1.1. Determinar de qué manera la ausencia de un criterio de interpretación uniforme previamente concertado de la cláusula de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión, influye en los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI, en casos de países Latinoamericanos durante el periodo 2010-2014.

##### **1.5.2. Objetivos específicos**

- 1.5.2.1. Describir cual es el contenido de la cláusula de trato justo y equitativo derivada de los Tratados Bilaterales de Inversión.
- 1.5.2.2. Identificar los criterios de interpretaciones de la cláusula de trato justo y equitativo en los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI, en casos de Latinoamérica durante el periodo 2010 – 2014 y en la doctrina
- 1.5.2.3. Delimitar cual es la tendencia doctrinal y jurisprudencial de la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo en los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI, en casos de Latinoamérica durante el periodo 2010 – 2014 y en la doctrina
- 1.5.2.4. Precisar los elementos que debe tener la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión para la emisión de los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI
- 1.5.2.5. Determinar un marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión para la emisión de los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI.

## CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

### a) Antecedentes

#### a.1) A nivel nacional

Para la presente investigación se han buscado trabajos antecedentes a este, en los catálogos en línea de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en el catálogo en línea del sistema de bibliotecas virtuales de la Universidad Mayor de San Marcos, no encontrándose algún trabajo trascendente para el Derecho Internacional, sin embargo se encontró una ponencia similar de la Doctora Ana Ampuero Miranda, quien fue Asesora del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo de Perú, cuyo detalle es el siguiente:

- Se consultó la ponencia obtenida de las publicaciones digitales de la Organización de los Estados Americanos, que en el 2007 fue presentada por Ana A. Ampuero Miranda, titulado **“TRATO NACIONAL, TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA, NIVEL MÍNIMO DE TRATO Y EXPROPIACIÓN EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN”**.

Este trabajo desarrolla los diferentes niveles de trato o estándares de tratamiento que un Estado receptor puede otorgar a los inversionistas y a sus inversiones en su territorio.

El estudio en mención resalta la negociación clara de términos de los acuerdos internacionales de inversión porque cualquier órgano o dependencia del Estado puede desatar una controversia internacional de inversiones.

Asimismo, menciona que, de la redacción de las cláusulas de manera clara y precisa, con un lenguaje lo más exacto y puntual posible dará un mayor alcance de las obligaciones que deba asumir el Estado receptor de Inversión, para que así evite alguna controversia internacional.

Finalmente indica que se debe estar atento al contenido y tendencias de los laudos arbitrales que resuelvan las controversias mencionadas y la doctrina que se publica sobre la materia.

#### a.2) A nivel internacional

- En primer lugar, se tiene que en junio de 2013 fue presentada por R. Sorto Guzmán en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, la tesis **“EL CONCEPTO DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN: ANÁLISIS DE LAUDOS EMITIDOS POR EL CIADI EN RELACIÓN CON ESE CONCEPTO, PARA CASOS LATINOAMERICANOS”**, como requisito para optar por el título de Licenciatura en Derecho.

La investigación es un estudio para intentar encontrar un concepto general de trato justo y equitativo, para contemplarse dicho concepto en los Tratados Bilaterales de Inversión. La finalidad del trabajo es preventiva, porque en Costa Rica no hubo algún Tribunal que desarrolle este concepto de trato justo y equitativo, es por eso que se ha buscado esclarecer los conceptos que el Tribunal ha desarrollado en los casos latinoamericanos relativos a inversiones. Asimismo se menciona que la referida investigación es una investigación descriptiva, cuyo enfoque se centró en analizar algunos laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por Tribunales del CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones), utilizando el método comparativo en el análisis de los laudos arbitrales, con lo que se obtuvieron conceptos dispersos en cuanto a su contenido, permitiendo establecer que el concepto de Trato Justo y Equitativo es ambiguo a la luz del análisis de los laudos arbitrales, recomendando principalmente que el Estado tenga una noción de sus alcances porque se advirtió que el legislador no se informa de las implicancias de la falta de concepto como estándar del trato justo y equitativo.

- También, se consultó el trabajo especial de grado que, en el 2010, fue presentado por José Gustavo Prieto Muñoz, como parte del Programa de Maestría en Derecho con Mención en Derecho Internacional Económico, de la Universidad Andina Simón Bolívar con Sede en Ecuador, titulado **“EL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES DEL ECUADOR”**. Este trabajo establece, desde una investigación descriptiva, que tanto los inversionistas como el Estado receptor demanden un equilibrio que viabilice la existencia de un verdadero sistema jurídico que regule las transacciones económicas internacionales, tomando en cuenta otras ramas del Derecho Internacional como lo son el derecho ambiental y derechos humanos. El estudio a través de un análisis legislativo interno sobre inversiones en cuanto a sus Tratados Bilaterales de Inversión, concluye que se debe de generar una dinámica jurídica de producción de doctrina en la materia del derecho internacional de inversiones, y se debe de adoptar una posición en la que se acepte un Trato Justo y Equitativo únicamente bajo un supuesto de interpretación restrictiva, donde no se generen derechos sustanciales a favor de los inversores, permitiendo esta posición manejar posturas coherentes tanto en la defensa del Estado en litigios futuros, frente a tribunales internacionales, como en las mesas de negociaciones en futuros acuerdos comerciales.
- Finalmente, se consultó la monografía de grado presentada como requisito para optar el grado de Abogado que, en el 2015, fue sustentado por Yenifer Siomara Rodríguez Ariza, de la Universidad Militar Nueva Granada en Bogotá, titulado

## **“INTERPRETACIÓN DEL ESTANDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN INVERSIONES EXTRANJERAS”.**

Este trabajo establece, desde una investigación descriptiva, que en Colombia la regulación del capital extranjero fue incipiente y de tipo coyuntural, posteriormente el Gobierno tuvo la necesidad de adecuarla a estándares internacionales con el fin de mantener reglas dinámicas y de tipo global en la economía nacional.

Es así, que la monografía analiza el trato justo y equitativo en el marco de la regulación de las inversiones extranjeras, señalando que el trato justo y equitativo es el fundamento que obliga a los países receptores de capitales foráneos, a pagar las lesiones producidas a los inversores en caso de presentarse una situación adversa que afecte de algún modo la inversión y su origen.

Concluyendo respecto a la normatividad de inversiones en Colombia que es importante advertir que la reglamentación jurídica no es el único factor determinante en la formalización de contratos entre Estado y particulares, y se debe de tener en cuenta indicadores como el crecimiento económico, tasas de interés, índices de inflación, entre otros factores presentes en la economía, son decisivos en este proceso.

### **b) Bases teóricas**

#### **b.1. TRATADO BILATERAL DE INVERSIÓN**

##### **b.1.1. Tratado Bilateral de Inversión**

Los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante TBI o BIT's) son llamados TBI o BIT's (por sus siglas en inglés Bilateral Investment Treaty), y sirven para promover y proteger las inversiones internacionales. Actualmente, el Perú ha suscrito 34 Tratados Bilaterales de Inversión<sup>1</sup> (Ministerio de Economía y Finanzas, 2017), entre acuerdos comerciales y convenios de promoción y protección recíproca de inversiones.

Los TBI son excelentes mecanismos de protección de las inversiones, que se encuentran evolucionando en el tiempo, sin embargo, no son los únicos mecanismos que cumplen dicha función, los Tratados de Libre Comercio<sup>2</sup> (en adelante TLC) también tienen la misma función, aunque son más especializados

---

<sup>1</sup> Los países con los cuales el Perú ha firmado TBI Australia, China, Corea, Malasia, Singapur, Tailandia, Japón, Canadá, Estados Unidos, Cuba, El Salvador, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Alemania, Bélgica y Luxemburgo, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza.

<sup>2</sup> Los Tratados de Libre Comercio son acuerdos comerciales entre Estados, por medio de los cuales se busca regular sus relaciones comerciales y consolidar la integración comercial.

porque cuentan con capítulos específicos comerciales y de inversión en los que se encuentran los mecanismos de promoción y protección.

Para entender el mecanismo del Tratado Bilateral de Inversión, se tiene que tener en cuenta el concepto que se le atribuye al Tratado Internacional. En ese sentido, la Convención de Viena de 1969 (en adelante Convención de Viena) señala en su literal a), artículo 1: “se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, es decir se entenderá por todo acuerdo, pacto o convención entre dos o más Estados.

#### b.1.1.1. Partes

Los Tratados Bilaterales de Inversión, como se indicó anteriormente son acuerdos celebrados entre Estados, actualmente pueden ser celebrados también por otros sujetos internacionales, sin embargo, para la presente investigación no resulta trascendental.

Un TBI como su denominación lo indica es un Tratado celebrado entre dos sujetos de Derecho Internacional, que para los TBI sería un Estado signatario y un Estado receptor de inversión, sin embargo, en una visión más circunscrita en el Derecho Internacional Público, el profesor Carrillo Salcedo indica que identificar las partes celebrantes de un Tratado es irrelevante porque lo importante es la función que desenvuelve, y es que mientras el tratado multilateral constituye un excelente cauce para la positivización de normas jurídicas, los tratados bilaterales son un excelente medio para los negocios jurídicos entre sujetos de Derecho Internacional, cumpliendo así una función semejante a la que los contratos llevan a cabo en el Derecho Interno. (Carrillo Salcedo J. A., 1992)

Asimismo, son tratados de inversión porque promueven y protegen las inversiones extranjeras, definiendo inversión en un artículo de dichos instrumentos, pero como lo veremos más adelante no es restrictivo.

Es así, que Tratado Bilateral de Inversión se define como un acuerdo entre sujetos de Derecho Internacional, que funciona como una medida efectiva que ofrece garantías y seguridad a los inversionistas extranjeros, entendiéndose también como una medida adoptada por los Estados para

establecer reglas mínimas con respecto a la inversión extranjera (Casallas Paramo, 2009).

Igualmente, se puede definir desde el punto de vista del análisis económico, como una medida para mitigar la especificidad de los activos y aumentar la liquidez y flujo de los recursos destinados derivados de la inversión, y la determinación de medidas que permitan al inversor definir los posibles riesgos que afronta el capital destinado a la inversión (Marquez Escobar, 2009). Dicho de otro modo, este instrumento jurídico se convierte en una garantía para que los inversionistas extranjeros obtengan seguridad para invertir, reparaciones en caso de alguna vulneración y ajustes regulatorios por parte de los Estados receptores de inversión

#### b.1.1.2. Objeto

La principal razón de existencia de los TBI como se puede deducir de su texto, es la protección de las inversiones internacionales de nacionales de un Estado frente a un Estado receptor de inversión, siendo que cualquier violación de lo acordado en el TBI será considerado una violación al Derecho Internacional, en virtud del principio pacta sunt servanda, teniendo además el mecanismo de solución de conflictos, que ante un conflicto surgido de la posible violación a una inversión se recurrirá a un arbitraje internacional, teniendo de esta manera una protección doble frente a conflictos relativos a inversiones.

Por otro lado, Perrone sostiene:

“(…) estos acuerdos brindan garantías al inversor extranjero respecto del tratamiento que el Estado receptor otorgará proyectos. Segundo, la firma de estos tratados pretende atraer más inversión extranjera a los países signatarios. El esquema de los TBI, por lo tanto, se sustenta en la creencia de que los flujos de capitales extranjeros son afectados por la incapacidad institucional de los potenciales estados receptores. Estos tratados servirían para remediar esta falencia” (Perrone N. , 2012)

Es cierto que los TBI otorgarán garantías a los inversionistas extranjeros, mediante el establecimiento de cláusulas de protección de las inversiones y la cláusula de solución de conflictos, empero, no es

correcto que a más firmas de TBI, más inversiones, porque como se menciona en el Informe de la reunión de Tratados de inversión en evolución: estrategias y oportunidades para los países en desarrollo: Se “(...) reafirma la noción de que no hay correlación entre firmar tratados de inversión y recibir inversiones extranjeras” (Noveno Foro Anual de Negociadores de inversión de Países en Desarrollo, 2015), es decir, hasta el momento no hay esa correspondencia entre tratado e inversión, debido a que “(...) en la práctica, muy pocos inversores basan sus decisiones de inversión en la existencia de un tratado de inversión entre los Estados de origen y anfitrión, sino que estas decisiones dependen, a menudo, de cuestiones económicas” (Noveno Foro Anual de Negociadores de inversión de Países en Desarrollo, 2015), por lo que tal vez se reduce a una decisión de carácter económico o de análisis económico al establecer si las ganancias que se obtendrán producto de la inversión que se realizara son mayores a cualquier riesgo político o jurídico.

Es por ello, que el TBI es políticamente una fuente de atracción de inversión, pero su único objeto será proteger a las inversiones internacionales.

#### b.1.1.3. Reglas mínimas y cláusulas

Las reglas mínimas, no son establecidas propiamente en los TBI, sin embargo, estas se pueden deducir del Derecho Internacional porque al aplicar un Tratado Internacional, se debe regir por reglas como la Convención de Viena y la responsabilidad internacional, las mismas que se desarrollarán en los sub capítulos correspondientes.

Asimismo, antes de desarrollar las cláusulas de los TBI es necesario tener en cuenta la diferenciación entre violaciones contractuales y violaciones a estándares internacionales.

El Caso El Paso, es un caso muy sonado de Argentina, en el que el Tribunal indica que:

“Incluso en aquellos casos en que el instrumento de inversiones – ya sea que se trate de un contrato o de un acto unilateral- dispone que la relación entre el Estado receptor y el inversor extranjero se rige, en todo o en parte, por el derecho interno del Estado receptor, la

existencia de un Tratado Bilateral de inversiones eleva la cuestión del cumplimiento de los derechos y obligaciones allí establecidos al nivel de una cuestión de derecho internacional, no solo respecto de las relaciones entre los Estados partes del tratado sino también de las relaciones entre el Estado receptor y el inversor”. (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011)

Es decir, para que un determinado hecho, pueda ser visto bajo el análisis de las normas internacionales, se requiere que la vulneración se encuentre amparada en un Tratado, porque simples omisiones o incumplimientos contractuales no afectaría la instancia internacional.

Por otro lado, las cláusulas en los Tratados Bilaterales de Inversión, conforman el marco regulatorio que contiene las obligaciones que deberá cumplir tanto inversionistas extranjeros como Estados Receptores de Inversión, empero, como se verá estas se presentan de manera general suscitándose a ciertas confusiones.

En los TBI la estructura y orden de las cláusulas es casi uniforme, estableciéndose incluso en algunos casos modelos de TBI variando tan solo el contenido de cláusulas puntuales que consideran estratégicas o vulnerables los Estados.

El profesor López Romero indica que los TBI se suelen estructurar de la siguiente manera: i) calidad de inversionista; ii) definición y componentes de la inversión; iii) parámetros de admisión o entrada de la inversión al Estado receptor; iv) tratamiento que le será otorgado a la inversión por parte del Estado receptor, y v) procedimientos para solucionar, las diferencias que se puedan presentar entre el inversionista y el Estado receptor. (López Romero, 2008)

Esta estructura no es más que el resultado de una negociación, en la que países en Desarrollo expresan que tienen:

“tres prioridades en el desarrollo de nuevos modelos de acuerdos de inversión y en la reforma del sistema actual: 1) la necesidad de proteger el derecho de regulación de los países, 2) la necesidad de reformar los mecanismos de solución de conflictos de inversiones y 3) la necesidad de asegurar un enfoque equilibrado entre los inversores

y los Estados” (Noveno Foro Anual de Negociadores de inversión de Países en Desarrollo, 2015)

Por lo que, buscarán establecer un determinado modelo de TBI, es necesario indicar que muchas veces los Países desarrollados suelen imponer su modelo Tratado, en especial EE.UU. y la Unión Europea, que en cierta medida no es idóneo para la realidad del otro Estado, sin embargo, al negociar un determinado TBI con un país desarrollado se podrá analizar un modelo sofisticado, un ejemplo claro es el TLC con EE.UU. y el TPP.

Dentro de las cláusulas que conforman el TBI tenemos a:

- i) Cláusula del trato justo y equitativo: En esta cláusula se encuentra contenida el estándar internacional del trato justo y equitativo, el más importante de protección en las controversias internacionales relativas a inversiones, sin embargo, el problema de este estándar es que se presenta como un enunciado general que ocasiona un gran número de debates a nivel doctrinal, al ser amplia en su interpretación inducirá a los Árbitros a varias confusiones, conllevando a desviar su interpretación de la intención fundamental. La amplitud del estándar es tal que se cuestiona a muchos Estados por la flexibilización de las políticas en torno a la inversión extranjera, (Chávez Bardales, 2010) pero este tema se dilucidará más adelante.
- ii) Cláusula del trato nacional: Se garantiza con esta cláusula que los inversionistas extranjeros reciban un trato no menos favorable que los nacionales del Estado receptor de la inversión. Esta cláusula se definirá con los alcances previstos en la legislación interna para con sus nacionales, sin embargo, este estándar puede estar sujeto a excepciones y condiciones, como es el caso del BIT celebrado entre Argentina y Estados Unidos como lo señala Chávez Bardales: “(...) los ciudadanos norteamericanos reciben el trato de argentinos en la Argentina, pero los inversores argentinos en Estados Unidos tienen los derechos de un norteamericano no residente (...)” (Chávez Bardales, 2010).

En relación a esta cláusula, los Estados no suelen establecer excepciones, sin embargo, en el caso particular del TBI de EE.UU. y Argentina se muestra que ciertos países se siguen imponiendo frente

a otros, resultando preocupante la repetida celebración de este tipo de acuerdos porque es una clara falta de igualdad.

- iii) Cláusula de la nación más favorecida: Esta cláusula permite acceder a beneficios que un Estado contratante acordó con un tercer país, es decir los nacionales del tercer Estado se beneficiarían de los términos que se acordaron con el primer Estado contratante.

Esta cláusula permite un trato igualitario con terceros Estados, sin embargo, esta tendrá sus limitaciones; como por ejemplo en el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Francia sobre promoción y protección de inversiones, que en su artículo cuatro señala:

“(…) este tratamiento no se extiende a los privilegios que una de las Partes Contratantes conceda a los nacionales o sociedades de un tercer Estado, en virtud de su participación o de su asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o cualquier otra forma de organización económica regional”.  
(Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa, 1966)

Las limitaciones de esta cláusula, resultarán en base al ejemplo propuesto, porque no se extenderán los beneficios obtenidos de algún tipo de integración económica como uniones aduaneras, zonas de libre comercio o acuerdos internacionales, siendo otra limitación común al estipular esta cláusula, los temas relativos a tributos donde se hayan establecido preferencias para determinado producto o servicio, tal como lo indica el Doctor Rafael Llano al indicar que su “aplicación no es uniforme, con un rango que va de pro-inversor a una aplicación más conservadora que concluye que su aplicación es limitada a las protecciones sustantivas y que no se puede extender al procedimiento” (LLano & Miró Quesada, 2016).

- iv) Cláusula de libre transferencia de moneda: En relación con esta cláusula, el Perú establece, garantiza y asegura al inversionista el derecho de transferir las utilidades, dividendos, interés o regalías derivados de la inversión y repatriar el capital libremente al tipo de cambio vigente en la fecha de transferencia; sin embargo, “los países deberían adoptar precauciones y ser cautelosos en otorgar derechos absolutos de repatriación de moneda ante la falsa creencia de que no

se presentarán crisis monetarias...es por eso que algunos países adoptan restricciones” (Chávez Bardales, 2010). El Perú, en el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre promoción y protección de inversiones, en su artículo 5 señala que:

“(...) garantizará a los nacionales o compañías de la otra Parte Contratante con respecto a sus inversiones la transferencia irrestricta de sus inversiones y rendimientos. Las transferencias se efectuarán sin demora en la moneda convertible en la que el capital fue originalmente invertido o en cualquier otra moneda convertible convenida por el inversionista y la Parte Contratante interesada. Salvo que el inversionista acordara lo contrario, las transferencias serán realizadas al tipo de cambio vigente en la fecha de la transferencia de conformidad con las disposiciones cambiarias en vigencia.” (Gobierno de la República de Perú y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 1994)

Tomando protagonismo este tipo de cláusula en los países donde suelen restringir la salida de las ganancias producto de una inversión, porque alegan que la ganancia debe estar reflejada en el desarrollo del país o Estado receptor de inversión.

- v) Cláusula de compensación por pérdidas: Consiste en compensar las pérdidas sufridas por el inversionista causadas por un conflicto armado, desorden interno, estado de emergencia, etc. como se establece por ejemplo en el Acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones entre la República del Perú y el Reino de España, señala en su artículo seis que:

“(...) los inversores de una parte contratante cuyas inversiones o rentas de inversión en el territorio de la otra parte contratante sufran pérdidas debidas a guerra, otros conflictos armados, un estado de emergencia nacional, rebelión o motín u otras circunstancias similares, se les concederá, a título de restitución, indemnización, compensación u otro acuerdo, tratamiento no menos favorable que aquel que la última parte contratante conceda a sus propios inversores y a los inversores de cualquier tercer Estado. Cualquier pago hecho de acuerdo con este artículo

será realizado de forma pronta, adecuada, efectiva y libremente transferible.” (República del Perú y el Reino de España, 1996)

Sin embargo, es necesario precisar que la doctrina predominante respecto al hecho ilícito internacional señala que “no se considera imputable al Estado el comportamiento de una persona o de un grupo de personas que no actúen por cuenta del Estado, ello no significa, sin embargo, que un Estado no pueda incurrir en responsabilidad internacional...si el Estado en cuestión no presto la debida diligencia para prevenirlos o, si ocurridos tales hechos o actos, no mostro la debida diligencia para reprimirlos y sancionarlos” (Ramacciotti, 1993), como lo ocurre cuando ante una inminente amenaza de violencia ante una empresa extranjera el Gobierno no presta asistencia o apacigua tal hecho.

- vi) Cláusula de expropiación: Es un comportamiento del Estado que priva al inversionista internacional de su inversión o que hace perder al inversionista toda utilidad en la posesión de la misma, es por ello que las conductas expropiatorias y otras conductas que distorsionan las expectativas de cada inversor se castigan con severidad.

La expropiación en el Derecho Internacional se manifiesta de dos formas: expropiación directa o propiamente dicha y la expropiación indirecta o de facto. La expropiación directa supone que el Estado se apropia de aquello que se priva al inversionista, por medio de algún acto expreso, mientras que la expropiación indirecta, no toma directamente las propiedades del inversor o inversión internacional. Asimismo, de acuerdo a Mancieux:

“CME c. República Checa y Lauder c. República Checa, en el primer procedimiento el tribunal decidió que una medida estatal podría tener efecto expropiatorio aun cuando no fuese necesariamente en beneficio del Estado receptor de la inversión, mientras que en el segundo procedimiento decidió que la medida en cuestión no podía considerar como equivalente a una expropiación, puesto que no había beneficiado a la República Checa”. (Mancieux S. , 2009)

Sin embargo, algunos sostienen la idea del daño sustancial en la cual se toma en consideración solamente el perjuicio sufrido por el inversionista, pero esta doctrina ha sido punto de duras críticas,

porque todo Estado que dicte leyes a favor de un interés particular será acusado de expropiación indirecta. El siguiente planteamiento se circunscribe en que el Estado sostenía que una norma general había expropiado a una inversión:

“La idea desarrollada por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos sostiene que el ejercicio de los poderes reglamentarios del Estado no da lugar a indemnización ha vuelto aparecer. Así el tribunal Arbitral en el caso Saluka Investment BV c. República Checa señaló que en la actualidad se entiende en derecho internacional que los Estados no están obligados a indemnizar al inversionista extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus poderes reglamentarios, adoptan de una manera no discriminatoria, una reglamentación conforme al interés general”. (Mancieux S. , 2009)

De esta manera los BITs advierten al inversionista internacional de las medidas adoptadas para expropiar, sin embargo, no se puede concebir expropiación sin indemnización porque si bien no es la finalidad de la supuesta medida expropiatoria, pero se vulnera una posesión y más aún colisiona con el compromiso adoptado para la inversión extranjera, pero siempre y cuando se haya indirectamente inducido a esa expropiación

En el mismo caso Saluka c. La República Checa, según el Tribunal del caso El Paso c. La República de Argentina, el Tribunal del caso Saluka enumeró las excepciones al principio de que las normas de carácter general, por regla, no constituyen expropiación: “Estas excepciones no debilitan en absoluto el principio de que determinadas apropiaciones o privaciones no son compensables. Simplemente le recuerdan al legislador, o, en realidad, al decisor, que la excepción del poder de policía no tiene carácter absoluto”. (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011)

Y como se vuelve a reiterar si las normas generales que se expiden conforman “(...) un acto legítimo y no constituye expropiación si no es discriminatoria, si persigue el interés público y se adopta de conformidad con el debido proceso. En otras palabras, en principio, una norma de carácter general no discriminatoria, dictada de conformidad con el principio de buena fe y el debido proceso no da lugar a indemnización” (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011).

Pero por el contrario si las normas son arbitrarias y desproporcionadas si sería una expropiación.

Asimismo, una vez que se expidan las normas el Tribunal debe examinar diferentes circunstancias para que se configure la expropiación, como ocurrió en el Caso El Paso, en donde el Tribunal considera para la configuración de la expropiación se debe exigir que haya desaparecido al menos uno de los requisitos esenciales del derecho de propiedad enfatizando que en la gran mayoría de los casos de arbitrajes de inversión se ha sostenido que la expropiación por lo general implica la “eliminación de la capacidad del titular de ejercer sus derechos económicos”. (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011)

Indicando también que hay consenso de criterios en los Laudos que un elemento esencial en la expropiación indirecta es la pérdida de control sobre la inversión, a falta de apropiación física.

Mientras que, en el caso, Pope & Talbot c. Canadá alegó que la “mera interferencia no constituye expropiación; por el contrario, debe existir un nivel significativo de privación de los derechos fundamentales de propiedad” (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011).

Y en el caso Tecmed, se optó por una solución similar, y el tribunal concluyo que solo existe expropiación indirecta cuando “el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido” (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011).

Resumiendo, para configurarse una expropiación indirecta no se atenderá directamente a la propiedad, sino al valor de la inversión o a su uso, disfrute y control, que vulneraran de igual manera el derecho de propiedad.

- vii) Cláusula de solución de controversias: Los Tratados Bilaterales de Inversión dan paso a una solución pacífica de conflictos, en términos amigables, tal es el caso que pueden recurrir al CIADI o algún otro arbitraje internacional o someter la controversia a conciliación. Un requisito indispensable para someter la controversia a Arbitraje es que las partes emitan su consentimiento para someterse al arbitraje porque el convenio CIADI no obliga a los Estados miembros a someterse a arbitraje, pero en caso de emitir su consentimiento en la

legislación interna, en un convenio internacional o en un contrato, pueden recurrir a él.

El proceso de estandarización de las cláusulas resulta elemental en algunos bloques económicos porque sale a la luz el efecto mismo de la tendencia de falta de un marco interpretativo en algunas cláusulas. Por otro lado, se tiene que tener presente lo mencionado en el Noveno Foro Anual de Países en Desarrollo: “(...) la firma de más tratados y la redacción de disposiciones más detalladas no conducen, necesariamente, a obtener mejores resultados” (Noveno Foro Anual de Negociadores de inversión de Países en Desarrollo, 2015), advirtiendo que no se busca un mayor detalle en cada cláusula sino un criterio de interpretación que sirva de guía en la realidad.

Es por ello, que la falta de contenido por un lado es positivo, porque adecuara su contenido a cada caso en concreto y por el otro lado es negativo porque hay ausencia de lineamientos que solidificarían la seguridad jurídica y consolidarán a cada estándar internacional, puesto que los Estados vivirían excusándose en excepciones o confundiendo las instituciones, aún más cuando los Árbitros del CIADI advierten de ese peligro, como es el caso del Tribunal que vio el caso de El Paso, que indica: “La jurisprudencia del CIADI se ha desarrollado de manera tal que genera una cierta confusión y superposición entre los distintos estándares de protección consagrados en la mayoría de los TBI” (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011), siendo importante definir los estándares internacionales o fijar un marco de interpretación.

#### b.1.1.4. Resolución de conflictos

Como ya se ha referido líneas arriba, en cuanto a la cláusula de solución de controversias, cuando un inversionista sienta que le han vulnerado un derecho, puede recurrir a un tipo de arbitraje o a conciliación, pero esta cláusula suele estar acompañada precedentemente de una cláusula de arreglo de diferencias, por ejemplo, en el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana sobre promoción y protección de inversiones, se estipula lo siguiente:

“Artículo 9 – Arreglo de controversias entre inversionistas y partes contratantes

1. Cualquier controversia que pueda surgir entre una de las Partes Contratantes y los inversionistas de la otra Parte Contratante

sobre las inversiones, incluyendo las controversias relativas al monto de la compensación, deberá ser resuelta, en la medida de lo posible, amigablemente.

2. En caso que el inversionista y una agencia de una de las Partes Contratantes hayan estipulado un acuerdo de inversión, deberá aplicarse el procedimiento previsto en dicho Acuerdo.
3. En caso que dichas controversias no puedan ser resueltas amigablemente dentro de un plazo de seis meses a partir de la fecha de la solicitud escrita de arreglo, el inversionista en cuestión puede someter, a su elección, la controversia para el arreglo a:
  - (a) La Corte de la Parte Contratante que tenga la jurisdiccional territorial.
  - (b) El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, para la implementación de los procedimientos de arbitraje según la Convención de Washington, de marzo de 1965, para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, si es que o tan pronto como ambas partes contratantes hayan accedido a ella.
  - (c) Tribunal de arbitraje ad hoc de conformidad con el reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la parte contratante receptora de la inversión se compromete por el presente documento a aceptar la referencia a dicho arbitraje.
4. Ambas partes contratantes se abstendrán de negociar a través de canales diplomáticos cualquier asunto relacionado con un procedimiento de arbitraje judicial en marcha hasta que estos procedimientos hayan sido concluidos y una de las partes contratantes no haya cumplido con el fallo del tribunal de arbitraje o de la corte dentro del periodo previsto en el fallo, o también dentro del periodo que puede ser determinado en base a las disposiciones de la ley internacional o interna que pueden ser aplicadas al caso.” (Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana, 1994)

Es decir, antes de llegar a una Corte o un Tribunal Arbitral se fomentará una solución amistosa entre partes evitando los canales diplomáticos, y si las partes no llegan a un acuerdo, recién pueden recurrir a un Tribunal. Anteriormente, algunos de los primeros tratados no disponían tal derecho

directo del inversionista o limitaban el acceso al arbitraje a ciertas violaciones específicas del acuerdo, como las relacionadas con la expropiación y la repatriación de utilidades. Sin embargo, la gran mayoría de tratados, incluyendo los TMI, otorgan al inversionista afectado un derecho para acudir directamente al arbitraje en relación con cualquier disputa surgida de la supuesta violación.

Por otro lado, en el Perú tanto los TBI como los TLC han sufrido cambios, sin embargo, es de notarse que los TBI son los que en su mayoría se han celebrado, los mismos que han entrado gran parte en vigencia entre los años 1990 y 2010 en promedio.

Es evidente notar que los TBI al formar parte de la evolución de instituciones jurídicas en el Derecho Internacional de Inversiones no han sido modificados para que encajen en la realidad de estas instituciones. La falta de interés en abordar los TBI celebrados anteriormente, se debe posiblemente a que en los años en los cuales se negoció la mayoría de TBI se celebró estos como mecanismo de atracción y promoción de inversiones, siendo vital realizar una gran inyección de inversión extranjera en el país para levantar la economía y superar la crisis del año 90, es por ello que al alcanzar esos objetivos se dejó de lado los TBI.

En la actualidad “a nivel internacional, sigue disminuyendo el número de nuevos tratados bilaterales de inversión (TBI), mientras que parece mantenerse constante el número de tratados mega regionales y regionales, así como de tratados de libre comercio que incluyen disposiciones sobre inversión” (Noveno Foro Anual de Negociadores de inversión de Países en Desarrollo, 2015), los TBI como mecanismos de fomento y protección, fueron dejados de lado por instrumentos de mayor cobertura, como son los TLC, en los cuales se pueden ver que su redacción es más sofisticada.

#### b.1.2. Inversión Extranjera

Encontrarle una definición universal a la inversión en el marco de los Tratados Bilaterales de Inversión es complicado y aún más para que todos los Estados miembros de la Comunidad Internacional acuerden esa definición, es en sentido, que se establecen listas en los Tratados, pero queda a discernimiento del

Tribunal Arbitral, para entender esta complicación Blackaby nos indica lo siguiente:

“Para que un inversionista pueda invocar un tratado de inversión debe haber realizado una inversión protegida por el tratado. Estos instrumentos contienen usualmente una definición de lo que constituye una inversión protegida por el mismo. En general, estas definiciones son amplias y se refieren a "cualquier tipo de activo" o a "cualquier tipo de inversión en el territorio" (Blackaby, 2008)

Los TBI estipulan una lista de lo que es Inversión, sin embargo, en la realidad muchas veces la inversión, va mucho más allá, y es así que los Tribunales Arbitrales tienen que analizar una inversión para saber si es o no una inversión internacional amparada en el TBI.

Como se menciona pueden existir distintas definiciones para determinar una inversión, autores indican que la noción de inversión tiene una amplia definición en las decisiones de los tribunales de Inversión, siendo que en el Caso del Paso c. La República de Argentina menciona que en el caso de Fedax N.V. v. La República de Venezuela, el tribunal consideró que “los pagarés emitidos por este y adquiridos por el demandante mediante el endoso realizado por el tenedor original en el mercado secundario constituían una inversión bajo el TBI suscrito entre Holanda y Venezuela” (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011), llevando a cabo un extenso análisis de la noción de inversión negándose a limitarla en las nociones de inversión, indicando que “(...) al aporte de dinero o propiedades en un negocio de forma que este produzca alguna ganancia o beneficio” (Blackaby, 2008), es decir, se presentarán ideas superpuestas referente a inversión, por lo que el Árbitro en virtud de su autonomía interpretará de acuerdo a sus consideraciones, entonces queda claro señalar que difícilmente se puede definir en un Tratado lo que es inversión, porque hasta los tribunales superponen sus nociones en sus laudos, por lo que algunos han optado por adherirse a cualquiera de estas dos teorías que se desarrollarán más adelante.

#### b.1.2.1. Desarrollo Histórico

En el tiempo la inversión tiene orígenes desde los comienzos del tiempo, por lo que nosotros partiremos desde el auge de los foros dedicados a la inversión. En los años de la Segunda Guerra mundial las organizaciones internacionales de cooperación económica empezaron a surgir como la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE), quien posteriormente fue la OCDE, bloques de integración regional como las

Comunidades Europeas, cuya consolidación dio lugar a la Unión Europea, y en América la Comunidad Andina, Mercosur y en especial el NAFTA porque liderara la evolución del Derecho Internacional de Inversiones.

En el marco de la regulación de los intercambios comerciales y de relaciones de cooperación económica y financiera, el multilateralismo fue ganando terreno como modelo de debate y de forma de toma de decisiones a escala mundial, fruto de ello es el nacimiento y funcionamiento de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, en cambio los TBI tuvieron un inicio prudente con grandes momentos de auge, sin embargo, a la actualidad se han dejado de lado.

La creación de los organismos internacionales anteriormente mencionados, los TBI y los contratos entre Estados y particulares han dado lugar a un entramado normativo que conlleva a la ordenación de un sistema de fuentes que se recurrirá en una posible violación de un estándar internacional. Las organizaciones internacionales económicas y las de integración han aparecido en el escenario internacional así como otros entes que careciendo de personería jurídica internacional las conforman, porque mantienen similitudes o intereses comunes como el Club de París en tanto reúne a Estados acreedores; el G-8, que reúne a países cuya relevancia económica sobresale dentro de la Comunidad Internacional de Estados; o el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), que sirve de espacio de reunión a Estados tan diversos en lo económico, social y en lo político. (Collantes Gonzalez, 2009)

#### b.1.2.2. Tipos

Tradicionalmente hay dos tipos de inversiones, la inversión directa y en cartera:

- i) Inversión Extranjera Directa: o también conocida por sus siglas IED, este tipo de inversión es la "(...) inversión de capital por parte de una persona natural o de una persona jurídica (instituciones y empresas públicas, empresas privadas, etc.) en un país extranjero. En el país de destino, esta entrada de capitales puede realizarse mediante la creación de nuevas plantas productivas o la participación en empresas ya establecidas para conformar una filial de la compañía

inversora” (Garay, 2017), siendo que esta inversión se realiza a largo plazo. En el mismo sentido, Garay menciona que “según la OCDE, la IED tiene por objeto ejercer un control a largo plazo sobre la empresa adquirida o participada, y el criterio establecido para definirlo es que la propiedad adquirida por la sociedad matriz sea, como mínimo, del 10% de la filial” (Garay, 2017). Asimismo, IED es una de las más importantes porque se ha vuelto un motor de desarrollo en las economías emergentes, siendo uno de los mayores propulsores las empresas transnacionales.

ii) Inversión en Cartera: Se refiere “(...) a los flujos internacionales de capital que no implican un control de la empresa en la que se ha invertido. La característica distintiva de la inversión de cartera es que a través de ella el inversor busca un rendimiento financiero, bien sea a través de los intereses, dividendos o ganancias de capital que se espera obtener, pero en ningún caso se busca ejercer la dirección de la empresa” (Paúl Gutierrez, 2017), por lo que la búsqueda de dirección será la característica principal con la IED, porque en esta el inversor tiene el control de la empresa.

#### b.1.2.3. Riesgos

Los inversionistas para obtener seguridad en sus inversiones recurren a fuentes de protección, para adquirir derechos frente algún tipo de circunstancia que vulneren sus inversiones o a ellos, estos derechos se pueden adquirir mediante Tratados o Contratos.

El doctor Rafael Llano (LLano & Miró Quesada, 2016), presenta el siguiente cuadro para un mejor entendimiento:

**Tabla 1: Cuadro comparativo de las fuentes de protección de derechos de los inversionistas extranjeros**

<b>FUENTES DE PROTECCIÓN - DERECHOS</b>	
<b>Derechos bajo contratos</b>	<b>Derechos bajo Tratados</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contratos de concesiones / Proyectos</li> <li>- Acuerdos de Protección de Inversiones</li> <li>• Entre Estado e inversionista.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tratados de Inversión.</li> <li>- Acuerdos de Libre Comercio</li> <li>• Convenios entre Estados</li> </ul>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pueden establecer estabilidad Jurídica y derechos parecidos a los que ofrece un tratado.</li> <li>• Muchas veces se rigen por derecho local.</li> <li>• Consentimiento para resolver disputas mediante arbitraje.<sup>3</sup></li> </ul>	<p>garantizando derechos a inversionistas.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Establecen diversos tipos de derechos, como trato justo y equitativo, expropiación justa, no discriminación.</li> <li>• Se rigen en su mayoría por derecho internacional.</li> <li>• Consentimiento para resolver disputas mediante arbitraje.</li> </ul>
---	---

Fuente: Rafael Llano

En el Perú los convenios de estabilidad jurídica se encuentran regulados por lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 662, ley de promoción de inversión extranjera; Decreto Legislativo No. 757, ley marco para el crecimiento de la inversión privada; y, por el Decreto Supremo No. 162-92-EF, reglamento de los regímenes de garantía a la inversión privada.

Hay diferentes tipos de estabilidad jurídica, entre los cuales tenemos a convenios de estabilidad del régimen tributario, del régimen de libre disponibilidad de divisas, del derecho de libre remesa de sus utilidades, entre otros que se considere importante negociar.

Se ha descrito diferentes tipos de riesgos y como el inversionista se protege ante ellos, sin embargo, todo quedara invalido si la inversión contraviene el orden público o no se hace conforme a ley porque encuadraría en un caso de corrupción por lo que el reclamo del inversionista no podría acceder al CIADI debido a que el Tribunal desconocería su inversión como legal, teniendo ejemplos claros en la jurisprudencia arbitral como por ejemplo: “World Duty Free c. Kenya, el inversor soborno al presidente para obtener el contrato; Inceysa c. El Salvador, el inversor defraudo el proceso de licitación; Fraport c. Filipinas, el inversor estructuro propiedad en violación de restricciones de nacionalidad; Plama c. Bulgaria, el inversor distorsiono su identidad para obtener aprobación gubernamental” (LLano & Miró Quesada, 2016); es decir, existe un filtro de jurisdicción que se convierte en un riesgo para el

<sup>3</sup> En los contratos internacionales, las partes pueden indicar expresamente el foro al que pueden recurrir en caso surja un conflicto, siendo los principales: CIADI, mecanismo complementario del CIADI, CNUDMI, Cámara de Comercio de París, entre otros.

inversionista que decida actuar alejado de la ley nacional del Estado receptor de inversión, pero siempre y cuando el Tribunal decida acogerse a un criterio que se desarrollara más adelante.

### b.1.3. Estados

En la presente investigación solo se abordará a los Estados y personas naturales como sujetos de Derecho Internacional, sin perjuicio de afirmar la existencia de otros sujetos de derecho internacional como lo son Organismos Internacionales, Santa Sede entre otros y actores internacionales de vital importancia como lo son las empresas o los pueblos indígenas.

#### b.1.3.1. Subjetividad Internacional

La subjetividad internacional se encuentra definida por distintos autores, entre los cuales Moncayo sostiene que "(...) la cualidad que, originaria o derivadamente, posee un ente como receptor inmediato o como centro de imputación de derechos y obligaciones dentro de un orden jurídico dado." (Ramacciotti, 1993) Es decir, el Estado por su misma naturaleza es un sujeto de Derecho Internacional porque es emisor y destinatario de las normas de Derecho Internacional y es sujeto de imputación porque ante cualquier vulneración que cometa este o sus instituciones se encuentra sujeto a algún tipo de sanción.

Otros autores prefieren delimitarlas en teorías:

- a) Teoría Pura del Derecho: (...) existen determinados ámbitos dentro de los cuales las normas jurídicas son válidas, (...) ya que el derecho considera a alguien como sujeto en tanto y en cuanto alguna conducta suya aparece como contenido de un derecho o de una obligación. Las normas del derecho internacional, como cualquier norma jurídica, regulan siempre conductas humanas, pero lo hacen de un modo directo o indirecto.
- b) Teoría de la Responsabilidad: (...) es todo aquel que se halla al menos en una de las dos situaciones siguientes: i) ser titular de un derecho y poder hacerlo valer mediante reclamación internacional; o, ii) ser titular de un deber jurídico y tener la capacidad de cometer un delito internacional. (...) sujeto de derecho de gentes es quien es responsable internacionalmente,

o sea, todo aquel que puede ser destinatario de una sanción internacional.” (Barberis, 1984)

Confrontando ambas teorías Barberis, indica que se puede definir el sujeto de derecho internacional como “aquel cuya conducta esta prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación” (Barberis, 1984).

Para el profesor Carlos Zelada, actualmente la subjetividad internacional está definida como un “entidad destinataria de normas jurídicas (derechos y obligaciones), con capacidad de entablar reclamaciones y con capacidad de respuesta frente al incumplimiento de sus obligaciones, precisando que los sujetos de la sociedad internacional no son idénticos entre sí” (Zelada, 2016).

Asimismo, el que posee esta subjetividad Internacional tiene consecuencias, que son propias de su otorgamiento, el Profesor Díez de Velasco, señala las siguientes:

“a) (...) todo aquel ente (...) se convierte en destinatario de sus normas, es decir, en beneficiario de las mismas y queda sujeto a las obligaciones que estas le impongan. b) (...) la concesión al sujeto de una amplia esfera de libertad que, desde el punto de vista del Derecho Internacional encuentra sus propias limitaciones solamente en las normas del ordenamiento internacional. La libertad así otorgada es una situación jurídica internacional en cuanto no es una pura libertad de hecho, sino de derecho, protegido por el Derecho Internacional. Ello lleva como consecuencia inmediata que se prohíba a cualquier otro sujeto el que se interfiera en el ejercicio de dicha libertad, salvo que exista un título particular que justifique la injerencia. c) El Derecho Internacional general no impone limitaciones a la capacidad de obrar de sus sujetos, sino simples limitaciones a la libertad de obrar, dirigidas a respetar la existencia y la libertad de los demás sujetos.” (Ramacciotti, 1993)

La interacción del ordenamiento internacional es sui generis, porque el derecho internacional es diferente al derecho interno, un Estado al regular sus relaciones con otros Estados se impondrá derechos y obligaciones que tiene que cumplir, asimismo, al fijarse una libertad de

derecho, se debe enmarcar no solo a normas prescritas en los tratados sino también en los principios del Derecho Internacional y al Derecho consuetudinario que tendrá un papel trascendente en el Derecho Internacional de Inversiones.

En el mismo sentido, la subjetividad internacional no ha sido indiferente a la evolución del pensamiento en el Derecho Internacional, por lo que, junto a esta evolución emerge el concepto de individuo como sujeto de derecho internacional.

El individuo en el ámbito internacional tiene una doble connotación, como la desarrolla Ulloa Sotomayor: “el hombre como parte de una colectividad política, como súbdito de un Estado, es un sujeto indirecto; pero como ser humano, como miembro de la especie y de la sociedad, es un sujeto directo del Derecho Internacional” (Ramacciotti, 1993).

La regla es que si un Estado comete un hecho ilícito internacional en perjuicio de un extranjero, persona física o jurídica, puede ser susceptible de reclamación ante un Tribunal Arbitral<sup>4</sup>, es decir la capacidad de obrar del individuo se encuentra provista de excepciones en el ordenamiento internacional, porque se encuentra sujeta a los beneficios que le atribuye la comunidad internacional, que para el caso serían los TBI, sin embargo, ante Tribunales Arbitrales también puede ser susceptible de alguna demanda por incumplimientos.

Observándose la existencia de una particularidad en lo descrito anteriormente, que si bien no son considerados sujetos de derecho internacional las personas jurídicas tienen una actuación trascendental en el ámbito internacional de las inversiones.

#### b.1.3.2. Responsabilidad Internacional

En el ámbito internacional una violación ocasionada por un sujeto que infrinja su ordenamiento genera responsabilidad internacional, como lo indica Verdross: “una violación del Derecho Internacional puede consistir en una acción o en una omisión (...), el mero hecho de producir un daño

---

<sup>4</sup> El individuo como sujeto de Derecho Internacional, actualmente puede demandar a diversos Tribunales Internacionales, sin embargo, los ejemplos se encuadrarán al arbitraje internacional de inversiones.

no da lugar a responsabilidad jurídico internacional: esta solo se da cuando el daño resulte de una infracción del Derecho Internacional” (Verdross, 1982), es decir, en el Derecho Internacional de Inversiones, se configurara cuando se infrinja estrictamente una norma internacional o un derecho amparado en el ordenamiento internacional y no cuando se vulnere algún derecho nacional o contractual.

Para el profesor Carrillo Salcedo, la responsabilidad internacional es un principio que “está sujeto a la posibilidad de que otros sujetos de derecho internacional puedan considerar, en los supuestos en que estos estimen que aquel ha incumplido una obligación internacional, que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito” (Carrillo Salcedo J. A., 1984), por lo que el Estado debe tener especial cuidado en su actuar.

Para entender la naturaleza de la teoría de la responsabilidad internacional la describiremos en 4 teorías:

- i) Teoría subjetiva de la culpa: esta teoría es desarrollada por H. Grocio, que afirma que para que proceda la responsabilidad, la violación de la obligación debe haber sido hecho con culpa, o sea, debe existir una intención ilícita o negligente<sup>5</sup> por parte del Estado. Sin embargo, algunos autores no vinculan a esta teoría con el concepto de culpa e incluso indican que no requiere la existencia de malicia, negligencia o descuido porque si un “Estado es responsable en estos casos, lo es solo porque ha dejado de cumplir con el deber internacional de usar la diligencia debida dentro de los medios a su disposición, para impedir dichos actos. La diligencia debida no es un elemento subjetivo, sino el contenido mismo de la obligación preexistente por cuya violación es responsable el Estado” (Ramacciotti, 1993).
  
- ii) Teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva: es aquella mediante la cual “el que por su propio placer o utilidad introduce algo peligroso a la sociedad, es responsable de cualquier accidente que de ello se derive aun cuando no se le pueda imputar culpa o negligencia alguna” (Ramacciotti, 1993), es decir, se basara en mantener la seguridad de las relaciones, a comparación

---

<sup>5</sup> El problema de la teoría subjetiva de la culpa es que resulta complicado probar la actuación del sujeto de derecho internacional con malicia o negligencia.

de la teoría subjetiva de la culpa, esta se configurara por algún miembro o funcionario incompetente.

iii) Doctrina del abuso del derecho: esta teoría se basa más en el sentido de pruebas nucleares, que no se encuentran ligadas a esta investigación por lo que la dejaremos de lado.

iv) Doctrina de la necesidad: esta teoría es más de justificación, en el sentido de que “si un Estado comete un acto ilícito con el fin de salvarse de un peligro grave o inminente, ello lo eximiría de toda responsabilidad internacional”, es decir el Estado actuara en virtud de su rol protector.

Por otro lado, para el profesor Zelada es importante considerar el concepto indicado por la Comisión de Derecho Internacional, porque es el que más se asemeja al razonamiento de los Árbitros Internacionales:

“Art. 1: Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

A) Toda acción u omisión atribuible a un Estado, que el Derecho internacional califique como jurídicamente ilícito origina responsabilidad internacional (hecho generador)

B) Todo incumplimiento de una obligación internacional genera a su vez un deber de reparación.

Art. 31.1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

Art. 31.2. El perjuicio comprende todo daño, tanto material como moral causado por el hecho internacionalmente ilícito.”

(Zelada, 2016)

Por lo que, se debe tener especial cuidado con su configuración, percatando sus elementos: i) Acción u omisión contraria al Derecho internacional atribuible al Estado (elemento subjetivo); y, ii) Violación de una obligación internacional (elemento objetivo).

#### b.1.4. Inversionista Extranjero

El inversionista extranjero como se ha podido observar anteriormente puede ser una persona natural o jurídica que tiene gran relevancia en el inicio del procedimiento arbitral CIADI porque permitirá hacer un control a los árbitros internacionales mediante la excepción de jurisdicción por *rationae personae*.

- i) Inversionista Extranjero como persona natural: En términos generales la persona natural como inversionista extranjero dependerá de “su nacionalidad, así como también por la residencia permanente. Y en los casos de doble nacionalidad el criterio dependerá del concepto de nacionalidad efectiva o dominante” (Cabrera Gómez, 2014), entendiéndose nacionalidad efectiva como aquella que se utiliza en función de lo que se busca conseguir.
- ii) Inversionista Extranjero como persona jurídica: La persona jurídica o sociedad<sup>6</sup> que invierte en un Estado receptor de inversión, suele ser una empresa transnacional con gran capacidad económica que invierte fuertes sumas de capital, es por eso que el lenguaje de los pagos indemnizatorios es en millones. Asimismo, no solo el hecho económico es el que llama la atención de las personas jurídicas como inversores extranjeros, sino que tienen acceso a un Tribunal internacional, algo impensable en anteriores épocas, esta es una particularidad que nos trae el Derecho Internacional de las Inversiones. Con respecto al concepto de inversionista extranjero como persona jurídica, se puede definir a partir de los TBI que señalan:

“(...) toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes conforme a la legislación de esta parte y que posee allí su sede social, o es controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes Contratantes, o por personas jurídicas que poseen su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas conforme a la legislación de esta parte”. (Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa, 1966)

Resaltando, “(...) los criterios de: “lugar de constitución”, “sede” y “control”, o los tres dentro de un mismo Tratado. (...) Sin embargo, no serían estos los únicos criterios que podrían fijarse, ya que se podrían dar otros adicionales, dependiendo ello de los Estados negociadores”, es decir, dependerá enteramente de lo establecido en el TBI.

---

<sup>6</sup> La terminología depende de cada TBI que se celebra, algunos prefieren denominarla directamente como persona jurídica y otros TBI las denominan sociedad en mención a una persona jurídica.

Por otro lado, algunas empresas para asegurar su no vulneración de derechos, realiza una práctica conocida como treaty shopping, que es el acto mediante el cual una empresa busca un determinado TBI que le resulte más conveniente para asegurar su inversión, conllevándola a constituir una empresa, de ese Estado parte del TBI conveniente, en el Estado receptor de Inversión, sin embargo ante esta práctica algunos árbitros internacionales suelen levantar el velo societario, pero queda a su discreción.

## **b.2. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO**

### **b.2.1. Interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo**

El trato justo y equitativo como un estándar amplio, general y nebuloso, permite caracterizarlo de la siguiente manera:

“Representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad preservando la seguridad que el Derecho debe dar, (...) asimismo, el estándar contiene dos elementos, el objetivo, es normativo, lo que se desea lograr, y el subjetivo, es en el que el Juzgador incluye su experiencia e intuición”. (González de Cossio, 2009)

Es decir, como el trato justo y equitativo no tiene un contenido propio o un marco de interpretación, podrá evolucionar o adecuarse a la situación, aunque no se sabe si sus cambios serán positivos o negativos; asimismo, al ser un estándar tendrá una tipología, dividiéndose entre estándares contingentes y no contingentes, “los contingentes son aislados (tienen un contenido propio), el contenido de los segundo se determina no en base a una circunstancia exterior de hecho o de derecho: el tratamiento otorgado a otros” (González de Cossio, 2009).

La interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, tiene que ver mucho con las técnicas comunes de interpretación, por lo que desarrollaremos brevemente la interpretación.

La interpretación es “(...) la aprehensión o comprensión de los sentidos implícitos en las normas jurídicas” (Nieto Arteta, 2011), es decir es la actividad que se realiza, para darle sentido a una norma, otra definición que se le puede atribuir a la interpretación es que es la búsqueda y la penetración del sentido y alcance efectivo de la norma, como indica Igartua, existen dos concepciones

fundamentales una tradicional y una heterodoxa: la interpretación tradicional, se aplica cuando el sentido de la formulación lingüística de un texto normativo no es suficientemente claro; y, la interpretación heterodoxa se aplica cuando se busca un sentido a la norma, muy independiente de la presunta claridad en la formulación lingüística de un texto normativo. (Igartua Salaverría, 2009)

También hay que señalar que la creación de las normas jurídicas de este tipo estará condicionada por la Comunidad Internacional, mas no por la interpretación de las normas. Así aparecen la creación y la interpretación de las normas jurídicas como aspectos diversos, pero con cierta connotación política, es así que para la presente investigación solo se tomara en cuenta la interpretación de los tratados, entendida la interpretación como la labor de desentrañar y extraer el sentido y alcances de una convención o parte de ella, realizando esta acción quienes tienen que aplicar los tratados para hacer una interpretación adecuada.

“(...) Con frecuencia, algunos artículos o algunas cláusulas de los tratados o convenios ocasionan dudas acerca de su verdadero sentido y con mayor razón si a la parte que le toca cumplir o aplicar no le conviene, puede dar lugar a problemas o dificultar la solución de diferendos entre los Estados.” (Rodríguez Ariza, 2015)

Resultando de especial consideración esta cita debido que señala de forma directa a la importancia de interpretar las cláusulas en los Tratados, para que no se encuentren sujetos a abusos o disparidades.

#### **b.2.1.1. Tipos**

Dentro de los tipos de interpretación se tiene una muy variada tipología, sin embargo, se abarcará algunos tipos de interpretación que se consideran trascendentales para la presente investigación, de los cuales tenemos a:

- i) Interpretación gramatical, literal o textual: este tipo de interpretación reside en la interpretación de un texto o de las palabras fijadas en una norma jurídica, siendo este tipo de interpretación gramatical “la comprensión de palabras y el texto de la ley... desplegándose en un doble sentido, por un lado determina las conductas y hechos jurídicamente relevantes, excluyendo las conductas que carecen de relevancia para el Derecho; y por el otro, precisa el ámbito y los límites de aplicación de la ley.” (Castillo Alva, Lujan Tupez, & Zavaleta Rodríguez, 2006) Siendo importante este criterio de interpretación

porque se basa sus argumentos en la utilización del lenguaje general, aplicando a veces lenguaje técnico según donde se rija la regulación.

- ii) Interpretación sistemática: este tipo de interpretación se refiere a que “sería la que justifica otorgar a un enunciado de comprensión dudosa un significado sugerido, o no impedido, por el sistema del que forma parte...”, (Ezquiaga Ganuzas, 2013) es decir tomara en cuenta un conjunto de preceptos para referirse a una determinada realidad normativa y empírica. Este tipo de interpretación posee un sistema de interpretación extrínseco e intrínseco, el sistema de interpretación extrínseco es aquel que realiza el intérprete del material proporcionado por el legislador, mientras el sistema de interpretación intrínseco es aquel que apunta al objeto de su conocimiento, es decir al conjunto de enunciados dictados por el legislador.
- iii) Interpretación funcional: este tipo de interpretación tomara en cuenta los factores más relevantes para la atribución de significado a las disposiciones normativas, a comparación del criterio sistemático, “... las normas jurídicas deben ser eficaces, en el doble sentido de que deben cumplirse y deben servir para algo” (Ezquiaga Ganuzas, 2013), este criterio será más fuerte cuando se combina con el criterio sistemático.
- iv) Interpretación teleológica: esta interpretación se ampara en la finalidad del enunciado cuando atribuye a una disposición normativa el significado que le corresponde, además como menciona Equizaga: “Su fundamento es la idea de que el legislador está provisto de unos fines de los que la norma es un medio, por lo que la interpretación debe tenerlos en cuenta.” (Ezquiaga Ganuzas, 2013)

#### **b.2.1.2. Reglas**

En relación a reglas oficiales o establecidas en los TBI para interpretar las cláusulas, no se encuentra estipulado en ninguna parte de los TBI, sin embargo, por ser un tratado se puede recurrir a la Convención de Viena de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, porque si bien no constituye propiamente un procedimiento, es más bien un instrumento para la interpretación.

La Convención de Viena expresa las siguientes reglas generales para la interpretación de tratados:

“Art. 31 Regla General de Interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
  - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
  - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
  - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
  - b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
  - c) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.” (Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, 1969)

Siendo muy expresa la manera de cómo se deben de interpretar los tratados, la Convención de Viena señala que deba realizarse de buena fe, teniendo en cuenta la interpretación gramatical entendida como un sentido corriente de los términos, la interpretación sistemática, que señala la existencia de un contexto y un conjunto de hechos que se tienen que tener en cuenta y finalmente la interpretación teleológica que indica debe existir una conformidad entre el objeto y el fin del tratado.

#### **b.2.1.3. Finalidad**

Dentro de la finalidad de la interpretación se puede mencionar que no solo permitirá la aplicación de una norma jurídica a un caso en concreto, sino que definirá su verdadero significado, alcance y sentido.

Finalmente, añadir que las fuentes del Derecho Internacional tienen un papel fundamental en la interpretación, resaltando el Derecho Internacional Consuetudinario entre las fuentes.

El Derecho Internacional Consuetudinario o norma consuetudinaria internacional es una práctica generalizada aceptada como derecho, es decir en la práctica reiterada y costumbres de los Estados.

La práctica generalizada de los Estados, es:

“para determinar si existe una norma internacional de derecho consuetudinario primero se debe medir la práctica estatal. Esto se hace estudiando leyes y jurisprudencia de los diferentes Estados. Se debe mostrar una tendencia estatal a incluir en legislación, o de implementar mediante los tribunales, ciertas prácticas. De esta forma, se determina si frente a determinadas circunstancias los Estados en la actualidad acostumbran a seguir cierta práctica”. (Artiles Fonseca, 2014)

Sin embargo, la práctica generalizada de los Estados para que pueda ser considerada como Derecho Internacional Consuetudinario, debe contener además la *opinio juris*, considerado un elemento psicológico de la costumbre, es la expresión real de la voluntad, es decir “significa que los Estados sientan una obligación a actuar de cierta forma. Los tratados internacionales son la mejor forma de mostrar esto, ya que en muchas ocasiones el derecho consuetudinario es anunciado por tribunales internacionales y/o es codificado en tratados internacionales”. (Artiles Fonseca, 2014)

Por otro lado, para el demandante en el Caso El Paso v. Argentina, la interpretación que realizan los Árbitros del CIADI, cumple una doble función: “1) Aclarar los términos del TBI; y 2) Establecer un estándar mínimo para el trato dado a las inversiones” (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011).

Es decir, aclarar los términos del TBI, en el sentido de remitirnos a la práctica internacional de los Estados, para dilucidar el contenido de una determinada institución jurídica internacional, porque recordemos que los Estados no suelen consignar en los TBI el concepto de los diferentes estándares de protección; asimismo, establecerá un estándar mínimo porque servirá como un margen para que no se hagan interpretaciones abusivas de los estándares.

Por otro lado, indicar que el derecho nacional no es una fuente de interpretación para el Derecho Internacional de Inversiones, sino será un elemento informativo de los compromisos asumidos por las partes y del grado de responsabilidad del Estado en las controversias internacionales relativas a inversiones para que se cuantifique el daño y saber la indemnización.

### **b.3. CLÁUSULA DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO**

#### **b.3.1. Trato Justo y Equitativo**

##### **b.3.1.1. Antecedentes**

La evolución histórica de la cláusula de trato justo y equitativo va de la mano con los TBI, los cuales se remontan a finales de la II Guerra Mundial, los que presentaron problemas determinando la necesidad de un marco legal idóneo para atraer inversiones y brindarles seguridad frente a los Estados (Zambrano Tevar, 2007).

Tiempo atrás se consideraba una locura que un inversionista extranjero se enfrente a un Estado, porque como se ha visto en el Derecho Internacional Público, las personas naturales o personas jurídicas no tenían personalidad jurídica en el plano internacional; inicialmente la intervención del Estado del inversionista consistía en una presión ejercida por medio de la fuerza con el fin de que el Estado receptor de Inversión respetara los derechos del inversionista que habían sido vulnerados, esta intervención estatal armada era conocida como “Gumboat Diplomacy” (Casallas Paramo, 2009), asimismo, es necesario recordar que antes los pueblos idearon diversos sistemas para evitar que una controversia entre ellos pueda originar un estallido bélico (Gamboa, 1993), tal es el caso que se empezó a desarrollar propiamente los métodos de solución pacífica de conflictos internacionales como principio del Derecho Internacional.

La primera referencia a esta cláusula se encuentra en La Carta de La Habana de 1948, por medio de la cual se creaba la Organización Internacional del Comercio. (Marquez Escobar, 2009), pero además en su artículo 11 de dicho instrumento prescribía que la inversión que ingresaba a un Estado receptor de Inversión se le debía otorgar un trato justo y equitativo, logrando de esta manera forjarse como el primer instrumento que otorgaba protección a los inversionistas extranjeros, sin

embargo como afirma De la Cerda y Goldenberg, “(...) existieron problemas que no fueron resueltos durante la negociación lo que provocó que gran parte de los países desarrollados no aprobaran en definitiva la Carta” (De la Cerda Olivos & Goldenberg Peñafiel, 2016).

En el año 1948 durante la Novena Conferencia Mundial de Estados Americanos, se suscribió el Acuerdo Económico de Bogotá, el que prescribe en su artículo 22: “Los capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los Estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado” (Organización de Estados Americanos, 2017).

Siendo el precitado Acuerdo el comienzo del trato justo y equitativo, sin embargo “(...) al igual que la Carta de la Habana, el Acuerdo Económico no logró tener fuerza vinculante, por falta de apoyo político de diversos países” (De la Cerda Olivos & Goldenberg Peñafiel, 2016).

Por otro lado, los TBI se desarrollan por primera vez en un tratado suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán el 25 de Noviembre de 1959 (Casallas Paramo, 2009), que servirán como instrumento para proteger las inversiones extranjeras.

Pero a nivel multilateral se continuaba con los intentos de amparar las inversiones por lo que:

“(...) en la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (en adelante OECD) que culminó con un borrador de la llama Convención sobre Protección de la Inversión Extranjera. El artículo 1 del borrador establecía: “Tratamiento a la Propiedad Extranjera: Cada parte deberá asegurar en todo momento un trato justo y equitativo a la propiedad de los nacionales de otros estados parte ...”. Este borrador, aun cuando nunca fue abierto para su firma y aprobación, reforzó la visión colectiva y dominante de las naciones pertenecientes al OECD sobre inversión extranjera. Po lo demás, logró poner énfasis en la necesidad de incorporar esta cláusula de trato justo y equitativo en todos los instrumentos suscritos con posterioridad”. (De la Cerda Olivos & Goldenberg Peñafiel, 2016)

En la actualidad la cláusula de trato justo y equitativo se ha convertido en una de las cláusulas más importantes empezando su ascenso en los años 60 y aquí en el Perú a partir de los años 90.

#### b.3.1.2. Concepto

El trato justo y equitativo es considerado el estándar más importante de protección en las disputas, pero tiene un concepto general que representa un gran número de debates a nivel doctrinal y jurisprudencial, pues al ser un concepto general se adecuará a cada caso conforme se interpreta, ocasionando la posibilidad que se desvíe la verdadera intención fundamental de la cláusula, es así que la amplitud del estándar es tal que se cuestiona a muchos Estados por la falta de conceptualización del trato justo y equitativo en los TBI.

La idea de este tipo de disposiciones para algunos resulta ser positiva porque ante un Derecho evolutivo, el trato justo y equitativo se adecuará a cada realidad en el tiempo, por otro lado, para otro sector si se define detalladamente existe la posibilidad que una determinada violación no pueda encajar en el estándar de trato justo y equitativo.

De manera general se puede esbozar al trato justo y equitativo como un estándar que otorga garantías que cumplan con una protección mínima de acuerdo a los principios del Derecho Internacional. Su conceptualización alude al principio de la no discriminación y a que el trato corresponda a medidas razonables que no sean ni arbitrarias ni injustificadas. (Chávez Bardales, 2010)

Peter Muchlinski, indica que el trato justo y equitativo “no está definido con precisión...Es por lo tanto, un concepto que depende de la interpretación de hechos específicos para definir su contenido” (Marquez Escobar, 2009), en las últimas décadas se llegaron a plantear casos, en los cuales se reiteró que para poder tomar en cuenta este estándar necesariamente tenían que remitirse a los hechos. En el caso de Mondev, el tribunal arbitral estableció que un “juicio de lo que es justo y equitativo no puede ser alcanzado en abstracto; depende de los hechos en un caso concreto” (Mondev International LTD vs Estados Unidos de America, 2002), estando estas posturas a favor de que el trato justo y

equitativo siga sin un contenido propio para que se adecue a cada caso en concreto.

De diferente parecer fue el Tribunal del Caso Noble Ventures, que señala: “Considerando que el estándar de trato justo y equitativo está ubicado al del Artículo II, se podría considerar que se trata de un estándar más general que encuentra aplicación específica *inter alia* en la obligación de otorgar plena protección de observar los compromisos contractuales asumidos frente al inversor”, (Noble Ventures, Inc. C. Rumania, 2005) es decir en vista de la generalidad del estándar, una de sus manifestaciones será a través de los compromisos contractuales asumidos con el inversor.

Sin embargo, es recaer en simplismos si lo subsumimos solo en compromisos contractuales, porque dejaría de ser un estándar de protección en el Derecho Internacional para ser un estándar de protección contractual.

La falta de contenido del trato justo y equitativo, puede generar consecuencias como ser incluida en otros estándares o viceversa, en el Caso Azurix:

“El Tribunal está convencido de que el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas... cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma allá de la seguridad física. En conclusión, el Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI”. (Azurix Corp. c. La República de Argentina, 2006)

Si bien su concepto no es unánime en la doctrina, pero su interpretación depende de dos factores: primero, del Derecho Internacional y del lenguaje usado con el TBI o TLC que lo incorpora; segundo, del alcance que se presenta en la limitación de la acción del Estado, es decir, el trato justo y equitativo estará sujeto a examinar la conducta del Estado en el ordenamiento jurídico. Como se mencionó, el trato justo y equitativo tiene

como objeto regular el comportamiento del Estado, y a la vez este trato justo y equitativo funciona como complemento del marco del derecho del Estado a expropiar.

En los Arbitrajes Internacionales relativos a inversiones, la defensa suele invocar como un argumento la vulneración del trato justo y equitativo, cuando se ha realizado una expropiación indirecta, utilizando de esta manera su falta de contenido para reforzar un argumento de la defensa, porque si tuviera contenido no se utilizaría como un argumento de otra institución sino como una doble vulneración.

Esta obligación es autónoma, pero aparece también como complementaria de las obligaciones de tratamiento nacional y del tratamiento de la nación más favorecida, en los casos que no actúen como protectoras. (Mancieux S. , 2009)

Un ejemplo de la cláusula de trato justo y equitativo es la que se encuentra contenida en el artículo tres del Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el gobierno de la República de Francia sobre promoción y protección de Inversiones que señala:

“Cada una de las Partes Contratantes se compromete a asegurar, en su territorio y área marítima, un tratamiento justo y equitativo, conforme a los principios del Derecho Internacional, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra parte contratante, de modo que el ejercicio del derecho así reconocido no sea obstaculizado ni de hecho ni de derecho.” (Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa, 1966)

El precitado ejemplo de cláusula de trato justo y equitativo, refiere que los nacionales como inversores extranjeros recibirán un trato justo y equitativo, pero a falta de contenido del estándar se remitirán a los principios del Derecho Internacional. Es curioso este TBI porque no suelen consignar el contenido de la cláusula del trato justo y equitativo y mucho menos equipararla con algunos principios, como lo vemos a continuación en el Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones:

## “Artículo 2

- (1) Cada una de las partes contratantes promoverá dentro de su territorio las inversiones de nacionales y sociedades de la otra parte contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones. Cada parte contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra parte contratante.” (Reública del Perú y la República Federal de Alemania, 1995)

Es decir, a diferencia de la anterior cláusula, esta ni siquiera se remite a los principios del Derecho Internacional o establece medidas; la realidad de los TBI es que hay una diversidad de cláusulas de este tipo, las cuales no le enmarcan contenido al trato justo y equitativo.

Asimismo, de cierto modo se puede decir que una de las labores de esta cláusula es la promoción de inversiones de la otra parte contratante en su territorio mediante el estándar de trato justo y equitativo contenido en los TBI, porque ofrecerá garantías al inversionista internacional ante cualquier violación.

El estándar de trato justo y equitativo como se ha indicado es un estándar que debe ser respetado por los Estados receptores de inversión, aunque no se encuentren delimitadas las condiciones elementales que se deban seguir para configurar su violación, optando algunas ocasiones por remitirse al derecho internacional que implica el respeto y buena fe en el accionar por parte del Estado.

En relación al trato justo y equitativo con el Derecho Internacional, el profesor Prieto Muñoz señala:

“Para cierto sector de la doctrina no existe ni siquiera una certeza de que en el derecho internacional de inversiones exista un estándar mínimo de trato, cuya violación genere responsabilidad a un estado por sí solo, ya que la inclusión del mismo debe ocurrir necesariamente por la fuente convencional, a través de un TBI o de un acuerdo multilateral, como es el caso del Capítulo 11 del NAFTA. La aplicación de este principio en el derecho de inversiones, tomando como fuente la costumbre internacional, sin la presencia de una

fuerza convencional, no dispone de muchos fundamentos, ya que la costumbre sólo podría manifestarse en un caso donde exista negligencia y mala fe flagrante como lo expresado en el razonamiento del caso Neer. En otras palabras, sólo en un caso evidente de un ilícito internacional se podría justificar el usar la costumbre internacional como fuente de aplicación en un caso concreto. Esto coincidió con la inclusión paralela de los términos en diversos instrumentos multilaterales y bilaterales de las palabras “trato justo y equitativo”, que pueden ser consideradas ambiguas. Los cuestionamientos de la doctrina y los tribunales resultaron en dos visiones: por un lado, considerar a estas palabras como un estándar independiente y con un alcance mayor al mínimo del Derecho Internacional; y la segunda que es asimilar a esta expresión simplemente como sinónimo o equivalente al Estándar Mínimo.” (Prieto Muñoz, 2010)

Es decir, ante la falta de contenido algunos tratarán de equipararlo con un estándar mínimo o lo llenaran de contenido con la costumbre internacional, resultando difícil de asemejar porque son instituciones diferentes.

Aun así, sigue siendo una incógnita el contenido del Trato Justo y Equitativo; y, más aún si la doctrina y consecuentemente la Jurisprudencia podrán fijar un contenido único del trato justo y equitativo, lo cual sería adecuado para cada realidad o cada relación bilateral.

Es de considerar tres vertientes por las que se interpreta al trato justo y equitativo, siendo la primera en considerar al trato justo y equitativo como un estándar independiente y absoluto, cuyo alcance debe entenderse de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso en concreto, la interpretación no tendrá en cuenta lineamientos, criterios o si fuera el caso referencias jurisprudenciales; en la segunda postura, al interpretar el trato justo y equitativo, se debe entender como una protección mínima basada en el derecho internacional consuetudinario, es decir para tener contenido el trato justo y equitativo recurrirá a la práctica, contexto y jurisprudencia relevante de su interpretación; la tercera postura, indica que el trato justo y equitativo deba ser interpretado de acuerdo al Derecho Internacional encontrándose rodeada de elementos que la componen y para materializarse recurrirá a ellos.

Es necesario conocer el contenido del estándar de trato justo y equitativo para que los órganos reguladores tengan límites claros en su actuación, siendo estos más susceptibles de cometer algún exceso involuntario.

En definitiva, como lo indica la Doctora Andrea Saldarriaga, los problemas de la ausencia de interpretación y aplicación del trato justo y equitativo, se circunscriben a la vaguedad en la interpretación, diversidad de formulaciones de criterios, identificación de las fuentes de obligación, falta de fijación de principios o nivel de responsabilidad y falta de determinación de un estándar de compensación. (Saldarriaga, La nueva generación de políticas en materia de inversiones y la solución de controversias Inversionista - Estado., 2012)

#### b.3.1.3. Estándar

El trato justo y equitativo se materializa en una cláusula, contenida en los TBI o en una cláusula del capítulo correspondiente en un TLC, sin embargo, no se encuentra especificada o definida como lo suelen estar las normas en los ordenamientos jurídicos romano germánico, sino se encuentra como un estándar, instituciones propias del common law.

Los estándares son propios del derecho consuetudinario, pero el estándar del trato justo y equitativo es uno que se encuentra muy disperso y con muy poco consenso en los Árbitros CIADI, perdiendo su equilibrio interpretativo.

La técnica jurídica nos vislumbra cuatro tipos de instrumentos para regular, entre ellos tenemos a los estándares, reglas, principios y conceptos.

Según Rodríguez Ariza: “Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad preservando la seguridad que el Derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse.” (Rodríguez Ariza, 2015) Es decir, se adecuará a las características de caso concreto con las normas predominantes en ese tiempo.

Asimismo, para dilucidar mejor el espectro de cada herramienta observemos el siguiente cuadro comparativo que nos presenta Rodríguez Ariza:

**Tabla 2: Cuadro comparativo entre estándar y regla.**

<b>ESTÁNDAR</b>	<b>REGLA</b>
Concepto que deja espacio de adaptación	Hipótesis con requisitos
Análisis circunstancial	Aplicación mecánica
Razonamiento intuitivo (experiencia)	Razonamiento Lógico
Mejor respuesta in casu	Seguridad Jurídica
Justicia Sustantiva	Justicia Formal
Aplicación onerosa (requiere mucha información)	Aplicación económica (economiza información)
Necesita mucha información	Suprime información relevante
Mutable	Fija
General y flexible	Rígida
Adaptable	Inadaptable
Difícil de predecir	Predecibilidad
Dificultan planeación estratégica	Facilita planeación
Exige mucho de su aplicador	Exige poco de su aplicador
Da discreción	Reduce discreción
Se ajusta a cambiante realidad	Rápidamente rebasado por realidad
Función armonizadora	Función esclarecedora
Favorece juicio circunstancial	Adopta posturas arbitrarias
Evita casuismo	Dinamismo de la realidad genera necesidad de excepciones ad hoc
Toma en cuenta toda la realidad	Hace cortes dicotómicos en una realidad continua
Correctamente diseñado captura intuición sobre conducta y se hace fácil aprender e implementar	Si son numerosas, son difíciles de aprender. Se convierten en trampas
Puede ser vago	Puede ser miope
Facilita acuerdos en áreas difíciles	Bueno para dar claridad

Fuente: Rodríguez Ariza.

La comparación es oportuna porque nos da un reflejo situacional de la técnica jurídica en el ámbito internacional, los estándares propios del common law y las reglas propias del ordenamiento romano germánico, estas técnicas tienen un determinado rol en la regulación internacional porque suelen ser oportunos para cada regulación que se les asigna.

La regla es una técnica que se utiliza en algunos ordenamientos para que exista una mayor precisión en determinar la responsabilidad de las conductas, sujetándose a realizar un razonamiento lógico, mientras que el estándar es una técnica jurídica que utilizan para dar una mayor flexibilidad en la interpretación siendo esta técnica muy oportuna para los negociadores, porque muchas veces no llegan a un acuerdo sobre una determinada cláusula, siendo el estándar una opción de convergencia entre los representantes de los países en la negociación.

Para el trato justo y equitativo resulta idóneo manifestarse como un estándar porque tendrá flexibilidad en la interpretación, adecuación en la realidad cambiante, entre otros; por otro lado, se considera que no sería muy idóneo que sea un estándar, porque las realidades suelen ser diferentes y en algunos casos pueden tener diferencias marcadas, no cumpliendo su fin, por lo que resulta necesario en ese sentido fijar algún marco de interpretación del estándar, para que no se haga abuso de la discrecionalidad en los árbitros por parte de los árbitros.

En la sección de inversión de los TBI o TLC se consignan estándares, los cuales son contingentes y no contingentes, “los primeros son aislados (tienen un contenido propio), el contenido de los segundos se determina no en base a una circunstancia exterior de hecho o de derecho: el tratamiento otorgado a otros. Los primeros son absolutos y los segundos relativos” (Rodríguez Ariza, 2015). En ese sentido, el estándar de trato justo y equitativo, resulta ser absoluto aun con su indefinición o generalidad que la caracteriza.

Asimismo, los estándares son una técnica jurídica necesaria a nivel internacional “Primero, los antecedentes históricos de la disciplina. Segundo, la dificultad de llegar a un acuerdo (vía regla) del trato que debe darse a extranjeros. Tercero, permite mejor adaptación a la (dinámica) realidad” (Rodríguez Ariza, 2015), como se advirtió en ciertas circunstancias resulta complicado a los Estados negociar algunas

cláusulas por lo que optan por consignar estándares para no generar dificultades en las negociaciones de los tratados.

Por otro lado, como se advirtió en su oportunidad los TLC a comparación de los TBI resultan ser más sofisticados, conforme al cuadro siguiente:

**Tabla 3: Cuadro comparativo de la cláusula que contiene el estándar del trato justo y equitativo en los Tratados de Libre Comercio**

N°	TLC	CONTENIDO
1	TLC Perú - EEUU	<p><b>Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</li> <li>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:               <ol style="list-style-type: none"> <li>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</li> <li>b. “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario</li> </ol> </li> <li>3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.</li> </ol>
2	TPP – Asean Pacífico <sup>7</sup>	<p><b>Artículo 9.6: Nivel Mínimo de Trato</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas.</li> <li>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo”, y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional a, o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de otorgar:               <ol style="list-style-type: none"> <li>(a) <b>“trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos</b></li> </ol> </li> </ol>

<sup>7</sup> Para el cuadro de TLC se considerará al TPP debido a su impacto que ha generado en la actualidad y además porque resulta ser una gran fuente de ayuda para el desarrollo de esta investigación.

		<p>penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y</p> <p>(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p> <p>4. Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte adopte u omita adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.</p> <p>5. Para mayor certeza, el simple hecho de que no se otorgue, renueve o mantenga un subsidio o donación, o que estos hayan sido modificados o reducidos por una Parte, no constituye una violación a este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.</p>
3	TLCAN - NAFTA	<p><b>Artículo 1105: Nivel mínimo de trato</b></p> <p>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.</p> <p>2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.</p> <p>3. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b).</p>
4	TLC Perú - Canadá	<p><b>Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato:</b></p> <p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” contenidos en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional independiente, no significa que se haya violado este Artículo.</p>
5	TLC Perú - China	<p><b>Artículo 11.4: Nivel Mínimo de Trato (*)</b></p> <p>1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así</p>

		<p>como protección y seguridad plenas.</p> <p>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:</p> <p>(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</p> <p>(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p> <p>(*) Para mayor certeza, el artículo 11.4 se interpretará de conformidad con el Anexo 11–A.</p> <p><b>Anexo 11 – A: Derecho Internacional Consuetudinario</b></p> <p>Las Partes confirman su común entendimiento de que el “derecho internacional consuetudinario” referido en el artículo 11.4, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. El nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen a los derechos e intereses económicos de los extranjeros.</p>
6	TLC Perú – Costa Rica	<p><b>Artículo 12.4: Nivel Mínimo de Trato (*)</b></p> <p>1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</p> <p>2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:</p> <p>(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y</p> <p>(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional</p>

		<p>consuetudinario.</p> <p>3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p> <p>(*) Para mayor certeza, el Artículo 12.4 será interpretado de conformidad con el Anexo 12.4.</p> <p><b>Anexo 12.4: Derecho Internacional Consuetudinario</b></p> <p>Las Partes confirman su común entendimiento que el derecho internacional consuetudinario, de manera general y tal como está específicamente referido en el Artículo 12.4, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 12.4, el nivel mínimo de trato otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros.</p>
--	--	---

Fuente: Rodríguez Ariza.

Es notorio que en los TLC la cláusula toma una connotación diferente a la de los TBI, porque se vuelve más especializada. La primera particularidad observada en los Tratados es que incluyen al trato justo y equitativo en una cláusula denominada nivel mínimo de trato, cuando son conceptos diferentes.

El trato justo y equitativo como se ha mencionado es una cláusula general compuesta por elementos y esta se interpretará de acuerdo a cada caso en concreto, mientras que el nivel mínimo de trato es un concepto que establece un umbral elevado de valoración de conducta.

Andrea Saldarriaga, indica que hay una dinámica entre el trato justo y equitativo y el Nivel Mínimo de Trato, siendo un ejemplo claro el caso *Neer c. México* (1926):

“(…) para que el tratamiento de un extranjero sea considerado como un delito internacional, este debe llegar a constituir desde una atrocidad, hasta mala fe, un descuido doloso del deber o una insuficiencia de la acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que cualquier persona razonable e imparcial reconocería de manera inmediata la insuficiencia. Que esta insuficiencia provenga de la ejecución deficiente de una ley inteligente o del hecho de que la legislación del país no faculta a las autoridades

para dar la talla a los estándares internacionales carece de relevancia”. (Saldarriaga, Cláusula de Trato Justo y Equitativo, 2012)

Es decir, el primer atisbo del nivel mínimo de trato se presentará de una manera extrema, estableciendo un margen bastante elevado para que se configure una violación de trato justo y equitativo, posteriormente, como indica Andrea Saldarriaga se presentara en el caso *Waste c. México* (2004), el cual establece: “El estándar de trato justo y equitativo es en cierta manera flexible y debe adaptarse a las circunstancias de cada caso. Conducta arbitraria, groseramente injusta, o idiosincrática, discriminatoria, que involucra perjuicios seccionales o raciales o la ausencia del debido proceso”. (Saldarriaga, Cláusula de Trato Justo y Equitativo, 2012)

El umbral sigue elevado, aunque ya no es tan impactante, pero se sigue equiparando a una violación grosera y discriminatoria.

Es por ello, que no se puede decir que el nivel mínimo de trato es lo mismo al trato justo y equitativo, aunque se advierte que los Tribunales aún siguen confundiendo a las instituciones, basándose en el hecho que el nivel mínimo de trato está limitado por la práctica actual de los Estados.

La segunda particularidad que podemos observar en los TLC es que todos se remiten al Derecho Consuetudinario para regir la interpretación del trato justo y equitativo y en algunos casos, los propios Tratados de Libre Comercio lo definen como “(...) práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal” (República del Perú y República de Costa Rica, 2013), resulta interesante porque optan por una visión basada en el Derecho Consuetudinario, sin embargo hay un riesgo porque no se puede hablar de una equivalencia de prácticas o normas porque cada Estado tiene “(...) diversos sistemas administrativos legislativos y judiciales y que los Estados miembros con diversos niveles de desarrollo pueden no lograr los mismos estándares al mismo tiempo”. (Saldarriaga, Cláusula de Trato Justo y Equitativo, 2012)

Es decir, no se puede considerar regirse por el Derecho Consuetudinario porque las prácticas y realidades en los Estados desarrollados y los Estados en desarrollo son diferentes, más aún cuando en una demanda

por violación del trato justo y equitativo quien tiene que demostrar y alegar dicha violación es el demandante, por lo que sí es un Estados desarrollado tratara de equiparar el Derecho Consuetudinario a sus prácticas.

#### b.3.1.4. Elementos

Se ha descrito anteriormente, al trato justo y equitativo como un estándar de contenido amplio, cuya interpretación se realiza de acuerdo a cada caso en concreto, sin embargo, en diversos laudos arbitrales los Tribunales CIADI han desarrollado diferentes elementos que componen al trato justo y equitativo.

La opción del Tribunal de componer al trato justo y equitativo de elementos para dotarlo de contenido es así que ante la violación de alguno de estos elementos se podrá configurar el trato injusto e inequitativo.

Asimismo, en la jurisprudencia se ha identificado un elemento del trato justo y equitativo, que como se analizara, se ha convertido en el factor predominante de su interpretación para algunos Tribunales Arbitrales, siendo capaz de desplazar o sustituir en su interpretación al trato justo y equitativo.

Dentro de los elementos<sup>8</sup> identificados que conforman a la cláusula de trato justo y equitativo, encontramos a los siguientes:

- i) **Transparencia:** es cuando el Estado debe comportarse transparentemente en cuanto a su regulación jurídica, en el laudo de *Metalclad Corporation v. Estados Unidos* se indica que “(...) todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte” (*Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, 2010), en el mismo sentido, el profesor González resalta lo prescrito en el laudo entre *LG&E Energy v. Argentina*, “el estándar justo y equitativo consiste en

---

<sup>8</sup> Se consideran elementos del trato justo y equitativo los que conforman y constituyen el estándar de trato justo y equitativo, los que se ha podido identificar de la jurisprudencia y la doctrina, porque no se señala expresamente, para acercarme doctrinariamente a la cláusula de trato justo y equitativo.

conducta consistente y transparente del Estado anfitrión, libre de ambigüedades sobre la obligación de otorgar y mantener un marco legal estable y predecible, para cumplir las expectativas justificadas del inversor extranjero” (González de Cossio, 2009), es decir, predominara la comunicación en materia de regulación jurídica con la sociedad y el inversor en especial.

- ii) Denegación de Justicia: este elemento no se debe entender como una forma en la que no se permita acceder a la justicia interna al demandante, sino se configurará cuando se hayan agotado todas las instancias pertinentes y el fallo haya resultado evidentemente escandaloso, como también señala el Profesor Perrone: “(...) la denegación de justicia ocurre cuando existen actos escandalosos, de mala fe, que claramente se incumplen con los deberes que resultan inapropiados para cualquier personal imparcial” (Perrone N. , 2014), sin embargo para darle un mayor contenido se debe de resaltar el criterio identificado por el Profesor Perrone, en el laudo Frank Charles Arif v. Moldava, el cual el Tribunal notó que ese concepto no resultaba aplicable en esa realidad<sup>9</sup> y destaca dos criterios:

“Primero, los tribunales internacionales no son Cortes de Apelación y no deben revisar el fondo de las decisiones adoptados por las Cortes Nacionales. Se trata en cambio de considerar si el proceso judicial fue injusto o escandaloso. Segundo, la denegación de justicia requiere el agotamiento de todas las instancias judiciales domésticas. Solo cuando existe una decisión final e inapelable puede existir denegación de justicia.” (Perrone N. , 2014)

Es decir, se deben de cumplir esos dos criterios para recién invocar la denegación de justicia que se encuentra contenida en la cláusula de trato justo y equitativo.

- iii) Falta de debido proceso: este elemento es fundamental para la salud del inversionista y de la inversión, porque como lo refiere el Profesor González, al citar el caso Saluka v. Republica Checa, “(...) el Estado anfitrión nunca debe ignorar los principios de rectitud procesal y debido proceso y debe garantizar al inversor la libertad de coerción o acoso por sus propias autoridades regulatorias” (González de Cossio,

---

<sup>9</sup> Considero realidad y no actualidad, porque más adelante, indicare que cada elemento debe ser entendido de acuerdo a cada realidad de los países que celebran un Tratado.

2009), es decir, el Estado receptor de la inversión debe tener cuidado de que sus organismos reguladores<sup>10</sup> o sus instituciones puedan generar algún tipo de violación.

iv) Legítimas expectativas del inversor: Es una institución que no se encuentra definida o regulada en un BITs, pero suele aparecer en la sustentación de abogados que asumen la defensa de Inversiones Internacionales. Según el Doctor Martínez Fraga, esta institución del Derecho Internacional tiene una particularidad en su evolución, la formación de normas en el Derecho Internacional se puede dar por costumbre internacional o por indicación expresa en un Tratado Internacional, sin embargo, las legítimas expectativas del inversor no han pasado por esta formación, porque estas tuvieron su origen en la defensa de los abogados de inversores extranjeros en los Arbitrajes de Inversiones Internacionales.

Invocar las legítimas expectativas del inversor es un fuerte argumento en el que suelen recurrir la defensa de los inversores internacionales, es por ello que los Árbitros se pronuncian al respecto, algunos de manera superficial, pero otros desarrollan esta institución. En el Caso El Paso c. República Argentina la defensa argumenta que “las expectativas legítimas de cualquier inversor que entrase en este mercado debían, por lo tanto, incluir la posibilidad cierta de cambios y modificaciones en los Procedimientos” (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011), es decir no haya un cambio trascendental que afecte a las inversiones en cuanto a su uso o dirección de la inversión, el sentido del argumento calza perfectamente en el concepto de inversionista razonable, como aquel que realiza una inversión en un Estado receptor de inversión y el mismo realiza todas las actividades necesarias para prevenir algunos cambios que se realicen en torno a su inversión.

Las legítimas expectativas del inversor son un elemento constitutivo del estándar de trato justo y equitativo, estas suelen ser tan controversiales como el mismo estándar, porque se origina alegando una violación al trato justo y equitativo, es así que el Profesor

---

<sup>10</sup> Como por ejemplo la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), que regula la actividad tributaria en nuestro país, y ya se ha visto inmiscuida en una controversia de inversiones internacionales en el Perú, específicamente el Caso Señor Tza Yap Shum v. La República del Perú, Caso N° ARB/07/6.

González, al citar el laudo *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, indica que:

“(…) el concepto expectativas legítimas implica, dentro del contexto del marco del TLCAN, una situación en la que la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificadas por parte del inversor (o inversión) para actuar de conformidad con dicha conducta, de tal forma que una falla de la Parte TLCAN en honrar dichas expectativas podría ocasionar que el inversor (o la inversión) sufran daños.” (González de Cossio, 2009)

Es decir, solo la conducta del Estado receptor de inversión puede generar expectativas legítimas al inversor siempre y cuando estas sean razonables y justificadas, asimismo como lo indicara el Profesor Perrone, las expectativas legítimas del inversor:

“(…) crean una obligación para los Estados de mantener un orden jurídico capaz de atraer inversión extranjera (...) y por ello cualquier actividad del Estado antes de la inversión, e incluso su inactividad, puede crear en el inversor ciertas expectativas sobre el tratamiento y la regulación de su negocio” (Perrone N. , 2014)

Esta es una visión un poco desmedida de las legítimas expectativas del inversor, porque si bien el Estado con sus actos puede generar legítimas expectativas del inversor, con su inactividad también las podría ocasionar, asimismo es necesario advertir que el incumplimiento contractual de un Estado, no vulnera las legítimas expectativas del inversor, a menos que haya utilizado su poder público o soberano para materializar ese incumplimiento.

En la configuración de las expectativas legítimas del inversor, se tiene que diferenciar dos aspectos, uno subjetivo y otro objetivo, el aspecto subjetivo, es aquel en que el inversor internacional tiene la creencia que su inversión generara determinados ingresos en un tiempo que ha previsto, en relación a este aspecto no es de considerarse para configurarse una vulneración porque se forma una perspectiva unilateral en la relación Estado - Inversor; el aspecto objetivo, es aquel en que “(…) la expectativa haya sido razonable en el caso

concreto, asumiendo particular relevancia las representaciones<sup>11</sup> realizadas por el Estado receptor para inducir la inversión y el cambio de régimen jurídico producido una vez realizada esa inversión” (Perrone N. , 2012), es decir, la expectativa razonable debe ser demostrable por parte del inversionista.

Asimismo, en el laudo Frank Charles Arif v. Moldava, según el Profesor Perrone:

“El Tribunal reconoció que el trato justo y equitativo requiere tener en cuenta el derecho del Estado receptor de la inversión a regular cuestiones domésticas en favor del interés público. Sin embargo, en opinión de los árbitros este estándar obliga a los Estados a respetar las expectativas legítimas de los inversores extranjeros aun cuando exista un interés público en juego” (Perrone N. , 2012)

Es decir, se impondrá las expectativas legítimas del inversor, en su aspecto objetivo frente al interés público, representado el interés público como el interés de la sociedad.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la violación a la inversión extranjera puede tener orígenes diferentes, pero efectos similares, es donde se genera una interacción entre los estándares, en los cuales pueda prestar a confusión de los estándares. Las legítimas expectativas del inversor y la expropiación indirecta, ambas suelen tener el efecto parecido, es decir la reducción de la inversión o las ganancias de esta, sin embargo, la diferencia residirá en que, para configurarse expropiación indirecta, debe existir una privación sustancial.

En el mismo sentido, la interacción de las legítimas expectativas del inversor puede ser otra, como por ejemplo la planteada por la réplica de la demandante en el caso de El Paso c. República Argentina: “En distintos casos el CIADI ha sostenido que la expropiación indirecta se produce cuando el Estado desconoce compromisos esenciales frustrando así las legítimas expectativas del inversor derivadas de los derechos otorgados en los contratos, en la ley o en los derechos” (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011),

---

<sup>11</sup> Las representaciones realizadas por un Estado receptor de inversión serán por ejemplo aquellos compromisos específicos que se adquiere, ya sea por un contrato o por una declaración.

es decir tendrán una relación de causa y efecto, no como un elemento de la expropiación indirecta, sino como un suceso parte de un hecho o un conjunto de hechos que originara la expropiación indirecta.

- v) No discriminación: Se requiere que el Estado trate de igual manera las inversiones que se encuentran en situaciones similares, siempre y cuando se encuentren en la misma área o sector.

Como se indica la no discriminación es el trato igualitario en la comparación de los inversionistas extranjeros y nacionales, sin embargo, hay que diferenciarlo del trato nacional, porque a simple vista se presta a una doble interpretación. El trato nacional, es el establecimiento de un ordenamiento jurídico tanto para un nacional como para un inversionista, es decir, ambos tendrán igualdad de condiciones frente a la regulación jurídica de un Órgano del Estado; sin embargo, la no discriminación tiene un sentido parecido, pero es diferente, porque este impedirá al Estado actuar de manera irrazonable e inconsciente.

Por otro lado, también hay una discusión entre tratamiento arbitrario o discriminatorio y violación del estándar de trato justo y equitativo.

“Por supuesto cabe enfatizar que existe bastante consenso en el sentido de que un trato arbitrario o discriminatorio necesariamente importa también una violación del estándar de trato justo y equitativo, como en el caso CMS: “El estándar de protección contra la arbitrariedad y la discriminación está vinculado con aquel del trato justo y equitativo. Toda medida que pudiera entrañar arbitrariedad o discriminación en sí misma contraria a un trato justo y equitativo””. (El Paso Energy International Company c. La República Argentina, 2011)

Es decir, el trato discriminatorio o arbitrario, traerá como consecuencia la vulneración del trato justo y equitativo, porque es un elemento del estándar del trato justo y equitativo. Tal vez, algunos especialistas sostienen que en el fondo es lo mismo, sin embargo, como indicamos no es así.

De la revisión de algunos BITs, el trato no discriminatorio no suele estar definido o enmarcado, sin embargo en el Convenio entre el

Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana sobre promoción y protección de Inversiones, define al trato no discriminatorio como “(...) un trato que sea por lo menos tan favorable como el mejor trato nacional o tratamiento de la nación más favorecida” (Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana, 1994), es decir, lo delimita de trato nacional y del tratamiento de nación más favorecida, mas no del trato justo y equitativo porque es uno de sus elementos.

#### **b.4. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)**

El CIADI es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, su origen se debe al Banco Mundial mediante la Convención de Washington por el cual se constituye como dicen algunos en defensa de los inversionistas, sin embargo, esta institución se creó con el fin de resolver eventuales litigios que puedan darse entre Estados e inversionistas extranjeros. (Boeglin, 2012)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, constituido en virtud del Convenio de Washington, tiene el carácter de organización internacional autónoma, gozando de personalidad jurídica internacional, estatus, privilegios e inmunidades propios de las organizaciones internacionales.

“El CIADI en si no realiza las actividades de conciliación y arbitraje, es decir, ni media ni decide las disputas. Tal labor corresponde a los conciliadores o árbitros que sean nombrados para cada caso. Así, el CIADI funciona como una institución arbitral que simplemente administra los procedimientos de resolución de controversias, coadyuvando al desarrollo de los mismos, particularmente en su fase de iniciación, con carácter previo al nombramiento de los conciliadores o árbitros que hayan de mediar o decidir la controversia” (Claros Alegría, 2007)

Es decir, el Tribunal será autónomo en cuanto a sus decisiones arbitrales, sin algún tipo de influencia por parte de los miembros del CIADI porque solo se encargará de la parte administrativa del procedimiento.

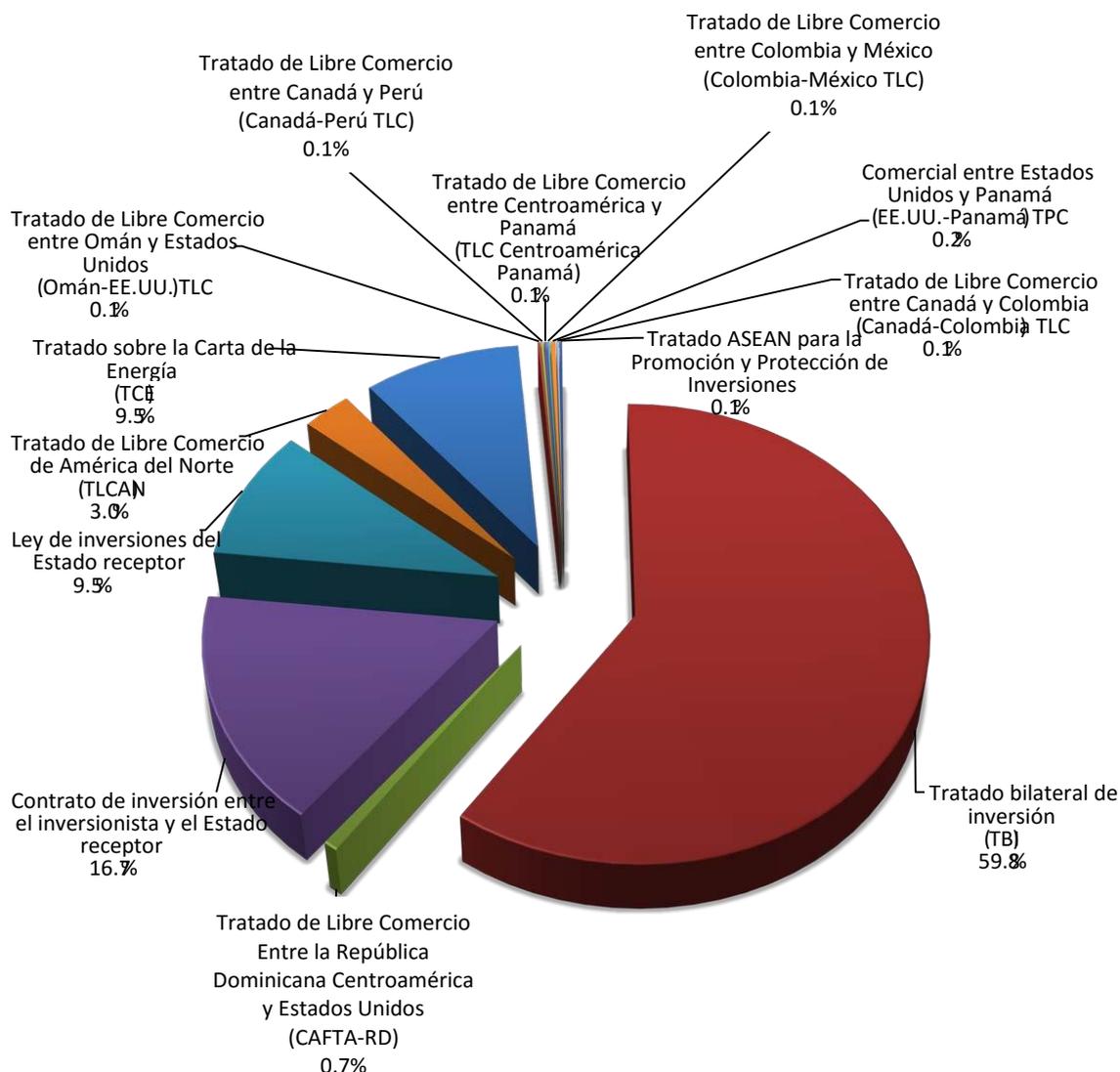
Asimismo, como institución, el CIADI es presentado como una vía alternativa adecuada para la resolución de conflictos internacionales relativos a inversiones por las diversas ventajas que ofrece frente a la jurisdicción ordinaria.

“En materia de transacciones e inversiones de carácter internacional, el arbitraje representa mucho más que una alternativa para la solución de conflictos y se constituye como la única vía que garantiza al inversionista la seguridad de que el proceso se llevara a cabo sin el riesgo de interferencias o influencias que puedan ser ejercidas por cualquiera de las partes”. (Chan Arellano & Chang Tokushima, 2011)

En el arbitraje de inversiones los beneficios son muy variados, partiendo del hecho que existe neutralidad, flexibilidad y que en un determinado plazo los árbitros expiden un laudo arbitral, además en el arbitraje no se podría hablar de corrupción para los árbitros, porque ellos son profesionales de integridad reconocida.

Para acudir al CIADI se puede realizar por diferentes instrumentos, por ejemplo, un TBI, TLC, Contrato de Inversión entre el inversionista y el Estado receptor de inversión o alguna ley de inversiones del Estado receptor de inversión. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones en su informe de Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2017-1) (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, 2017), presenta un gráfico en el que compara la base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos CIADI registrados.

**Gráfico 1: Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo complementario.**

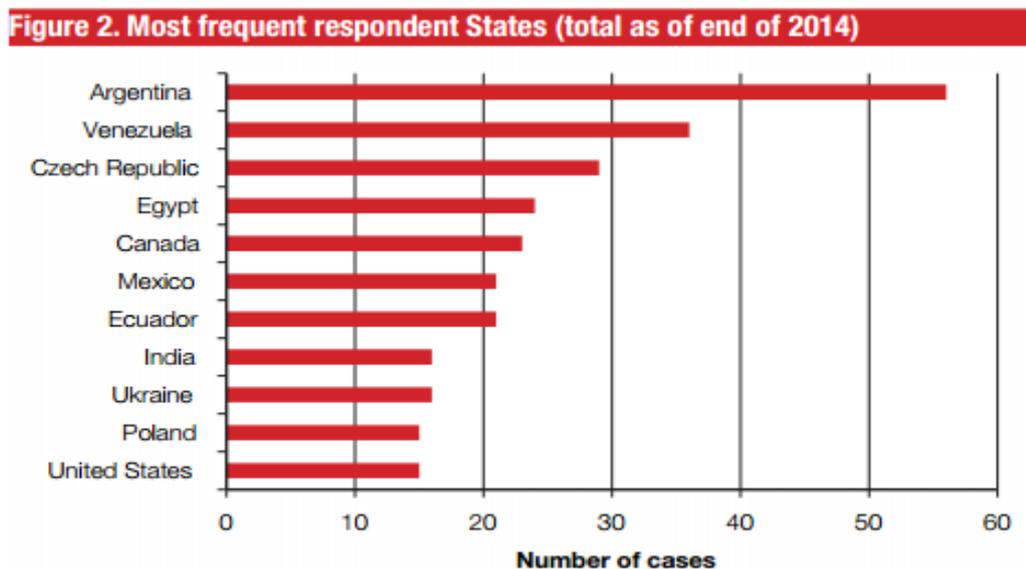


Fuente: Centro Internacional de Arreglo de diferencias (CIADI).

Siendo los TBI el instrumento más común mediante el cual se recurre al CIADI, y ocupando el segundo lugar los Contrato de Inversión entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión.

Asimismo, es importante mencionar cuales son los Estados que más frecuentemente suelen ser demandados en arbitrajes internacionales relativos a inversiones, el Doctor José Ignacio García Cueto (García Cueto, 2016), presenta el siguiente cuadro:

**Gráfico 2: Estados frecuentemente demandados en arbitrajes internacionales relativos a inversiones.**



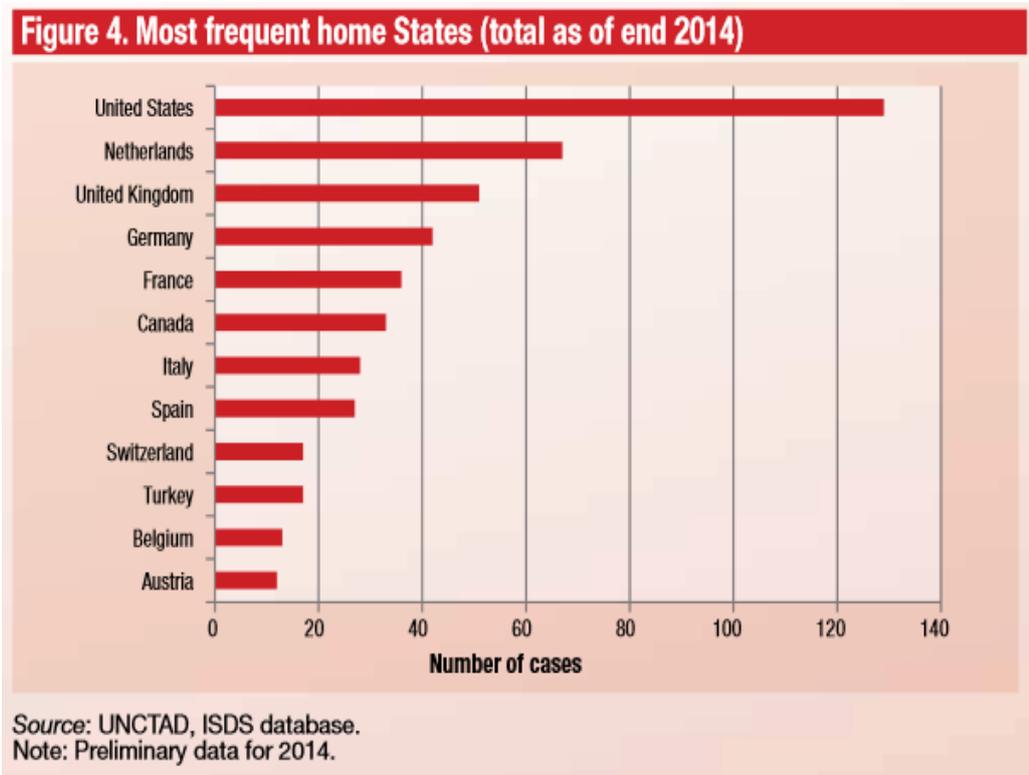
Source: UNCTAD, ISDS database

Fuente: José Ignacio García Cueto.

Es decir, Los Estados más frecuentemente demandados a fines del 2014, resultan ser países latinoamericanos, volviéndose preocupante porque la región se vuelve poco atractiva para la inversión.

Si bien es importante resaltar los Estados mayormente demandados, es también importante saber de qué países son los inversores que mayormente demandan ante el CIADI.

**Gráfico 3: Inversores que mayormente demandan arbitrajes internacionales relativos a sus inversiones**

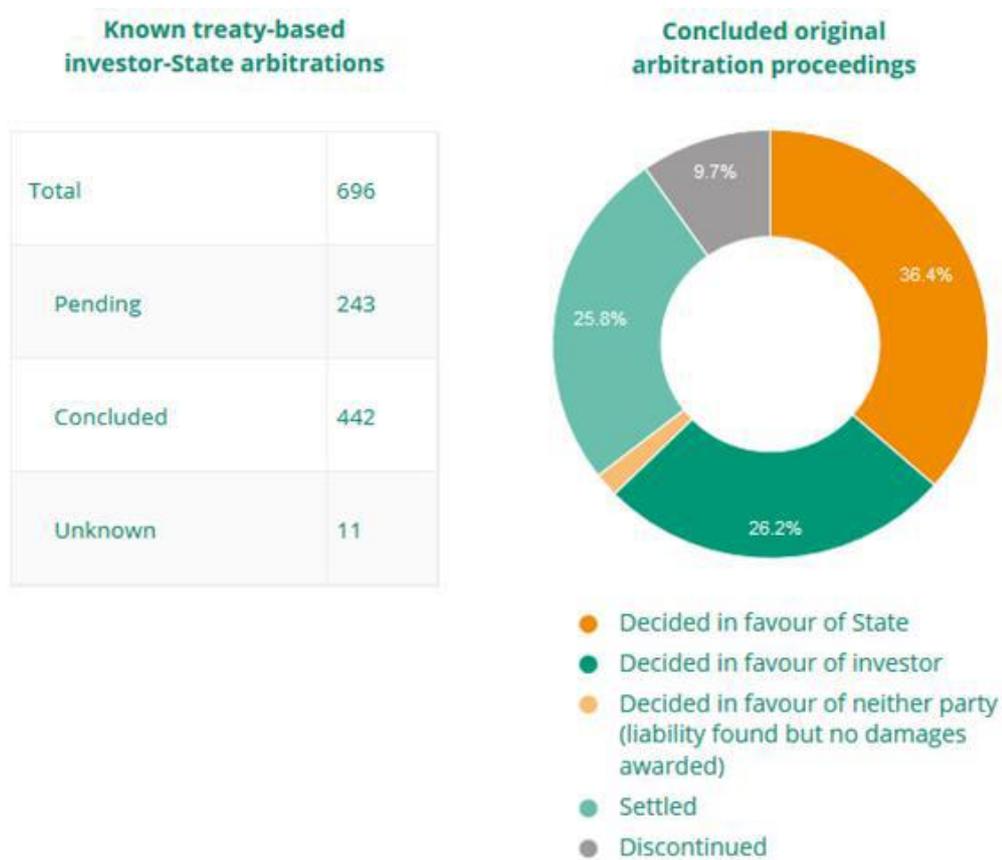


Fuente: José Ignacio García Cueto.

Es curioso visualizar que los inversores que con mayor frecuencia demandan a un Estado receptor de Inversión son países consolidados económicamente, como son las potencias.

Tal vez una conclusión rápida podría ser que el arbitraje internacional es un mecanismo ideado para proteger abusivamente al inversor frente a un Estado, sin embargo, no es el caso, porque como se visualiza en el siguiente cuadro del Doctor García Cueto (García Cueto, 2016) la mayoría de veces ha ganado el Estado frente a un inversionista.

**Gráfico 4: Número de arbitrajes internacionales Inversor – Estado, según su fase procedimental y comparación porcentual de decisiones de los Tribunales Arbitrales**



Fuente: José Ignacio García Cueto

Es decir, hay un 36.4% de decisiones de los Tribunales Arbitrales que concluyen a favor del Estado, 26.2% que concluyen a favor del inversionista, 1.9% de decisiones a favor de ninguna de las partes, 25.8% casos que han llegado a un acuerdo y 9.7% casos que no se han continuado.

#### b.4.1. Tribunal CIADI

##### b.4.1.1. Requisitos

En el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, no se menciona literalmente los requisitos que debe de tener el Tribunal Arbitral, sin embargo se puede tomar como requisito que el tribunal deba estar conformado por un número impar de árbitros, que los árbitros no deben tener la nacionalidad de alguna de las partes, salvo cuando el árbitro único o los miembros del

Tribunal arbitral sean designados de común acuerdo por las partes, lo que nos llevaría lógicamente a la conformación del Tribunal arbitral.

#### b.4.1.2. Conformación

A diferencia de algunos tipos de arbitraje nacional o internacional, en el arbitraje bajo las reglas CIADI, serán las partes las que acuerden la elección de los árbitros, es por eso que al momento de notificar a las partes el acto de registro de la solicitud de arbitraje, el secretario general del CIADI invitara a las partes a que procedan a constituir el Tribunal arbitral, así como lo menciona Cantuarias Salaverry:

“Las partes pueden designar como árbitros a personas incluidas o no en el panel de árbitros que mantiene el CIADI, se puede acordar libremente el número de árbitros, y la forma de designación, y solo a falta de acuerdo, los árbitros serán tres, uno designado por cada parte y el tercero que actuara como presidente nombrado de común acuerdo. Si por cualquier motivo el tribunal arbitral no llega a constituirse de la manera acordada por las partes (...) el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI procederá a designar a los árbitros faltantes cuidando que no sean de nacionalidad de alguna de las partes y que además pertenezcan al Panel de los Árbitros del CIADI” (Cantuarias Salaverry, 2007)

Cuando se constituye el Tribunal Arbitral, se puede presentar alguna recusación contra cualquiera de sus miembros, si es que se considera que algún miembro del Tribunal carece de alguna cualidad expresa literalmente en el Artículo 14 apartado I del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que prescribe:

#### “Artículo 14

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006)

Es en consideración un punto importante para elección de árbitros, porque de esta manera establece criterios sustanciales como consideración moral, en lo que respecta de su actuación ética profesional, así como competencia en el campo del Derecho porque sabrá interpretar muy particularmente las instituciones que se presenten en cada caso a analizar, además también se puede mencionar que en cuanto a los laudos arbitrales se puede notar la parte académica debido a una gran calidad de profesores que suelen ser árbitros, siendo estos en su gran mayoría de países europeos como lo indica la estadística del año 2015 publicada por el Banco Mundial.

#### b.4.1.3. Funciones

Las funciones del Tribunal Arbitral conformado por las reglas CIADI, se encuentran estipuladas junto a sus facultades en la Sección 3 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que indica:

“Artículo 42:

- (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará 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.
- (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.
- (3) 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.” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, 2017)

Conforme al artículo precedente, se deduce que el Tribunal fija sus funciones de acuerdo a la forma de decisión que le concierne, sin embargo, es de notarse en todo el Convenio que no se indica bajo qué criterios o principios deberá realizarse su interpretación, siendo justificado de alguna manera porque los cuerpos normativos de regulación de un arbitraje más se concentran en cuanto a normas del procedimiento y no en cuanto a su interpretación.

#### b.4.1.4. Jurisdicción

Los Árbitros en los arbitrajes que resuelven controversias internacionales que versan sobre inversiones se avocan al conocimiento de la causa si pasan una serie de filtros, en especial a nivel de arbitrajes CIADI.

Para acceder a un arbitraje CIADI, debe pasar por la calificación y aprobación de la Secretaria general y por el Tribunal, la Secretaria puede denegar la solicitud de arbitraje de acuerdo al artículo 36 que indica: “(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006), es decir evaluará si la controversia se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión y que el Estado contratante sea parte del Centro al igual que el inversionista.

El Tribunal discernirá también si es competente y tiene jurisdicción para conocer la controversia, conforme al artículo 41: “(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006), este filtro es el más delicado de todos porque el Tribunal es riguroso para aceptar controversias.

Un ejemplo claro es el caso de *Luchetti v. La República del Perú* en el que la empresa demanda a la República del Perú, porque supuestamente se había violado el TBI entre Perú y Chile al haberse cancelado la licencia de funcionamiento puesto que la empresa no había cumplido con normas ambientales, por lo que el Tribunal decide declararse incompetente por la fecha de entrada en vigencia del TBI en relación a los hechos demandados. (*Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. La República del Perú*, 2005)

Otro ejemplo del Tribunal es por actos de corrupción, es decir si el inversor extranjero y un Estado receptor de inversión recurren a un arbitraje CIADI, pasando el filtro de la Secretaria General e incluso la del Tribunal en un primer momento, y en el transcurso del procedimiento se advierte que la inversión no fue legal, estando esta inmiscuida en actos de corrupción, entonces el Tribunal se declarara incompetente para seguir conociendo la controversia por no estar acorde al Derecho.

Asimismo, si bien hay filtros que realiza el Secretario General y el Tribunal, también hay requisitos jurisdiccionales estipulados en el Convenio CIADI, mediante su artículo 25, el mismo que señala:

“Artículo 25

- (1) 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 (...). (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006)

De lo que se infiere 5 requisitos jurisdiccionales, de los que se consideran dos de vital importancia, *ratione materiae* y *ratione personae*, porque en base a ellos se plantearán excepciones por parte de los abogados.

- i) Existencia de una disputa legal: siendo lógica la controversia que se deba de generar producto de una vulneración de algún derecho que se encuentre amparado en un Tratado sobre inversiones.
- ii) Surja de una inversión (*ratione materiae*): es decir, el objeto de la controversia sea una inversión extranjera bajo los términos del TBI y del Convenio CIADI, sin embargo, no hay definición de inversión en el Convenio del CIADI y se encuentra determinada parcialmente en los TBI. El doctor Rafael Llano indica que: “hay autores que afirman que la omisión es intencional”, porque, si existe una definición amplia, resulta inútil, y si hay una definición

limitada, resulta potencialmente injusta (LLano & Miró Quesada, 2016). Asimismo, para determinar una inversión los TBI solo establecen una lista de figuras jurídicas que calzan en inversión, pero al final lo establecen de manera abierta, como por ejemplo en el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre promoción y protección de inversiones:

“(a)“Inversión” designa todo tipo de activo definido de acuerdo con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión, y en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

- (i) La propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos de propiedad, tales como hipotecas, gravámenes o derechos de prenda;
- (ii) Acciones, activos u obligaciones y otras formas de participación en compañías o sociedades de riesgo compartido;
- (iii) Derechos a fondos empleados para crear un valor financiero o a cualquier prestación bajo contrato que tenga un valor financiero;
- (iv) Derechos de propiedad intelectual e industrial, tales como derechos de autor, patentes, modelos de utilidad, modelos y diseños industriales, marcas, nombres comerciales, derechos de llave y procedimientos y conocimientos tecnológicos;
- (v) Las concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato para el ejercicio de una actividad económica, incluyendo las concesiones de prospección, exploración y explotación de recursos naturales;

Cualquier cambio en la forma en que los activos estén invertidos no afecta su condición de tales. El término “Inversión” incluye todas las inversiones realizadas tanto antes como después de la entrada en vigencia del presente Convenio. (...)” (Gobierno de la República de Perú y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 1994)

El TBI no establece lo que es verdaderamente una inversión, si bien establece una lista general de derechos que se debe interpretar por inversión, pero no es suficiente para definirla.

Es por ello, que los Tribunales en aspecto ha logrado desarrollar diferentes test para establecer lo que se debe entender por inversión.

- Test Salini: este test se desarrolló en el caso Salini v. Marruecos<sup>12</sup>, en el cual el Tribunal establece 4 criterios para reconocer una inversión: I) Contribución de capital, II) Cierta duración para el cumplimiento del contrato, III) Participación en los riesgos de la transacción, IV) Contribución al desarrollo económico del Estado Receptor de la Inversión, de acuerdo al preámbulo del Convenio CIADI.
- Test Phoenix: este test proviene del caso Phoenix v. República Checa<sup>13</sup> en el cual eleva el umbral de la definición de inversión, porque considera dos criterios adicionales además de los cuatro criterios del test salini, uno de ellos es la legalidad de la inversión, acorde con las normas del Estado receptor de inversión y que sea hecha de buena fe.
- Test Saba Fakes: este test emana del caso Saba Fakes v. Turquía<sup>14</sup>, pero difiere del test Phoenix, porque indica que el

---

<sup>12</sup> El caso de Salini v. Marruecos, es uno de los casos más sonados a nivel de arbitrajes internacionales de inversiones, porque forma un precedente para consolidar un criterio respecto a la definición de inversión. Este caso consiste en que “dos compañías italianas les fue otorgado un contrato para la construcción de una autopista en Marruecos. Después de un mes sin recibir la compensación acordada, las compañías reclamaron el pago por parte del ente estatal encargado. Sus solicitudes fueron rechazadas y no obtuvieron respuesta del Ministerio de Infraestructura” (LLano & Miró Quesada, 2016) por lo cual Salini procedió a demandar a Marruecos bajo el TBI celebrado entre el Gobierno Italiano y el Gobierno de Marruecos, sin embargo, Marruecos argumenta que el Tribunal no tenía jurisdicción para tener la causa porque los contratos no eran inversiones

<sup>13</sup> El caso Phoenix v. La República Checa, consiste en que “el demandante es una compañía israelí que inicia el arbitraje en base al BIT República Checa – Israel. El demandante compró dos compañías originales de República Checa que estaban siendo auditadas e inspeccionadas como consecuencia de una investigación penal. La República Checa argumentó que el demandante era una entidad israelí ficticia creada por un nacional de la República Checa con la intención de amparar a las compañías adquiridas bajo el BIT República Checa – Israel. Además, la demandada argumentó que la compra de las compañías no cumplía con los requisitos para ser considerada una inversión protegida bajo el BIT”. (LLano & Miró Quesada, 2016) Posteriormente el Tribunal concluye que el tribunal no tenía jurisdicción porque hubo treaty shopping en relación a la inversión del demandante y que la compra de compañías en República Checa no constituyen inversión.

<sup>14</sup> El caso Saba Fakes v. Turquía, se desarrolla entorno a la familia Uzan, “una familia prominente en Turquía que tenía, entre otras, una inversión importante en Telsim (compañía de Turquía). En el contexto de una investigación penal en contra de la familia Uzan, las acciones de Telsim fueron congeladas por el gobierno de Turquía. El Sr. Fakes (de nacionalidad Holandesa y Jordana) había comprado parte de Telsim y se mantuvo como último beneficiario de la compañía” (LLano & Miró Quesada, 2016), por lo que las acciones del gobierno provocan una demanda por expropiación del Sr. Fakes ante el CIADI bajo los términos del TBI

criterio de legalidad en la inversión no está prescrito en el convenio CIADI y más aún los criterios los reduce solo a tres: I) Contribución de capital, II) Cierta duración y III) Riesgos.

Por la diversidad de los test, se puede considerar que no hay un estándar único, pero si hay un cauce por el cual se intentara definir a la inversión extranjera; por otro lado, se tiene que estar alerta con la legalidad de la inversión, sugiriendo muchos doctrinarios establecer este criterio en un extremo del TBI.

iii) Partes de la controversia (*ratione personae*): este requisito refiere que para que el Tribunal tenga jurisdicción debe ser una parte un Estado contratante y la otra un nacional de otro Estado contratante, siendo importante temporalmente tanto en la fecha del consentimiento a arbitrar y en la fecha de solicitud de arbitraje. Asimismo, en este criterio es importante señalar que la nacionalidad de la persona natural será determinada por las leyes del Estado que se alega nacionalidad, por lo que algunos TBI consideran determinar que se entiende por nacionalidad y más aún cuando se alega doble nacionalidad porque está prohibida la jurisdicción. Para las personas jurídicas determinar su nacionalidad depende de dos criterios predominantes, el lugar de constitución o la incorporación y la nacionalidad de la persona que controla la persona jurídica, sin embargo, dependerá de los TBI reducir o ampliar estos criterios. (LLano & Miró Quesada, 2016)

iv) Consentimiento por escrito de someter la controversia a arbitraje.

#### b.4.2. Laudo Arbitral

Los laudos arbitrales emitidos por Árbitros internacionales que resuelven conflictos relativos a inversiones, no son diferentes a los tipos de arbitraje de los que se conoce.

Los laudos son un gran recurso para empezar a comprender las instituciones del Derecho Internacional de Inversiones, como menciona Carbajal Valenzuela:

---

entre los Países Bajos y Turquía, concluyendo el Tribunal en falta de jurisdicción porque la titularidad legal de la acciones nunca fue perfeccionada.

“Actualmente una importante fuente indirecta del Derecho Internacional de las Inversiones está constituida por los laudos arbitrales internacionales que resuelven conflictos entre inversionistas y Estados receptores de inversión. Esta jurisprudencia arbitral tiene una influencia decisiva sobre los futuros laudos arbitrales, así como sobre los propios procesos de negociación y los textos finales de los nuevos Convenios Internacionales de Inversión”. (Carbajal Valenzuela, 2016)

Es decir, los laudos se vuelven pieza clave para la interpretación de estándares internacionales al ser una fuente indirecta, asimismo, los laudos conllevarán a los Estados a una mejor elaboración de los TBI, siendo este fenómeno palpable en la celebración de los últimos Tratados Internacionales relativos a Inversiones, los cuales tienen una cierta sofisticación en sus cláusulas.

El CIADI mediante el Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, señala algunos aspectos a tener en cuenta para invocar arbitraje bajo las reglas CIADI, dirigirá necesariamente una solicitud escrita al Secretario General, quien remitirá copia de la misma a la otra parte. “Este deberá registrar la petición salvo que, de la información contenida en ella, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. De esta manera, procederá a notificar inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud o su denegación.” (Vasquez, 2006)

También por ejemplo en cuanto al contenido del laudo o a su procedimiento, como lo refiere el artículo 48 del Convenio CIADI:

“Artículo 48

- (1) El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.
- (2) El laudo deberá dictarse por escrito y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.
- (3) El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.
- (4) Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.
- (5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, 2017)

Como en casi todos los Tribunales las decisiones se toman con mayoría de los votos de todos los miembros del Tribunal. Además, en cuanto a pretensiones, el análisis es sistemático e individual porque amerita analizar cada institución para que encuadre en un caso en concreto, finalmente mencionar en cuanto a la publicación del laudo estas son reservadas y públicas, los laudos públicos se pueden visualizar en un portal del Banco Mundial, pero siempre con la venia de las partes, que no suele ser contrario. Por otro lado, en cuanto al procedimiento post del laudo arbitral se menciona:

“Artículo 49

- (1) El Secretario General procederá a la inmediata remisión a cada parte de una copia certificada del laudo. Este se entenderá dictado en la fecha en que tenga lugar dicha remisión.
- (2) A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste. Los plazos establecidos en el apartado (2) del Artículo 51 y apartado (2) del Artículo 52 se computarán desde la fecha en que se dicte la decisión.” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006)

El Tribunal Arbitral no suele obviar puntos materia de disputa, sin embargo, se han presentado casos que ha tenido que aclarar el sentir de una decisión, considero que se hace porque las decisiones de laudos relativos a inversiones, suele ser muy polémico en cuanto colisiona con derechos humanos, así como derechos medio ambientales.

#### b.4.2.1. Forma y Contenido

Para identificar cual es el contenido del laudo arbitral relativo a inversiones, se tiene que revisar de manera imperativa las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje, el cual en su regla 47 prescribe:

“(1) El laudo será escrito y contendrá:

- (a) la identificación precisa de cada parte; Reglas de Arbitraje

- (b) una declaración de que el Tribunal ha sido constituido de conformidad con lo dispuesto en el Convenio, y una descripción del método de su constitución;
  - (c) los nombres de los miembros del Tribunal, y la identificación de la persona que designó a cada uno;
  - (d) los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes;
  - (e) las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones del Tribunal;
  - (f) un resumen del procedimiento;
  - (g) un resumen de los hechos, a juicio del Tribunal;
  - (h) las pretensiones de las partes;
  - (i) la decisión del Tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión; y
  - (j) la decisión del Tribunal sobre las costas procesales.
- (2) El laudo será firmado por los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor, y deberá indicarse la fecha de cada firma.
- (3) Cualquier miembro del Tribunal podrá adjuntar al laudo su opinión individual, sea que disienta o no con la mayoría, o una declaración sobre su disensión.” (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006)

De acuerdo a lo antes señalado, el contenido formal cumplirá con lo indicado líneas arriba, sin embargo, cuando se refiere a contenido sustancial, definitivamente un laudo arbitral referente a inversiones internacionales, deberá de contener principios de derecho internacional de manera indefectible, teniendo en cuenta los derechos humanos y derechos medio ambientales, así podrá contener una interpretación sistemática.

#### b.4.2.2. Reconocimiento y Ejecución del laudo arbitral

Para este punto se debe partir de la premisa que cada Estado que celebra un Tratado Bilateral de Inversión, está reconociendo y aceptando la futura ejecución de un laudo arbitral emitido por el Tribunal Arbitral CIADI, siempre y cuando no recaiga en alguna causal de anulación de laudo, es así que respetando la realidad actual y tradición jurídica internacional de los Estados, se ha celebrado la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras

(en adelante *Convención de Nueva York*) que es una convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales extranjeras, la cual tiene como objetivo el establecimiento de reglas transnacionales que favorezcan la libre circulación de sentencias o laudos arbitrales y el establecimiento de otras medidas que puedan ampliar la eficacia del arbitraje. Esta vocación de la Convención de Nueva York se manifiesta particularmente en la obligación que los Estados parte, tienen de reconocer y ejecutar el laudo arbitral.

Como lo establece el artículo 53, del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados:

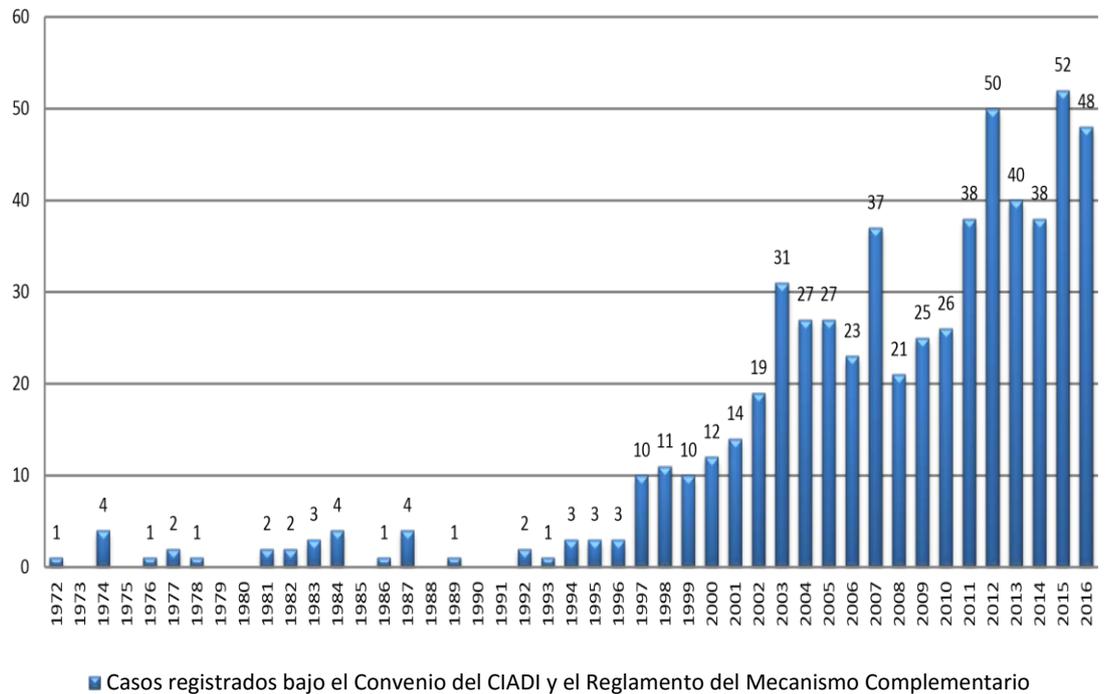
“(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio”. (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 2006)

Es decir, el laudo arbitral será obligatorio para las partes. En la actualidad los Estados cumplen sus obligaciones de indemnización de daños y perjuicios, ocasionando en ciertos casos perjuicios por las altísimas indemnizaciones lo que está generando a veces el disgusto de algunos Estados, propiciando desvincularse del pago, como lo hizo en algún tiempo Argentina.

#### b.4.3. Casos de conflictos relativos a inversiones en Latinoamérica

Antes de abordar Latinoamérica, visualizar la comparación en años de los casos presentados ante el CIADI, según el informe de la Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2017-1) (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, 2017), publicado por el Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones, el número de casos registrados por el CIADI es el siguiente:

**Gráfico 5: Número total de casos CIADI registrados por año calendario**

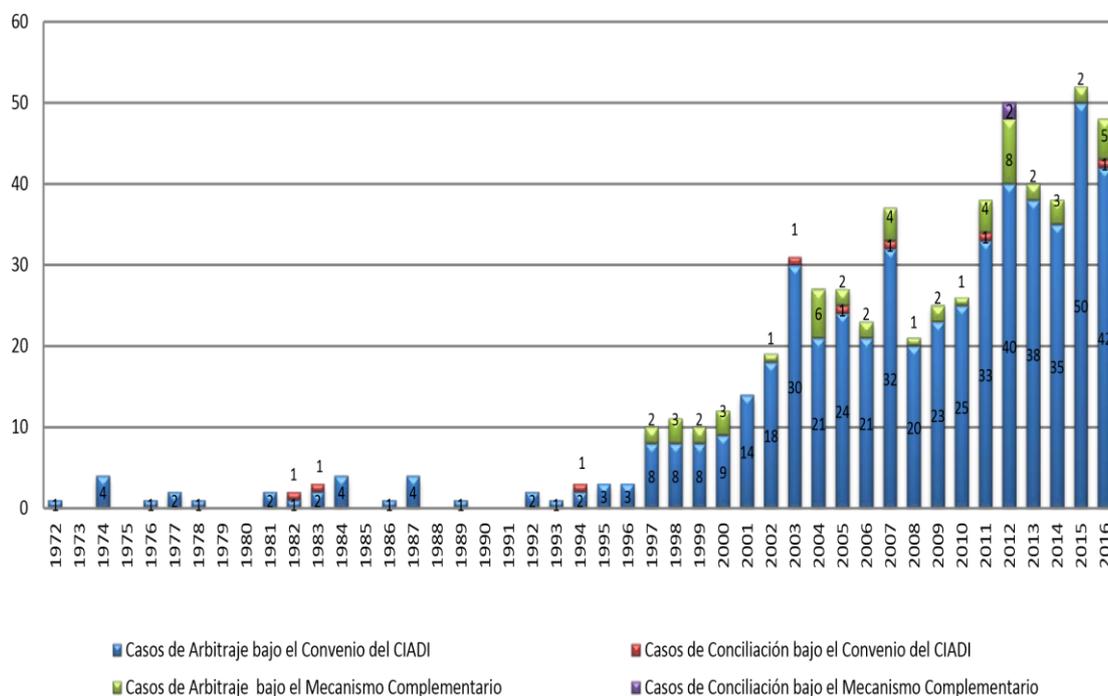


Fuente: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

Según el Informe del CIADI al 31 de diciembre de 2016, el Centro ha registrado 597 casos bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario, pero es de apreciar que en el 2016 se ha registrado 48 casos a nivel mundial, y desde 1972 ya se han registrado 597 casos en el mundo, los cuales tienen una tendencia al incremento, en especial entre los años de 1972 y 2014 que hubo una tendencia a incrementarse los casos hasta el 2012, para luego reducirse y luego aumentar nuevamente, aunque se aprecia en el año 2015 inversores iniciaron 52 casos públicos de resolución de disputas bajo acuerdos de inversión, el número más alto registrado en un año hasta el momento.

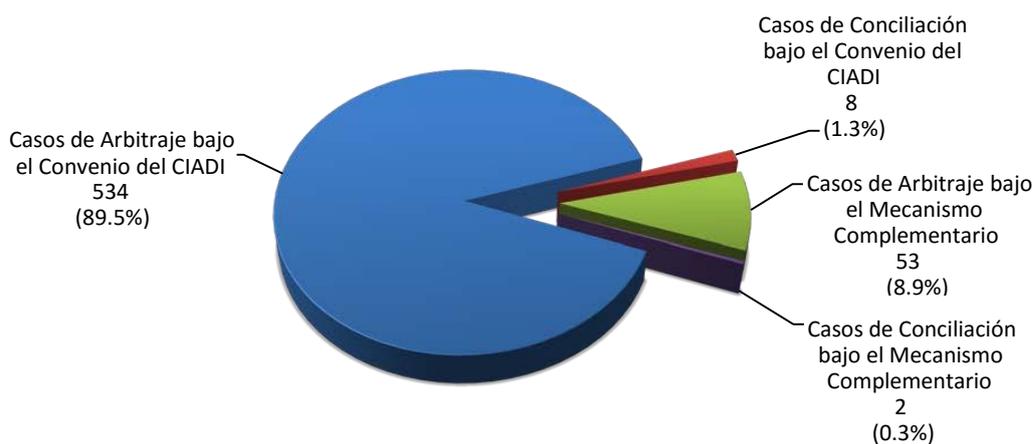
Además, el informe del CIADI nos muestra también cual fue el número de arbitrajes a comparación de los casos que se sometieron a conciliación, arbitraje mediante el mecanismo complementario o conciliación bajo el mecanismo complementario, en los siguientes gráficos.

**Gráfico 6: Número de casos registrados por año calendario bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.**



Fuente: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

**Gráfico 7: Tipos de casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario.**



Fuente: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

Desde 1972 hasta 2016 suman un total 534 los arbitrajes, siendo un total de 89.5%, mientras que los casos de conciliación bajo el convenio del CIADI son 8,

siendo un total de 1.3%, los casos de arbitraje bajo el mecanismo complementario suman 53, siendo un total de 8.9% y los casos de conciliación bajo el mecanismo complementario suman 2, siendo un total de 0.3%.

Por otro lado, en el Perú según el portal del Ministerio de Economía y Finanzas (Finanzas, 2016), el Estado Peruano registra a la actualidad 12 arbitrajes concluidos y 4 en trámite, conforme al detalle siguiente:

**Tabla 4: Casos en trámite y concluidos de la República del Perú referente a inversiones internacionales – Año 2016**

<b>CASOS EN TRÁMITE</b>
- DP World Callao S.R.L., P&O Dover (Holding) Limited y The Peninsular and Oriental Steam Navigation Company c. República del Perú.
- The Renco Group, Inc. C. República del Perú.
- Exeteco Internacional Company S.L c. República del Perú.
- Bear Creek Mining Corporation c. República del Perú.
- Gramercy Funds Management LLC, Gramercy Peru Holdings LLC, Gramercy Investmte Advisor LLC, and Gramercy Advirsors LLC v. Republica del Perú.
<b>CASOS CONCLUIDOS</b>
- Pluspetrol Perú Corporation y otros c. Perupetro S.A.
- Anulación de Laudo de Tza Yap Shum c. República del Perú.
- Renée Rose Levy and Grencitel S.A. c. República del Perú.
- Renée Rose Levy de Levi c. República del Perú.
- Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C. c. República del Perú.
- Isolux Corsán Concesiones S.A. c. República del Perú.
- República del Perú c. Caravelí Cotaruse Transmisora de Energía S.A.C.
- Convial Callao S.A. y Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. c. República del Perú.
- Tza Yap Shum c. República del Perú.
- Aguaytia Energy, LLC c. República del Perú.
- Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. C. República del Perú.
- Lucchetti, S.A. and Lucchetti Perú, S.A. c. República del Perú.
- Compagnie Minière Internationale Or S.A. c. República del Perú. (Conforme la Regla de Arbitraje CIADI 43(1), las partes acordaron poner término al procedimiento).

Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas

Debido a la gran cantidad de casos en los que se ve involucrado el Perú, que resulta importante analizar esta institución, aún más cuando países vecinos se ven afectados, en especial Argentina tiene el mayor índice de casos en Latinoamérica, siendo necesario ahondar en la jurisprudencia que tome en cuenta este país de América del Sur.

Es por ello que existen países en Latinoamérica que han puesto en revisión sus Tratados Bilaterales de Inversión, como es el caso de Venezuela, Bolivia y Ecuador; siendo Latinoamérica un cumulo de países que es muy poco garantista en cuanto a sus inversiones, como lo indica Alejandro Rebossio “El 30% de las demandas apunta contra países de Sudamérica” (Rebossio, 2012), siendo el detalle según Rebossio el siguiente:

**Tabla 5: Porcentajes de continentes referentes a conflictos internacionales relativos a inversiones – Año 2012**

PORCENTAJE	LUGAR
7%	Centroamérica
22%	Europa Oriental
	Asia Central
10%	Oriente Medio
	África del Norte
9%	Asia del Sur
	Asia Oriental
5%	Norteamérica
1%	Europa Occidental

Fuente: Alejandro Rebossio.

Siendo Argentina uno de los primeros países en presentar casos al 2012 con 26 casos, seguida por Venezuela con 17 casos, Perú con cinco casos, Ecuador con cuatro, Bolivia con dos casos, Chile con un caso y Uruguay con un caso.

**c) Hipótesis**

La ausencia de un criterio de interpretación uniforme previamente concertado de la cláusula de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión, influye negativamente en los laudos arbitrales emitidos por los Tribunales CIADI, en casos de países Latinoamericanos durante el periodo 2010-2014, porque las expectativas legítimas del inversor desplazan a la cláusula de trato justo y equitativo.

## **CAPÍTULO 3. METODOLOGÍA**

### **1.1 Operacionalización de variables**

**Tabla 6**

	Variable	Definición Operacional	Dimensión	Sub Dimensión	Ítem
<b>VARIABLE UNO:</b> La ausencia de un criterio de interpretación uniforme previamente concertado de las cláusulas de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión	Criterio de interpretación uniforme previamente concertado	Un criterio de interpretación uniforme previamente concertado es una interpretación aceptada por los Estados para fijar el sentido de la cláusula de trato justo y equitativo	Interpretación	Tipos	¿Cuáles son los tipos de criterios de interpretación que se suelen utilizar en los laudos arbitrales relativos a inversiones?
				Reglas	¿Es necesario fijar parámetros para delimitar criterios de interpretación de Tratados Bilaterales de Inversión?
				Finalidad	¿Se puede delimitar un criterio de interpretación en los laudos arbitrales sobre inversiones?
	¿Cuál es la finalidad de establecer criterios de interpretación en los laudos arbitrales sobre inversiones?				
	Cláusula de trato justo y equitativo	La cláusula de trato justo y equitativo es una cláusula comprendida en un Tratado Bilateral de Inversión, la cual se encuentra compuesta por elementos que fijarán un determinado trato a los inversionistas extranjeros	Trato justo y equitativo	Desarrollo histórico	¿Cuáles son las particularidades que ha tenido en el tiempo?
				Estándar	¿El trato justo y equitativo es un principio, estándar o regla?
				Elementos	¿Cuáles son los elementos que conforman el trato justo y equitativo?
	Tratado Bilateral de Inversión	Tratado Bilateral de Inversión es un tratado internacional celebrado entre dos Estados, que promueve y protege la inversión extranjera.	Tratado Bilateral de Inversión	Partes	¿Quiénes conforman las partes de un Tratado Bilateral de Inversión?
				Objeto	¿Cuál es el objeto del Tratado Bilateral de Inversión?
				Reglas mínimas	¿Cómo se fijan las reglas mínimas en un Tratado Bilateral de Inversión?
				Resolución de conflictos	¿Cómo se aplica la resolución de conflictos en los Tratados Bilaterales de Inversión?
			Inversión Extranjera	Desarrollo histórico	¿Cómo se relaciona históricamente las inversiones internacionales con la cláusula de trato justo y equitativo?

				Tipos	¿Cuáles son los tipos de inversiones internacionales?
				Riesgos	¿Cuáles son los riesgos para una inversión internacional?
			Estados	Subjetividad Internacional	¿La subjetividad internacional es diferente en el Derecho Internacional de Inversiones?
				Responsabilidad Internacional	¿Cómo se configura la responsabilidad internacional de un Estado en el Derecho Internacional de Inversiones?
			Inversionista Extranjero	Clases	¿Cuáles son las clases de un inversionista extranjero en los arbitraje CIADI?
<b>VARIABLE DOS:</b> Laudos arbitrales emitidos por un Tribunal del CIADI, en casos de países Latinoamericanos durante el periodo 2010-2014	Laudo Arbitral	Un laudo arbitral es una resolución emitida por un tribunal CIADI que sirve para dirimir un conflicto relativo a inversiones internacionales	Laudo Arbitral	Forma	¿Cuál es la forma de un laudo arbitral?
				Contenido	¿Cuál es el contenido de un laudo arbitral sobre inversiones internacionales?
				Reconocimiento	¿Cómo se otorga reconocimiento a un laudo arbitral emitido por el CIADI?
				Ejecución	¿De qué manera se ejecuta un laudo arbitral del CIADI?
			Tribunal CIADI	Requisitos	¿Cuáles son los requisitos para ser un árbitro en el CIADI?
				Conformación	¿La conformación del Tribunal CIADI de alguna manera influye en la interpretación del trato justo y equitativo?
				Funciones	¿Cuál es la función que cumple el Tribunal CIADI en cuanto a la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo?
				Jurisdicción	¿Cuál es la jurisdicción del Tribunal CIADI, respecto a las inversiones internacionales contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversiones?

## 1.2 Diseño de investigación

El diseño de la presente investigación es de tipo no experimental, puesto que las variables no han sido manipuladas. Dentro de este tipo de diseño de investigación, el presente trabajo es transeccional correlacional – causal porque se ha descrito la influencia de la ausencia de un marco de interpretación previamente concertado de la cláusula de trato justo y equitativo en los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI.

## 1.3 Unidad de estudio

- Laudos arbitrales de países latinoamericanos donde se muestre el desplazamiento del trato justo y equitativo frente a las legítimas expectativas del inversor,
- Criterios de especialistas en arbitraje internacional relativos a inversiones sobre casos que se presentan en los laudos arbitrales del CIADI.

## 1.4 Población

- Laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI desde el mes de Enero del 2010 hasta Diciembre de 2014, donde se desarrolle la cláusula de trato justo y equitativo y se muestre su desplazamiento.
- Especialistas en temas de arbitraje relativo a Inversiones internacionales, reconocidos a nivel nacional o a nivel internacional.

## 1.5 Muestra (muestreo o selección)

La presente muestra es de tipo no probabilística.

**Tabla 7**

<b>POBLACIÓN</b>	<b>MUESTRA</b> (EL CRITERIO DE SELECCIÓN PARA LA MUESTRA DE LAUDOS ARBITRALES, HA SIDO AQUELLOS EN LOS CUALES SE MUESTRE UNA INTERACCIÓN DE LA CLÁUSULA DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DEL INVERSOR)
- Laudos arbitrales emitidos por el CIADI, desde enero de 2010 hasta diciembre de 2014.	- Laudo Convial Callao S.A. y CCI - Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v La República de Perú. - Laudo NationsEnergy INC. Electric MachineryEnterprises INC. y Jaime Jurado v. La República de Panamá. - Laudo El Paso Energy International Company v.

	La República de Argentina.
<b>POBLACIÓN</b>	<b>MUESTRA</b> (EL CRITERIO DE SELECCIÓN PARA LOS ESPECIALISTAS, FUE QUE HAYAN PARTICIPADO EN UN ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SEAN RECONOCIDOS ABOGADOS CONOCEDORES DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES)
- Especialistas en temas de Inversiones Internacionales.	- Los siguientes 6 especialistas: <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Dr. Carlos Soto Coaguila – Especialista en Arbitrajes Nacionales e Internacionales.</li> <li>➤ Dra. Cristina Ferraro Delgado – Especialista en Arbitrajes Nacionales e Internacionales.</li> <li>➤ Dr. Alfredo Bullard González - Especialista en Arbitrajes Nacionales e Internacionales.</li> <li>➤ Dr. Fernando Cantuarias Salaverry – Especialista en Arbitrajes Nacionales e Internacionales.</li> <li>➤ Dr. Pedro Martínez Fraga – Especialista en Arbitrajes Internacionales.</li> <li>➤ Dra. María del Carmen Tovar Gil – Especialista en Arbitrajes Nacionales e Internacionales.</li> </ul>

## 1.6 Técnicas, instrumentos y procedimientos de recolección de datos

**TABLA**

<b>TÉCNICAS</b>	<b>INSTRUMENTOS</b>	<b>PROCEDIMIENTO</b>	<b>MÉTODOS</b>
<b>Análisis Jurisprudencial</b>	<b>Guía de análisis jurisprudencial</b>	Análisis de laudos arbitrales emitidos por los árbitros del CIADI a efectos de determinar la incidencia relacional que tienen las dos variables de la presente investigación.	<b>Análisis</b> <b>Síntesis</b>
<b>Entrevista</b>	<b>Guía de entrevista</b>	Realización de las preguntas contenidas en la guía de entrevista o cuestionario a las personas consignadas en la muestra indicada <i>ut supra</i> , a fin de recabar la información comunicada.	<b>Inductivo</b> <b>Deductivo</b>

## 1.7 Métodos, instrumentos y procedimientos de análisis de datos

### 1.7.1. Para Análisis de Información

Captura, transcripción y orden de información obtenida mediante la búsqueda de doctrina nacional e internacional, lo que permitirá tener una mayor noción del tema y como se presenta éste en el ámbito nacional e internacional.

Lectura de la guía de entrevistas que se realizará tratadistas especializados en derecho de las inversiones internacionales, a fin de analizar las diferentes opiniones respecto en el tema.

De los laudos arbitrales que se planean observar, se extraerán los hechos e incidencias que configuraron la posible controversia, así como analizar los conflictos que se presentan y cómo resuelve el Tribunal Arbitral.

#### **Instrumentos:**

Guía de Entrevista: Para la entrevista se utilizó la técnica de análisis síntesis, con el instrumento procesador de texto MS WORD 2010, el cual servirá para poder conocer cuáles son los criterios de especialistas respecto de la cláusula de trato justo y equitativo.

Guía de análisis jurisprudencial: Se utilizó la técnica de análisis síntesis, en el que se pasará a analizar los fundamentos de los laudos arbitrales que interpretan la cláusula de trato justo y equitativo.

### 1.7.2. Procedimientos

Para el procesamiento de la información se ha utilizado los siguientes métodos:

- El método analítico como método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas y los efectos.
- El método descriptivo, que consiste en evaluar características en un caso particular, para el caso en concreto se usara para desarrollar lo concerniente a los planteamientos de diferentes autores.
- El método deductivo es un método que desciende de lo general a lo particular, de forma que partiendo de enunciados de carácter universal y utilizando instrumentos científicos, se infieren enunciados particulares, el cual se empleara para el estudio del derecho internacional en cuanto a las inversiones.

## CAPÍTULO 4. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### ANÁLISIS DE CASOS

**Tabla N° 08: Laudo arbitral Caso CIADI N° ARB/10/2**

LAUDO ARBITRAL ENTRE CONVIAL CALLAO S.A. Y CCCI – COMPAÑÍA DE CONCESIONES DE INFRAESTRUCTURA S.A. v. REPÚBLICA DEL PERÚ CASO CIADI N° ARB/10/2		
<b>DATOS GENERALES</b>	<b>Reglamento de Arbitraje:</b> Reglamento del CIADI  <b>Árbitros:</b> Sr. Yves Derains (Francia) – Presidente, Dr. Eduardo Zuleta (Colombia) – Arbitro, Profesor Brigitte Stern (Francia) – Arbitro.  <b>Fecha de envío a las partes:</b> 21 de mayo de 2013.  <b>Demandante:</b> Convial Callao S.A. y CCCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A.  <b>Demandado:</b> La Republica del Perú.  <b>Materia:</b> Inversiones Internacionales.	
<b>ARGUMENTOS DE LAS PARTES</b>	<b>Argumentos de la parte demandante</b>	La demandante alega que el inicio del arbitraje es el resultado de la expropiación de su inversión en el Perú, mediante la declaración de caducidad del Contrato de Concesión para el diseño, construcción, administración, explotación y mantenimiento de la Vía expresa del Callao. El contrato surgió a raíz del aumento del tráfico de pasajeros desde y hacia el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, lo que conllevó a la Presidencia del Perú a decretar de necesidad pública nacional la ampliación del eje vial Elmer Faucett – acceso al aeropuerto, siendo que la Municipal Provincial del Callao convocó a concurso internacional de proyectos integrales, publicando las bases del concurso que establecían que el proyecto sería financiado por la empresa concesionaria con

		<p>fondos propios o de terceros, es así que CONSORCIO CCI acepto la oferta para una concesión de 30 años. El 30 de marzo de 2000 la MPC y ConviaI suscribieron un contrato preparatorio donde plasmaron los acuerdos alcanzados hasta la fecha y se obligaron a firmar un contrato definitivo en un plazo de tres meses. De una parte ConviaI se comprometía a construir y financiar íntegramente la obra, y de la otra parte, la MPC garantizaba que se liberaría el Derecho de Vía para permitir el avance de la construcción, lo que a su vez permitiría que ConviaI cobrara directamente a los usuarios de la vía expresa un peaje durante el periodo de la concesión.</p> <p>La liberación del Derecho de Vía tenía importancia en el proyecto, ya que sin los terrenos sería imposible concluir la obra e iniciar el cobro del peaje, ingreso principal para el reembolso de la deuda y pago de dividendos a los inversionistas. La MPC se comprometió a prestar al Concesionario el apoyo que fuere necesario para asegurar la debida protección de la vía expresa y los bienes de la concesión, con el fin de garantizar la prestación ininterrumpida del servicio. Las demandantes alegan que las dificultades para conseguir la liberación del derecho de vía surgieron desde el principio. Posteriormente se dieron 3 adendas y la promesa del a MPC sobre la liberación del derecho de vía, la cual esta busco dar una garantía más amplia a sus demandantes y a sus financistas. Asimismo, indica que después de haber construido un tramo no pudo empezar a cobrar peaje debido a una disputa entre la MPC y una empresa peruana que reivindicaba la propiedad de ciertos terrenos, provocándoles un grave perjuicio ocasionando una reducción de ingresos. También se menciona que hubo un cambio radical en cuanto a política debido que hubo cambio de alcalde de la MPC, siendo que</p>
--	--	---

		<p>esta empezó a realizar solicitudes abusivas con plazos cortos e ignora sus invitaciones para discutir el progreso del proyecto. Se menciona que el 21 de noviembre de 2007 la MPC decidió por oportunismo político, declara la caducidad del contrato basándose en supuestas razones de utilidad pública, siendo la empresa víctima de múltiples acosos</p>
	<p><b>Argumentos de la parte demandada</b></p>	<p>La demandada argumenta que Convial pretende iniciar un arbitraje de inversión sin tener una inversión válida; sostiene que esta empresa no cumple con las normas peruanas para obtener el contrato, además de no haber logrado las dos cosas para las que fue contratada que es obtener financiamiento y llevar adelante un proyecto viable. El proyecto tuvo su origen en la necesidad de mejorar las rutas de acceso del área metropolitana Lima – Callao al aeropuerto Internacional situación que fue declarada de necesidad pública, convocando la MPC a concurso público de proyectos integrales. La propuesta de Convial debía ser veraz técnica, económica y legalmente, sin presentar información falsa o engañosa, de no ser así Convial sería responsable de los daños ocasionados por la falta de ejecución del proyecto o ejecución defectuosa; y tendría como consecuencia que el procedimiento estuviese viciado de nulidad. La demandada no cumple con algunos requisitos en su propuesta. Asimismo el demandado indica que los argumentos de los demandantes sobre las interferencias han sido contradictorios, señalando que el retraso para la firma del contrato se debiera a la inestabilidad política del país, siendo la verdadera razón de dicho retraso para la firma de contrato era la situación financiera que Convial vivía en ese momento, consecuentemente la interpretación hecha por los demandantes es errada por dos razones: a) la MPC solo estaba</p>

	<p>obligada a colaborar con el concesionario en la obtención de las licencias correspondientes; b) el contrato tampoco obligaba a la MPC a cubrir costos resultantes de interferencias, la labor de la MPC era solo de poner a disposición el derecho de vía, es decir entregar los terrenos donde se pudieran ejecutar las obras. Resaltando que la demandante no contaba con la capacidad financiera necesaria ni siquiera al inicio del Proyecto y que fue esta la razón que demoró la firma del contrato. La MPC demostró voluntad de cooperar para sacar adelante el proyecto, prueba de ello es la firma de la primera adenda, señalando que a pesar de todos estos beneficios Conviai tardó dos años para empezar las obras y tres años para empezar las obras y tres años para concluir el primer tramo, siendo que pese a todas las facilidades brindadas los retrasos continuaban. La demandada continuó con sus esfuerzos de ayudar a Conviai y mantener el proyecto sin embargo Conviai solo mostró conducta de falta de recursos, retrasos y negativa para continuar con las obras bajo el pretexto de interferencias.</p>
<p><b>ANÁLISIS DE LA CLAUSULA DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO</b></p>	<p>Las expectativas legítimas de los inversores se encuentran protegidas bajo el estándar de TJE.</p> <p>Un contrato puede ser elemento generador de expectativas en el inversor, pero no siempre protegidas por el derecho internacional. Sin embargo, el Tribunal reconoce igualmente, como varios tribunales han considerado, que la frustración de expectativas legítimas de un inversor basadas en acuerdos contractuales con el Estado anfitrión de la inversión, podría resultar igualmente en una violación del estándar de TJE.</p> <p>La violación de las expectativas contractuales pueda ser equiparada a la violación del estándar de TJE, que es un estándar de protección internacional. (expectativas legítimas y expectativas contractuales).</p> <p>En los casos que implican relaciones contractuales con el Estado, la protección prevista por un estándar internacional sólo debe ser acordada si se comprueba que el Estado actuó más allá de su rol de mera parte contractual, con el objetivo de desconocer no sólo obligaciones de carácter contractual, sino también obligaciones de carácter internacional por medio del ejercicio de sus facultades soberanas. Por tanto, para establecer la responsabilidad internacional del Estado es menester establecer la existencia de un “elemento soberano” que haya frustrado las expectativas legítimas del</p>

	<p>inversor.</p> <p>La jurisprudencia según la cual, reglas de derecho interno generales no pueden, a priori, crear expectativas específicas.</p> <p><b><u>TJE EN RELACIÓN AL COMPORTAMIENTO ARBITRARIO, INCOHERENTE Y NO TRANSPARENTE</u></b></p> <p>El TJE sirve de fundamento jurídico para la protección de inversores extranjeros contra comportamientos arbitrarios, incoherentes, no transparentes y caprichosos imputables a los Estados anfitriones.</p> <p>Lo arbitrario cubre dos tipos de situaciones: Primero, es arbitrario todo aquello que se opone a la razón, al sentido común, es caprichoso y chocante; en segundo lugar, y cumulativamente, es arbitrario aquello que se opone al reino del derecho. La arbitrariedad de un acto de derecho interno, para que alcance el nivel de violación internacional, debe afectar tanto las razones que motivaron el acto, como los procedimientos que fueron llevados a cabo para tomarlo.</p> <p><b><u>LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DEL INVERSOR</u></b></p> <p>El demandante argumenta que esta institución obliga al Estado anfitrión a respetar tanto las expectativas legítimas formadas en los inversionistas extranjeros, como los estándares de conducta exigibles de los Estados en todos los casos. Además, la conducta del Perú también fue arbitraria, no transparente, incoherente y desincentivadora de la inversión de las demandantes.</p> <p><b>PRIMERA FACE: Exige del Estado receptor el respeto de las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros, y su no frustración mediante actos soberanos.</b></p> <p>La expectativa que debe ser protegida es aquella que sirve de base a la decisión de invertir en el país (República Checa y Tecmed v. Mexico) la expectativa es legítima cuando ha sido concedida o garantizada, explícita o implícitamente, por el Estado receptor de la inversión. Lo importante es que dichas expectativas puedan ser identificadas objetivamente. Demandantes concluyen que la obligación del Perú de asegurar un trato justo y equitativo a su inversión, le obligaba a respetar las garantías y promesas de las autoridades peruanas que las incitaron a invertir.</p> <p><b>SEGUNDA FACE: Impone al Estado una conducta conforme a los estándares absolutos de trato a las inversiones extranjeras, aplicables en todos los casos, sean cuales sean las expectativas legítimas de los Inversores.</b></p> <p>El Estado actúe en modo no arbitrario, coherente y transparente y que proteja proactivamente las inversiones extranjeras. No es necesario que el Estado actúe de mala fe para que el trato otorgado a la inversión sea considerado injusto e inequitativo.</p> <p>Por otro lado, el demandado argumenta que el TJE debe analizarse según los hechos específicos de cada caso, de buena fe, según el sentido ordinario de sus términos en su contexto, a la luz de su objeto y fin, y de acuerdo a los artículos 31-32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. TJE generalmente se refiere a las</p>
--	--

	<p>expectativas legítimas, a la buena fe, al debido proceso, a la no discriminación y a la estabilidad jurídica; conceptos que deben ser interpretados de una manera objetiva. la existencia de un contrato no crea per se expectativas legítimas protegidas bajo el Tratado (Gustav Hamester v. Ghana). Necesidad de una debida diligencia por parte del inversor, ya que si bien es cierto que el inversor tiene derecho a una cierta estabilidad y previsibilidad del ámbito legal en el que opera,</p> <p>también tiene que mostrar que “it exercised due diligence and that its legitimate expectations were reasonable in light of the circumstances. Las expectativas son ilegítimas en la medida en que las demandantes no sean capaces de probar que estén sostenidas razonablemente en su propia conducta, es decir, en su propio due dilligence.</p>
<p><b>DECISIÓN DEL TRIBUNAL</b></p>	<p>El Tribunal resuelve:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Declararse competente para tramitar y resolver el fondo de las pretensiones que le han sido sometidas en este arbitraje por las Demandantes bajo el fundamento del Tratado de inversiones concluido entre la República del Perú y la República Argentina.</li> <li>2. Rechazar las excepciones de jurisdicción y la solicitud de inadmisibilidad de la Demanda presentadas por la República de Perú.</li> <li>3. Declarar sin fundamento todas y cada una de las alegadas violaciones al Tratado presentadas por las Demandantes contra la República del Perú y rechazar todas sus Demandas basadas en tales violaciones.</li> <li>4. Condenar las Demandantes a pagar a la Demandada, la suma de dos millones ciento diecisiete mil cuatrocientos ochenta y nueve dólares de los Estados Unidos de América con veintisiete centavos (USD\$2.117.489,27) por concepto de las costas en que incurrió en este proceso.</li> </ol>
<p><b>CONCLUSIONES</b></p>	<p>A consideración del Tribunal la MPC demostró no haber seguido los lineamientos de las presiones políticas de la Contraloría y Comisión del congreso, siendo que en su informe la Comisión recomendó que se declarara la nulidad del contrato, no su caducidad e indica que a su parecer el tema no se había politizado, no teniendo argumentos válidos para demostrar la existencia de presiones políticas. Asimismo, considera que se ha establecido que la declaración de caducidad por interés público era una prerrogativa contractual a favor de la MPC, que esta ejerció en su calidad de parte contratante y no de Estado soberano y asimismo que la MPC no actuó de manera arbitraria, considerando el Tribunal que la expropiación alegada por las demandantes es infundada y, por tanto, concluye que nunca se produjo una violación del artículo 4 del Tratado.</p> <p>Según argumento de los demandantes el estándar de trato justo y equitativo obliga al Estado anfitrión a respetar tanto las expectativas legítimas formadas de inversionistas extranjeros en el caso concreto, como los estándares de</p>

	<p>conducta exigibles a todos los Estados, siendo referida y reconocida por la parte demandada la interpretación de esta cláusula en el sentido que usualmente se refiere a expectativas legítimas, buena fe, debido proceso, no discriminación y estabilidad, y que este estándar requiere que el Estado no sea manifiestamente inconsistente e irrazonable. Siendo que las partes concuerdan en sustentar que este estándar de trato justo y equitativo debe hacerse de buena fe, según el sentido ordinario dado a sus términos y conforme al derecho internacional. Para el tribunal las expectativas legítimas de los inversores se encuentran efectivamente protegidas por el trato justo y equitativo, siendo este encargado de brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión, constituyendo esta en brindar una protección adecuada a las expectativas legítimas del inversor.</p> <p>Para el tribunal la protección prevista por un estándar internacional solo debe ser acordada si se comprueba que el Estado actuó más allá de su rol de mera parte contractual con el objetivo de desconocer no solo obligaciones de carácter contractual, sino también obligaciones de carácter internacional por medio del ejercicio de sus facultades soberanas, es por eso que es necesario establecer un elemento soberano por medio del cual se hayan frustrado las expectativas contractuales alegadas.</p> <p>El Tribunal encuentra que las adendas y declaraciones referidas por las demandantes no son más que acuerdos pactados entre partes contratantes o comunicaciones entre ellas con el fin de superar los obstáculos que se presentaban durante su relación contractual, sosteniendo el Tribunal que solo se trataba de la estipulación de una obligación contractual.</p> <p>Así, el tribunal considera que las expectativas invocadas por los demandantes no son legítimas a la luz del derecho internacional. En efecto las garantías frustradas obedecen a posibles incumplimientos contractuales que no pueden ser protegidos bajo el estándar de trato justo y equitativo.</p>
--	--

**Tabla N° 09: Laudo arbitral Caso CIADI N° ARB/06/19**

<b>LAUDO ARBITRAL ENTRE NATIONS ENERGY INC. ELECTRIC MACHINERY ENTERPRISES INC. Y JAIME JURADO v. LA REPÚBLICA DE PANAMÁ</b> <b>CASO CIADI N° ARB/06/19</b>	
<b>DATOS GENERALES</b>	<p><b>Reglamento de Arbitraje:</b> Reglamento del CIADI</p> <p><b>Árbitros:</b> Presidente, Sr. Alexis Mourre, Dr. José María Chillón Medina, Dr. Claus Von Wobeser.</p>

	<p><b>Fecha de envío a las partes:</b> 24 de noviembre de 2010.</p> <p><b>Demandante:</b> Nations Energy INC., Electric Machinery Enterprises INC. y Jaime Jurado</p> <p><b>Demandado:</b> República de Panamá</p> <p><b>Materia:</b> Inversiones Internacionales.</p>	
<p><b>ARGUMENTOS DE LAS PARTES</b></p>	<p><b>Argumentos de la parte demandante</b></p>	<p>Los demandantes afirman en particular que la respuesta de la DGI confirmaba que COPESA podía emitir hasta 17 millones de dólares americanos en bonos y recibir para beneficio de los tenedores de los bonos créditos por inversión indirecta en un monto igual al valor nominal de la emisión de bonos.</p> <p>Según los demandantes, Panamá había puesto en marcha un programa de incentivos fiscales para atraer inversiones en Panamá, en las cuales dispusieron la creación de créditos fiscales para inversiones directas e indirectas.</p> <p>También se menciona que el Sr. Mirones intervino para hacer fracasar su plan de venta de acciones.</p> <p>Constituyéndose las acciones de la Demandada una expropiación indirecta de su inversión, la cual ocurre cuando las acciones del Estado tienen el efecto de privar al dueño, en todo o en parte, del uso o del beneficio económico razonablemente esperado de la propiedad.</p> <p>Según los demandantes, las actuaciones de la República de Panamá constituirían una violación de su obligación de otorgar un trato justo y equitativo. Además, los demandantes sostienen que las actuaciones de los órganos del poder judicial panameño habrían sido arbitrarias e injustas.</p>
	<p><b>Argumentos de la parte demandada</b></p>	<p>La demandada niega que sus actuaciones fueran contrarias a la reglamentación fiscal panameña y niega además haber violado sus</p>

		<p>obligaciones internacionales.</p> <p>Indica que nunca solicitaron formalmente el reconocimiento de sus supuestos créditos fiscales; las notas de la DGI no otorgaron derechos a los demandantes; el viceministro Mirones nunca infringió los derechos de los demandantes; los demandantes no tenían derecho a los créditos fiscales; la ley impedía que se admitiera la emisión de bonos prevista por COPESA.</p> <p>En ese sentido, indica que nunca solicitaron el reconocimiento de sus supuestos créditos fiscales. Así como, las notas de DGI solo contenían opiniones no vinculantes cuyo contenido no es el que alegan los demandantes.</p>
<p><b>ANÁLISIS DE LA CLAUSULA DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO</b></p>	<p>La demandada indica que, en relación a las legítimas expectativas del inversor para poder considerarse legítimas, las expectativas deben cumplir dos requisitos, (i) uno temporal: que existieran en el momento en que el demandante decidió realizar la inversión, y (ii) uno de alcance: que se basen en elementos suficientemente sólidos.</p> <p>Las expectativas legítimas deben basarse en declaraciones o garantías gubernamentales que además de previas a la inversión, deben ser inequívocas y específicas.</p> <p>Respecto de la obligación de mantener un entorno de inversión estable no es una obligación absoluta y general, sino que sólo puede invocarse cuando exista una obligación expresa y específica que limite esta potestad de los Estados.</p> <p>A menos que se evidencie discriminación u otra conducta grave, no puede admitirse que un cambio en una opinión que haya formulado un Estado de manera informal y no vinculante respecto de asuntos complejos, como en materia fiscal, pueda constituir un trato injusto o inequitativo.</p> <p>Tratándose de asuntos tributarios, se otorga y reconoce a los Estados un cierto margen de discrecionalidad, debido a que son aspectos estrechamente vinculados a su soberanía</p> <p>Por otro lado, el voto disidente llama la atención porque indica que las legítimas expectativas del inversor, es un principio que se refuerza y que adquiere connotaciones de especificidad en el plano internacional del derecho convencional y del Derecho consuetudinario al elevar a categoría autónoma y bien delimitada de Derecho internacional la salvaguardia de la confianza legítima en la actuación de los estados receptores de inversiones.</p> <p>El trato justo y equitativo implica el proteger las expectativas creadas en torno a la existencia de un marco legal preexistente, claro, expresivo, que ampare inequívocamente los derechos de los inversores y que sea conocible, transparente y predecible para que sobre él puedan fundar</p>	

	<p>sus decisiones los inversionistas. Implica asimismo que el marco así delimitado sea estable, y que no quebrante las expectativas iniciales de confianza en la interpretación y aplicación de la ley, sin distorsiones, manteniendo en todo momento la expectativa general de los inversores de que la conducta del estado receptor con posterioridad a la inversión sea justa y equitativa.</p> <p>El derecho o la expectativa razonable en que el ordenamiento jurídico no sea alterado, modificado, mal interpretado o mal aplicado, cambiando las reglas, y los criterios de aplicación, frustrando en suma las expectativas legítimas de los Inversionistas</p>
<p><b>DECISIÓN DEL TRIBUNAL</b></p>	<p>El Tribunal Arbitral:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se declara competente para conocer de la alegada expropiación de la inversión de los demandantes.</li> <li>- Rechaza todas las demandas de los Demandantes.</li> <li>- Condena solidariamente a los Demandantes a pagar la suma de US\$ 4.587.219,17 a la República de Panamá en concepto de costas de arbitraje y gastos de defensa.</li> <li>- Rechaza todas las demás peticiones de las partes.</li> </ul>
<p><b>CONCLUSIONES</b></p>	<p>COPESA y el Banco Disa firmaron un contrato de facilidad de Crédito, según el cual el Banco le acordaba a COPESA una facilidad de crédito de 17 millones de dólares para abrir una carte de crédito por la misma cantidad a favor de la empresa S&amp;S para la construcción, adquisición y puesta en marcha de la Planta Copesa.</p> <p>Al vencerse el plazo previsto para el reembolso de los créditos y al no disponer de fondos para pagar el préstamo, COPESA entro en mora con los Bancos Acreedores, es así que EME solicito el secuestro judicial de COPESA, también presentó una demanda ordinaria alegando que tenía derecho a que se le paguen los dividendos correspondientes.</p> <p>Posteriormente por razones ajenas, la Superintendencia de Bancos de Panamá ordenó la liquidación forzosa del Banco Disa, celebrando COPESA y los demandantes un acuerdo de transacciones con los bancos acreedores, es cuando decide emitir bonos, es cuando COPESA no llevo a cabo la proyectada venta de sus acciones, y al fracasar la última alternativa planteada por sus acreedores para obtener los fondos necesarios recomenzaron las reclamaciones judiciales de los Bancos Acreedores.</p> <p>Los Demandantes alegan que el presente arbitraje surge en razón de las acciones de Pánama que violaron la ley panameña, la ley internacional y el TBI. Estas acciones fueron el rechazo de la demanda de reconocer sus créditos fiscales; una carta de la DGI de 27 de enero de 2005, denegatoria de la disponibilidad y transmisibilidad de dichos créditos y; las declaraciones del Viceministro Mirones a los Demandantes y a terceros sobre la existencia y transmisibilidad de los créditos fiscales.</p>

**Tabla N° 10: Laudo arbitral Caso CIADI N° ARB/03/15**

<b>LAUDO ARBITRAL ENTRE EL PASO ENERGY INTERNATIONAL COMPANY v. REPÚBLICA DE ARGENTINA CASO CIADI N° ARB/03/15</b>		
<b>DATOS GENERALES</b>	<p><b>Reglamento de Arbitraje:</b> Reglamento del CIADI</p> <p><b>Árbitros:</b> Prof. Lucius Cafilisch (suizo) – Presidente, Prof. Piero Bernardini (italiano) – Arbitro, Prof. Brigitte Stern (francesa) – Arbitro.</p> <p><b>Fecha de envío a las partes:</b> 31 de octubre de 2011.</p> <p><b>Demandante:</b> El Paso Energy International Company</p> <p><b>Demandado:</b> La Republica Argentina.</p> <p><b>Materia:</b> Inversiones Internacionales.</p>	
<b>ARGUMENTOS DE LAS PARTES</b>	<b>Argumentos de la parte demandante</b>	<p>El Paso es una empresa de energía que hasta el 2003 era supuestamente la titular de participaciones accionarias indirectas y no controladas de Compañías Asociadas Petroleras (CAPSA) y a través de CAPEX, genera energía eléctrica en la República de Argentina, comercializa propano, butano y gasolina. Asimismo, desde diciembre de 2001 en adelante el Gobierno Argentino emite medidas que, de acuerdo con la demandante, le provocaron un daño considerable, en violación de los compromisos asumidos por la República Argentina al momento en que se realizaron las inversiones, destruyeron el valor de las inversiones, en especial aquellas realizadas en CAPSA y CAPEX, y les impidió a dichas empresas operar en forma independiente. El alegato es que estas medidas violaron los estándares sobre expropiación, trato discriminatorio, trato justo y equitativo y plena protección y seguridades plenas disposiciones del Tratado Bilateral de Inversión. Asimismo, la demandante plantea que las medidas impartidas por un gobierno violarán el requisito</p>

		<p>de trato justo y equitativo si son inconsistentes con las expectativas legítimas y razonables de las partes; además, será injusto e inequitativo que un gobierno viole los principios de honestidad y buena fe, actúe en una forma no transparente, en una forma inconsistente con las declaraciones realizadas para atraer inversiones extranjeras, revoque o altere en forma arbitraria o por razones políticas aprobaciones o condiciones en las cuales confió el inversor, o en todo caso modifique de forma intempestiva las reglas esenciales en base a las cuales los inversores tomaron su decisión para invertir.</p> <p>Finalmente, indica que el trato justo y equitativo exigido por un TBI define un estándar distinto y superior al concepto que prevalece en el derecho internacional consuetudinario.</p>
	<p><b>Argumentos de la parte demandada</b></p>	<p>La República Argentina ante tales argumentos de la demandante, los rechaza alegando que las medidas adoptadas por el Gobierno que si en el supuesto hubieran violado los estándares internacionales suscritos en los Tratados Bilaterales de Inversión de 1991, se encontraban justificadas al amparo del Artículo XI del Tratado, que autoriza a los Estados Partes a adoptar las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacional, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad.</p> <p>Asimismo, la demandada alega que del trato justo y equitativo no se desprende que se puedan realizar cambios al marco jurídico cuando las circunstancias lo exigen.</p>
<p><b>ANÁLISIS DE LA CLAUSULA DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO</b></p>	<p>El Tribunal indica que hay dos vertientes respecto al trato justo y equitativo y al trato mínimo del derecho internacional, la primera señala que el trato justo y equitativo debe</p>	

	<p>asimilarse al trato mínimo que exige el derecho internacional y la segunda vertiente indica que es un concepto autónomo pero más exigente y con una mayor protección de los derechos de los inversores que le ofrece el estándar mínimo, sin embargo el Tribunal considera que esta discusión resulta inútil porque ambos estándares están vagamente definidos, siendo lo importante definir qué protección sustantiva se le otorgara al inversionista, es decir no se trata de comparar sino de determinar un contenido y definir al trato justo y equitativo consagrado en el TBI.</p> <p>Posteriormente, el Tribunal al señalar que el estándar de trato justo y equitativo no debe ser interpretado a la luz del derecho interno sino del internacional, indica que el trato justo y equitativo establecido en el TBI es el trato mínimo internacional que exige el derecho internacional, independientemente de la protección otorgada en el plano jurídico interno.</p> <p>Por otro lado, el Tribunal indica estar de acuerdo con la demandante en el sentido de que ha quedado claro que la base del trato justo y equitativo se encuentra en las expectativas legítimas y razonables de las partes que derivan del principio de buena fe, porque existen Tribunales que han optado por ampliar el alcance del trato justo y equitativo ocasionando la negación de la potestad soberana del Estado de regular su economía.</p> <p>Asimismo, considera que la mala fe u otro elemento comparable no es un requisito indispensable para violar el trato justo y equitativo.</p> <p>El Tribunal reitera su posición al resaltar su aceptación por la fuerte tendencia jurisdiccional que postula el análisis del trato justo y equitativo tomando en consideración las expectativas legítimas de las partes.</p> <p>Para el Tribunal las expectativas legítimas es un concepto objetivo, que surge de equilibrar los intereses y los derechos, y que varía según el contexto, es decir debe lograrse un equilibrio entre las expectativas legítimas del inversor a obtener un retorno justo sobre su inversión y el derecho del Estado receptor de regular la economía al servicio del interés público.</p> <p>Además, indica que, si bien las expectativas legítimas varían según las circunstancias del caso, se ha admitido que estas pueden diferir entre una economía en transición y una economía más desarrollada, siendo necesario que las expectativas legítimas deban ser analizadas tomando en consideración el principio general de que el Estado no debe modificar de forma irrazonable el marco jurídico o modificarlo en violación de un compromiso específico.</p> <p>En el mismo sentido, el Tribunal manifiesta que la estabilidad económica no puede ser una expectativa legítima de ningún actor económico, advirtiendo además que el trato justo y equitativo no puede suponer la inmutabilidad del orden jurídico, el mundo económico y social, funcionando como una cláusula de estabilidad absoluta, porque el Estado debe tener la posibilidad de realizar los cambios razonables que exigen las circunstancias y no se puede inferir que haya aceptado un congelamiento de la evolución de su sistema jurídico; o que nadie puede tener la expectativa legítima de que no se modifique el marco legal ante una crisis económica de</p>
--	---

	<p>extrema gravedad.</p> <p>El estándar de trato justo y equitativo comprende la razonabilidad y la proporcionalidad, además sirve para garantizar que el inversor extranjero no recibirá un trato injusto con la debida consideración de todas las circunstancias del caso.</p> <p>Finalmente, el Tribunal desarrolla el concepto de violación progresiva del estándar de trato justo y equitativo que lo describe como un proceso que se extiende en el tiempo y comprende una sucesión o acumulación de medidas que, analizadas por separado, no violarían el estándar, pero al analizarse en su conjunto producen ese resultado.</p>
<p><b>DECISIÓN DEL TRIBUNAL</b></p>	<p>El Tribunal resuelve:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>A) La Argentina violó el Artículo II(2)(a) del TBI al no acordar un trato justo y equitativo a la inversión de El Paso.</li> <li>B) Se rechaza la defensa de necesidad de la Argentina frente a los reclamos de El Paso.</li> <li>C) Dentro de los 30 (treinta) días desde la fecha de envío a las Partes del Laudo, la Argentina deberá pagar a El Paso compensación en la suma de US\$ 43,03 millones, más intereses compuestos semestralmente sobre esa suma a la tasa de LIBOR más 2% desde el 1 de enero de 2002 hasta la fecha del pago total del presente Laudo.</li> <li>D) Cada una de las Partes deberá pagar sus propios costos y gastos de representación legal, sin recurso a la otra Parte.</li> <li>E) Los costos y gastos del tribunal y del CIADI se distribuirán en partes iguales entre las Partes.</li> </ul>
<p><b>CONCLUSIONES</b></p>	<p>El Tribunal considera que, si bien el Gobierno Argentino emitió de forma aislada medidas razonables para hacer frente a una situación económica difícil, estas individualmente no califican como violaciones al trato justo y equitativo, sin embargo, el conjunto de medidas que motivan los reclamos de El Paso, incluida la contribución de esas medidas a vender las inversiones en la Argentina se considera por su efecto como un impacto acumulado general al estándar de trato justo y equitativo.</p>

**5.1. Resultado N° 1: Describir cual es el contenido de la cláusula de trato justo y equitativo derivada de los Tratados Bilaterales de Inversión.**

El trato justo y equitativo, como se indicó es una cláusula fundamental en los Tratados Bilaterales de Inversión, empero conceptualmente se presenta definida de manera amplia, propensa a interpretaciones de acuerdo a cada caso en concreto, así puede verse en la distinta jurisprudencia arbitral que sistemáticamente será analizada en esta parte de la tesis; observándose además, que no se fija un criterio único por parte del Árbitro, es decir el estándar se adecuara a cada caso conforme se interpreta, posibilitando que se desvíe la verdadera intención fundamental de la cláusula.

La idea de este tipo de disposiciones generales, para algunos es positiva porque ante un Derecho evolutivo, el trato justo y equitativo se adecuara a cada realidad en el tiempo, por otro lado, si se define detalladamente reforzará la seguridad jurídica de los inversores internacionales, sin embargo, existe la posibilidad que no pueda encajar un caso evidentemente violatorio del trato justo y equitativo.

En la doctrina abordada en el sub capítulo de concepto del trato justo y equitativo, se precisa que de manera general se puede entender como un *estándar que otorga garantías, para el Estado cumpla con una protección mínima de acuerdo a los principios del Derecho Internacional*, otro concepto abordado es el que se vislumbra en el Caso Noble Venture, que sindicó al trato justo y equitativo como un estándar general que encuentra aplicación específica inter alia en la obligación de otorgar plena protección de los compromisos contractuales asumidos por las partes, es decir, de las obligaciones contractuales asumidas se obtendrá un contenido para el trato justo y equitativo.

Asimismo, de la doctrina y la opinión de los especialistas entrevistados, la cláusula de trato justo y equitativo se encuentra definida de manera amplia, notándose una falta de definición en los instrumentos internacionales que la contienen, ocasionando interpretaciones diversas e incluso considerándolas en otras cláusulas de los Tratados Bilaterales de Inversión, como sucedió en el caso Azurix que confunde plena protección con trato justo y equitativo, al señalar que el trato justo y equitativo se encuentra interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plena, sosteniendo además el Tribunal, que existe una violación al trato justo y equitativo porque se incumplió el estándar de protección y seguridad plena dispuesto en el TBI;

Como se indicó, su concepto no es unánime en la doctrina, pero es de considerar que su contenido depende de dos factores: primero, depende del Derecho

Internacional y del lenguaje usado con el TBI o TLC que lo incorpora; segundo, del alcance que se presenta en la limitación de la acción del Estado, es decir, el trato justo y equitativo se sujetara a examinar la conducta del Estado.

Los especialistas entrevistados concuerdan con la especialista Cristina Ferraro, al señalar que la finalidad de la cláusula de trato justo y equitativo es otorgar protección a los inversionistas extranjeros, no pronunciándose los especialistas respecto a la promoción de inversiones como otra finalidad de la cláusula; sin embargo, al consultar el informe de la reunión del Noveno Foro Anual de Negociadores de Inversión de Países en Desarrollo, denotan que no hay evidencia respecto a la relación de los TBI y el aumento de las inversiones, considerando que la cláusula no es un elemento de promoción de inversiones pero indirectamente cumple esa función porque otorga garantías al inversor extranjero.

Una opinión contraria respecto al contenido del trato justo y equitativo es la del especialista Carlos Soto quien menciona que actualmente no se sabe cuál es el contenido y no hay una definición de la cláusula de trato justo y equitativo, sin embargo hace referencia que no debe de haber un acto discriminatorio negativo y razones fundadas de los actos del Estado; asimismo, para la especialista Cristina Ferraro, la cláusula de trato justo y equitativo es muy amplia y flexible pero esta tiene una finalidad la cual es otorgar una protección a los inversionistas extranjeros, además opina que la cláusula de trato justo y equitativo es muy utilizada porque hay una serie de vulneraciones o afectaciones que no llega a una expropiación, pero sin duda pueden llegar a vulnerar el trato justo y equitativo afectando a la inversión o al inversionista; para el especialista Cantuarias Salaverry, el trato justo y equitativo, es un estándar indirecto dependiente de su interpretación en cada caso en concreto; sin embargo, para este especialista, esta se encuentra conceptualizada de tres maneras, la primera es la tradicional, construido con la influencia del Derecho Consuetudinario invocado solamente por los Estados, pero este estándar a la consideración del especialista se encuentra muerto, la segunda se encuentra en las legítimas expectativas del inversor construidas a partir de las justificaciones de grandes estudios de abogados, y tercero se tiene un estándar mejorado construido a partir de los primeros fallos entre Estados Unidos, México y Canadá, haciendo clara alusión al caso de Metalclad o más conocido como el Caso de los Desechos.

Por otro lado, del análisis de los laudos arbitrales se han podido identificar diversos elementos constitutivos del trato justo y equitativo como son la transparencia, denegación de justicia, falta de debido proceso y legítimas expectativas del inversor.

En el Caso CIADI N° ARB/10/2, el Tribunal ha expresado que las legítimas expectativas del inversor se encuentran comprendidas dentro del trato justo y equitativo, asimismo ha señalado que el Estado anfitrión tiene la obligación de respetar las legítimas expectativas del inversor, imposibilitando al Estado receptor de inversión, la desvinculación de acuerdos suscritos con inversionistas extranjeros, estableciendo el Tribunal que los estándares de conducta exigibles a todos los Estados, consiste en que no se viole manifiestamente los requerimientos de consistencia, transparencia y no discriminación.

En el Caso CIADI ARB/06/19, se indica que el trato justo y equitativo involucra el proteger las expectativas creadas en torno a la existencia de un marco legal preexistente, claro, expresivo, que ampare inequívocamente los derechos de los inversores y que sea conocible, transparente y predecible para que sobre él puedan fundar sus decisiones los inversionistas, haciendo alusión clara a las legítimas expectativas del inversor, transparencia y estabilidad. Implica asimismo que el marco así delimitado sea estable, y que no quebrante las expectativas iniciales de confianza en la interpretación y aplicación de la ley, sin distorsiones, manteniendo en todo momento la expectativa general de los inversores.

En el Caso CIADI ARB/03/15, se indica que la base del trato justo y equitativo se encuentra en las expectativas legítimas y razonables de las partes que derivan del principio de buena fe, porque existen Tribunales que han optado por ampliar el alcance del trato justo y equitativo, ocasionando la negación de la potestad soberana del Estado de regular su economía, asimismo el Tribunal considera que la mala fe no es un elemento esencial en la violación del trato justo y equitativo, a comparación de la razonabilidad y la proporcionalidad que sirven para garantizar al inversor extranjero un trato justo con la debida consideración de todas las circunstancias del caso.

En el mismo sentido, este estándar se encuentra prescrito de distintas maneras en los TBI celebrado por el Perú, siendo el detalle el siguiente:

**Tabla 11**

<b>N°</b>	<b>TBI</b>	<b>CONTENIDO</b>	<b>FECHA DE ENTRADA EN VIGOR</b>
1	Perú – Ecuador	<b>Artículo 3: Tratamiento de Inversiones</b> 1. Cada Parte Contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante realizadas de conformidad con el presente Convenio y no impedirá, con medidas arbitrarias o discriminatorias, la libre administración,	09-12-1999

		utilización, uso, goce o disposición de las inversiones de los inversionistas de esa Parte Contratante.	
2	Perú - Finlandia	<p><b>Preámbulo:</b> Deseando intensificar la cooperación económica para el beneficio mutuo de ambos países y mantener condiciones justas y equitativas para las inversiones efectuadas por inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante.</p> <p><b>Artículo 2: Promoción y protección de inversiones</b></p> <p>(2) Cada parte contratante garantizará en todo momento un tratamiento justo y equitativo de las inversiones realizadas por inversiones de la otra parte contratante y no perjudicará la administración, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las mismas a través de medidas arbitrarias o discriminatorias.</p> <p>(4) Las inversiones realizadas por inversionistas de una parte contratante recibirán un trato justo y equitativo y gozarán de plena protección en el territorio de la otra parte contratante.</p>	14-06-1996
3	Perú - Alemania	<p><b>Artículo 2</b></p> <p>(1) Cada una de las partes contratantes promoverá dentro de su territorio las inversiones de nacionales y sociedades de la otra parte contratante y las admitirá de conformidad con sus leyes y reglamentaciones. Cada parte contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra parte contratante.</p>	01-05-1997
4	Perú - Italia	<p><b>Artículo 1 – Definiciones</b></p> <p>8. Trato no discriminatorio significará un trato que sea por lo menos tan favorable como el mejor trato nacional o tratamiento de la nación más favorecida.</p> <p><b>Artículo 2 – Promoción y protección de inversiones</b></p> <p>3. Ambas Partes contratantes asegurarán en todo momento un trato justo y equitativo a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante. Ambas Partes Contratantes asegurarán que la administración, mantenimiento, uso, transformación, goce o asignación de las inversiones efectuadas en sus territorios por inversionistas de la otra Parte Contratante, así como las compañías o empresas en las que estas inversiones han sido efectuadas, no sean en manera alguna sujetas a medidas injustas o</p>	18-10-1995

		discriminatorias.	
5	Perú - Corea	<p><b>Artículo 3: Tratamiento Nacional y de la Nación Más Favorecida</b></p> <p>(1) Las inversiones de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, así como los ingresos obtenidos por las mismas, recibirán un tratamiento justo y equitativo y que no sea menos favorable que aquél que sea acordado con respecto a las inversiones e ingresos de los inversionistas de esta última Parte Contratante o de cualquier tercer Estado.</p> <p>(2) Cada Parte Contratante acordará en su territorio, a los inversionistas de la otra Parte Contratante con respecto a la administración, uso, goce o enajenación de sus inversiones, un tratamiento justo y equitativo, y no menos favorable que aquél que acuerda a sus propios inversionistas a los inversionistas de cualquier Estado.</p>	01-08-2011
6	Perú - Malasia	<p><b>Artículo 2: Promoción y Protección recíproca de Inversiones</b></p> <p>2. Las inversiones de inversionistas de cada Parte Contratante deberán en todo momento recibir un trato justo y equitativo, y gozarán de plena protección y seguridad en el territorio de la otra Parte Contratante.</p>	25-12-1995
7	Perú - Noruega	<p><b>Artículo 4 – Tratamiento de las inversiones</b></p> <p>1. Cada parte contratante otorgará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra parte contratante</p>	01-07-2012
8	Perú - Portugal	<p><b>Artículo 2</b></p> <p>1. Ambas partes contratantes promoverán y protegerán mutuamente en sus territorios las inversiones efectuadas por inversionistas de la otra parte contratante, admitiendo tales inversiones de acuerdo a sus leyes y reglamentos, y concediendo a esas inversiones protección y un tratamiento justo y equitativo</p>	18-10-1995
9	Perú - Paraguay	<p><b>Artículo 4: Protección – Tratamiento y zona de Integración Económica</b></p> <p>2. Tratamiento: Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el acordado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por sus propios nacionales o al otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por nacionales</p>	18-12-1994

		de la nación más favorecida, siempre y cuando este último tratamiento fuere más favorable.	
10	Perú - China	<b>Artículo 3:</b> 2. Las inversiones y actividades relacionadas con inversiones de cualquiera de las partes contratantes gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante.	01-03-2010
11	Perú - Colombia	<b>Artículo 3 – Tratamiento a la Inversión</b> Las Inversiones de nacionales o empresas de cada Parte Contratante deberán, en todo momento, recibir un trato justo y equitativo , y deberán gozar de entera protección y seguridad de acuerdo con los principios del Derecho Internacional de manera no menos favorable a aquellas que disfruten las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte Contratante en su propio territorio.	30-12-2010
12	Perú - Bolivia	<b>Artículo 3 – Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación más favorecida</b> (1) Cada Parte Contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los nacionales de la otra parte contratante y no impedirá, con medidas arbitrarias o discriminatorias, la libre administración, utilización, uso, goce, o disposición de las inversiones por los nacionales de esa parte contratante.	19-03-1995
13	Perú - Argentina	<b>Artículo 2: Promoción y protección de inversiones</b> ( 3) Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias.	24-10-1996
14	Perú - España	<b>Artículo 4 – Tratamiento</b> 1.- Cada parte contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte contratante.	17-02-1996
15	Perú - Rumania	<b>Artículo 3 – Tratamiento de las inversiones</b> (1) Cada parte contratante otorgará a las inversiones efectuadas en su territorio por los inversionistas de la otra parte contratante, un tratamiento justo y equitativo y no menos favorable que el otorgado en situaciones similares, a sus propios inversionistas y a los inversionistas de cualquier tercer Estado.	01-01-1995
16	Perú - Suecia	<b>Artículo 2 – Promoción y protección de inversiones</b>	01-08-1994

		(2 ) Cada parte contratante garantizará en todo momento un tratamiento justo y equitativo de las inversiones hechas por inversionistas de la otra parte contratante y no perjudicará, a través de medidas arbitrarias o discriminatorias, la administración, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las mismas, así como la adquisición de bienes y servicios, y la venta de su producción.	
17	Perú - Suiza	<b>Artículo 3 – Protección, tratamiento</b> (2) Cada parte contratante garantizará un tratamiento justo y equitativo para las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la otra parte contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por sus propios inversionistas o que el otorgado por cada parte contratante a las inversiones efectuadas en su territorio por inversionistas de la nación más favorecida, cuando este último tratamiento sea más favorable.	01-07-2011
18	Perú – El Salvador	<b>Artículo 4: Tratamiento de las Inversiones</b> (1 ) Cada Parte deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de inversionistas de la otra Parte y proporcionará los medios eficaces para que el ejercicio de los derechos aquí reconocidos no sean obstaculizados en la práctica.	15-12-1996
19	Perú - Venezuela	<b>Artículo 3: Tratamiento nacional y Cláusula de la Nación más favorecida</b> (1 ) Cada Parte contratante asegurará un tratamiento justo y equitativo, de conformidad con las reglas y principios del Derecho Internacional, para las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra parte contratante realizadas de acuerdo con el presente Convenio y no impedirá, con medidas arbitrarias o discriminatorias, la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones por los nacionales o sociedad de esa Parte Contratante.	18-09-1997
20	Perú - Tailandia	<b>Artículo 4: Tratamiento de la Inversión</b> (a) Las inversiones de los nacionales o sociedades de una partes contratantes en el territorio de la otra parte contratante, así como los beneficios provenientes de las mismas, recibirán un tratamiento justo y equitativo y no menos favorable que lo acordado respecto de	15-11-1993

		las inversiones y beneficios de los nacionales y sociedades de esta Parte Contratante o de cualquier tercer Estado.	
--	--	---	--

Fuente: Carlos Alberto Cuadros Castillo.

Lo primero que salta a la vista del cuadro comparativo de la cláusula de trato justo y equitativo en los TBI, es la ubicación de la referida cláusula, porque esta se encuentra en algunos tratados bajo el título de tratamiento de inversión y en otros se encuentra bajo el título de promoción y protección de inversiones, enmarcando la finalidad primigenia de la cláusula.

El estándar del trato justo y equitativo puede ser considerado como un tratamiento a la inversión, porque implica un determinado actuar por parte del Gobierno frente a una inversión o un inversionista, sin embargo, no puede estar enmarcado como promoción y protección de la inversión, porque ese rol es propio del TBI<sup>15</sup> que por medio de su celebración cumplirá ese fin.

Otra observación importante es que el trato justo y equitativo no se encuentra definido en ningún TBI por lo que los Tratados solo se limitan a mencionarlo y en algunos casos relacionarlo con la no discriminación o el tratamiento más favorable, empero, se observa una particularidad en el TBI entre Perú y Colombia, porque la cláusula prescribe que el estándar debe encontrarse acorde con los principios del Derecho Internacional, es decir coloca un margen interpretativo pero aun así sigue siendo amplio.

Por otro lado, la redacción de la cláusula de trato justo y equitativo en los TLC entre la República del Perú y EE.UU., TPP y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA), es similar pero con algunas peculiaridades.

**Tabla 12**

N°	TLC	CONTENIDO
1	TLC Perú - EEUU	<p><b>Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato</b></p> <p>4. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</p> <p>5. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato</p>

<sup>15</sup> Como se indicó en la práctica los TBI no fomentan las inversiones conforme a las declaraciones de los participantes al Noveno Foro Anual de países en desarrollo, sino será una finalidad teórica.

		<p>adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:</p> <p>c. “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</p> <p>d. “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario</p> <p>6. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.</p>
2	TPP – Asean Pacífico <sup>16</sup>	<p><b>Artículo 9.6: Nivel Mínimo de Trato</b></p> <p>6. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con los principios aplicables del derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas.</p> <p>7. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe el nivel mínimo de derecho internacional consuetudinario para el trato a los extranjeros como el nivel de trato que será otorgado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo”, y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional a, o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos sustantivos adicionales. Las obligaciones en el párrafo 1 de otorgar:</p> <p>(c) <b>“trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y</b></p> <p>(d) <b>“protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial exigido conforme al derecho internacional consuetudinario.</b></p> <p>8. Una determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p> <p>9. Para mayor certeza, el simple hecho de que una Parte adopte u omita adoptar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.</p> <p>10. Para mayor certeza, el simple hecho de que no se otorgue, renueve o mantenga un subsidio o donación, o que estos hayan sido modificados o reducidos por una Parte, no constituye una violación a este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.</p>

<sup>16</sup> Como se ha mencionado para el cuadro de TLC se considerará al TPP debido a su impacto que ha generado en la actualidad y además porque resulta ser una gran fuente de ayuda para el desarrollo de esta investigación.

3	TLCAN - NAFTA	<p><b>Artículo 1105: Nivel mínimo de trato</b></p> <p>4. 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.</p> <p>5. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo 1, cada Parte otorgará a los inversionistas de otra Parte y a las inversiones de inversionistas de otra Parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con esas pérdidas.</p> <p>6. El párrafo 2 no se aplica a las medidas existentes relacionadas con subsidios o ventajas que pudieran ser incompatibles con el Artículo 1102, salvo por lo dispuesto en el Artículo 1108(7)(b).</p>
4	TLC Perú - Canadá	<p><b>Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato:</b></p> <p>4. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</p> <p>5. Los conceptos de trato “justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” contenidos en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>6. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional independiente, no significa que se haya violado este Artículo.</p>
5	TLC Perú - China	<p><b>Artículo 11.4: Nivel Mínimo de Trato (*)</b></p> <p>4. 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.</p> <p>5. 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:</p> <p>(c) “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</p> <p>(d) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>6. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p>

		<p>(*) Para mayor certeza, el artículo 11.4 se interpretará de conformidad con el Anexo 11–A.</p> <p><b>Anexo 11 – A: Derecho Internacional Consuetudinario</b></p> <p>Las Partes confirman su común entendimiento de que el “derecho internacional consuetudinario” referido en el artículo 11.4, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. El nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen a los derechos e intereses económicos de los extranjeros.</p>
6	TLC Perú – Costa Rica	<p><b>Artículo 12.4: Nivel Mínimo de Trato (*)</b></p> <p>4. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.</p> <p>5. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:</p> <p>(c) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y</p> <p>(d) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.</p> <p>6. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado o de otro acuerdo internacional distinto, no establece que se haya violado este Artículo.</p> <p>(*) Para mayor certeza, el Artículo 12.4 será interpretado de conformidad con el Anexo 12.4.</p> <p><b>Anexo 12.4: Derecho Internacional Consuetudinario</b></p> <p>Las Partes confirman su común entendimiento que el derecho internacional consuetudinario, de manera general y tal como está específicamente referido en el Artículo 12.4, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 12.4, el nivel mínimo de trato otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros.</p>

Fuente: Rodríguez Ariza.

Como se puede apreciar del cuadro, la redacción de la cláusula de trato justo y equitativo es parecida en cada Tratado de Libre Comercio, sin embargo, es de notarse las particularidades que tiene cada uno, por ejemplo en el TLC entre Perú y EEUU y el TPP, se da respaldo al Derecho Internacional Consuetudinario, como referencia para un determinado trato mínimo a las inversiones, sin embargo, el TLCAN NAFTA se refiere a un trato mínimo en base al Derecho Internacional, abarcando más aspectos en el ordenamiento jurídico internacional; asimismo, en el TPP se reconoce a las legítimas expectativas del inversor como un elemento relevante en el trato justo y equitativo, si bien en su redacción no se indica expresamente su relevancia, este lo está reconociendo al señalarlo; el TPP es un tratado de suma importancia porque demuestra que las legítimas expectativas del inversor es un factor predominante para violar el trato justo y equitativo.

Es por ello, que de lo recabado en la doctrina, la opinión de los especialistas y el análisis de laudos arbitrales, se aprecia que el trato justo y equitativo en el ordenamiento jurídico internacional se presenta como un estándar amplio, porque existe una falta de definición en los instrumentos internacionales que la contienen ocasionando interpretaciones diversas por parte de los Tribunales Arbitrales e incluso confundiendo el trato justo y equitativo en otras cláusulas de los Tratados Bilaterales de Inversión.

La indefinición del trato justo y equitativo tiene consecuencias positivas, porque se adecuará a cada realidad en el tiempo y consecuencias negativas, en el sentido que existirá una falta de seguridad jurídica para los inversores internacionales y para los Estados receptores de Inversión ocasionando que los Árbitros desvirtúen su interpretación y respalden en algunos casos a uno de sus elementos, como es las legítimas expectativas del inversor, que como se ha observado, puede desvirtuar la interpretación del trato justo y equitativo.

El trato justo y equitativo, como se indicó no se encuentra definido en ningún TBI o TLC por lo que los Tratados solo se limitan a mencionarlo, verificando su redacción parecida tanto entre los TBI o entre los TLC, tomando como base el trato mínimo a la luz del Derecho Internacional Consuetudinario y en algunos casos el Derecho Internacional, pero aun así, se ha verificado que el ordenamiento jurídico internacional sigue prestando atención a uno de sus elementos, las legítimas expectativas del inversor, que han sido reconocidas en el TPP.

Es en ese sentido, para delimitar un contenido en el trato justo y equitativo y evitar que desvirtúen su interpretación, debe tenerse como base el reconocimiento de todos los elementos que lo conforman y que han sido analizados y desarrollados en la jurisprudencia arbitral, es decir la transparencia, denegación de justicia, falta de debido proceso, no discriminación y legítimas expectativas del inversor a la luz de una interpretación proporcional y razonable, para que de esta manera el Árbitro pueda fijar una estructura de interpretación, ante la ausencia de contenido.

**5.2. Resultado N° 2: Identificar los criterios de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo en los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI, en casos de Latinoamérica durante el periodo 2010 – 2014 y en la doctrina.**

Según lo mencionado por Andrea Saldarriaga, los problemas de la ausencia de interpretación y aplicación del trato justo y equitativo, se circunscriben a la falta de concertación en cuanto a la interpretación, diversidad de formulaciones de criterios, identificación de las fuentes de obligación, falta de fijación de principios o nivel de responsabilidad y falta de determinación de un estándar de compensación, por lo que para disipar la vaguedad se debe identificar esos criterios interpretativos.

En el Caso Noble Ventures, se señala: “Considerando que el estándar de trato justo y equitativo está ubicado al del Artículo II, se podría considerar que se trata de un estándar más general que encuentra aplicación específica *inter alia* en la obligación de otorgar plena protección de observar los compromisos contractuales asumidos frente al inversor”, es decir para el Tribunal, la violación del trato justo y equitativo no solo debe ser vista desde el plano internacional sino del plano interno, sin embargo, en el caso de El Paso, el criterio de interpretación de esta cláusula es totalmente opuesta al señalar que “el estándar de trato justo y equitativo no debe ser interpretado a la luz del derecho interno sino del internacional”, es decir su interpretación se debe basar solo en el plano internacional porque el trato justo y equitativo es un estándar internacional basado en un Tratado Bilateral de Inversión, en ese sentido, el doctor Martínez Fraga resalta que en la jurisprudencia arbitral internacional se encuentran laudos que contienen diferentes tipos de interpretaciones respecto a una institución, como se ha evidenciado en el caso Noble Venture y El Paso.

Es en ese sentido, el Doctor Soto Coaguila, menciona que es difícil identificar un criterio único en las interpretaciones de los laudos arbitrales porque no hay una definición o criterios que se han otorgados, dado que cada arbitro se ciñe a cada caso en concreto y lo que se hace actualmente es recurrir a la jurisprudencia que

hay sobre lo pertinente; la Doctora Cristina Ferraro es del mismo parecer señalando que no hay un único criterio o una única interpretación porque va evolucionando en el tiempo, evidenciándose la falta de criterios para interpretar el trato justo y equitativo.

Para los especialistas Bullard González y Cantuarias Salaverry, los criterios de interpretación que usan los Tribunales arbitrales residen básicamente en los principios del Derecho Internacional, es decir le otorgan al trato justo y equitativo una base de interpretación para que no se circunscriba solamente a la interpretación de caso por caso.

La doctrina realiza una interesante clasificación de posiciones en la interpretación del trato justo y equitativo, siendo la primera postura, que considera al trato justo y equitativo como un estándar independiente y absoluto, cuyo alcance debe entenderse de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso en concreto, la interpretación no tendrá en cuenta lineamientos, criterios o si fuera el caso referencias jurisprudenciales; en la segunda postura, al interpretar el trato justo y equitativo, se debe entender como una protección mínima basada en el derecho internacional consuetudinario, es decir, para tener contenido el trato justo y equitativo recurrirá a la práctica, contexto y jurisprudencia relevante de su interpretación; la tercera postura, indica que el trato justo y equitativo deba ser interpretado de acuerdo al Derecho Internacional encontrándose rodeada de elementos que la componen y para materializarse recurrirá a ellos, en especial a las legítimas expectativas del inversor.

De acuerdo al análisis de casos y al recaudo que hace la doctrina de los laudos arbitrales analizados, que poco se ha trabajado al respecto, se han recabado estos elementos: a) **transparencia**, (*antes y durante la inversión internacional*) como una conducta consistente libre de ambigüedades sobre las obligaciones de otorgar y mantener un marco legal estable, predecible y de fácil conocimiento de todos los inversionistas; b) **denegación de justicia**, (*después de la inversión internacional*) entendida en sus dos criterios: primero, tener en cuenta que los Tribunales Internacionales no son Cortes de Apelación y no deben revisar el fondo de las decisiones adoptados por las Cortes Nacionales, y considerar si el proceso judicial fue injusto o escandaloso y segundo, debe existir agotamiento de todas las instancias judiciales domesticas; c) **falta de debido proceso**, (*durante la inversión internacional*) en los cuales deben primar los principios de rectitud procesal y debido proceso, garantizando al inversor la libertad de coerción o acoso por sus propias autoridades regulatorias; y, d) **legítimas expectativas del inversor**, (*antes y durante la inversión internacional*) es cuando la conducta de una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificadas obligando a mantener un

orden jurídico capaz de atraer inversión extranjera, asimismo, se debe entender como expectativa razonable a los casos en que hay representaciones realizadas por el Estado, refiriéndose algunos Árbítrros que el trato justo y equitativo obliga a los Estados a respetar las expectativas legítimas de los inversores extranjeros aun cuando exista un interés público.

Para Bullard González y Cantuarias Salaverry, al ser el trato justo y equitativo un estándar abierto permitirá indirectamente que las legítimas expectativas del inversor otorguen contenido al trato justo y equitativo, siendo que para el doctor Martínez Fraga este intento de llenar contenido trae diferentes formas de interpretar a las legítimas expectativas del inversor frente al trato justo y equitativo, sin embargo, en la jurisprudencia arbitral, la mayoría de Tribunales han aceptado el criterio del Tribunal Metalclad y Tecmed, por otro lado, otros Tribunales consideran que las legítimas expectativas no pueden ser solo las expectativas razonables del inversor sino que debe existir un plus, por ejemplo, una debida diligencia por parte del inversor extranjero.

Ante esto, algunos árbitros optaron por interpretar la cláusula de trato justo y equitativo de acuerdo al derecho internacional consuetudinario, sin embargo, para el doctor Prieto Muñoz, la aplicación de este principio en el derecho de inversiones, sin la presencia de una fuente convencional, no se dispondrá de muchos fundamentos, ya que la costumbre sólo podría manifestarse en un caso donde exista negligencia y mala fe flagrante como lo expresado en el razonamiento del caso Neer, es decir sólo en un caso evidente de un ilícito internacional se podría justificar el usar la costumbre internacional como fuente de aplicación en un caso concreto.

En el caso de El Paso el Tribunal Arbitral sostiene que existen dos vertientes respecto al trato justo y equitativo y al trato mínimo del derecho internacional, la primera señala que el trato justo y equitativo debe asimilarse al trato mínimo que exige el derecho internacional y la segunda vertiente indica que es un concepto autónomo, pero más exigente y con una mayor protección de los derechos de los inversores que le ofrece el estándar mínimo.

La disparidad en los criterios de interpretación es diversa por lo que para encontrar un criterio de interpretación único es complejo, sin embargo, al revisar doctrina y jurisprudencia hay un punto en común, ambos toman elementos para su configuración, por ejemplo en el Caso CIADI N° ARB (AF)/97/1, se toman elementos como transparencia y legítimas expectativas del inversor, pero el Tribunal lo enmarca en los principios del Derecho Internacional, fijándose la mayoría de criterios haciendo alusión al Derecho Internacional y principios del

Derecho internacional, empero como se analizara seguidamente estos criterios no son trascendentales porque hay predominio de un elemento del trato justo y equitativo en particular.

**5.3. Resultado N° 3: Delimitar cual es la tendencia doctrinal y jurisprudencial de la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo en los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI, en casos de Latinoamérica durante el periodo 2010 – 2014 y en la doctrina.**

El especialista Soto Coaguila indica que, en los últimos años el trato justo y equitativo a generado una serie de sub conceptos o sub categorías, como las legítimas expectativas del inversor; siendo que, en opinión del especialista, los estándares que estaban contenidos en los Tratados Bilaterales de Inversión habían quedado reducidos o insuficientes para proteger al inversionista, es por ello que por un lado se encontraba el estado de necesidad del Estado para proteger el orden público y por el otro lado las expectativas legítimas del inversor para salvaguardar la inversión, por lo que considera el especialista, no existe un desplazamiento del trato justo y equitativo frente a las legítimas expectativas del inversor, sino que estas son su complemento, asimismo menciona que en la actualidad este elemento se encuentra siendo invocado frecuentemente en las controversias internacionales relativas a inversiones; del mismo modo, la especialista Cristina Ferraro, indica que el trato justo y equitativo no está siendo desplazado por las legítimas expectativas del inversor sino más bien funciona como un complemento que ayuda en su interpretación.

Por otro lado, para Andrea Saldarriaga las legítimas expectativas del inversor son un elemento del trato justo y equitativo, pero en los últimos años, no se está trasluciendo de esa manera en la jurisprudencia arbitral, debido a que las legítimas expectativas del inversor se perciben como un elemento predominante en la interpretación del trato justo y equitativo, así también como un estándar susceptible de invocación de la defensa de Inversores Internacionales, frente a cualquier tipo de vulneración que realicen los Estados.

Como se indicó en el capítulo de trato justo y equitativo, anteriormente los Estados receptores de inversión frente a las inversiones internacionales, tenían en cuenta aspectos como la seguridad jurídica y el orden público, sin embargo, con la evolución del trato justo y equitativo, los Estados ahora tienen especial cuidado con las expectativas legítimas del inversor que cada vez se encuentran invocadas con mayor frecuencia en los laudos arbitrales.

En ese sentido, Andrea Saldarriaga no considera solo como prioritario el estado de necesidad de un Estado sino también la seguridad jurídica, considerándola importante porque no solo velará por el aseguramiento de un orden jurídico para el inversionista internacional sino para el Estado, porque al tener un marco normativo definido y órganos reguladores eficientes se generará una seguridad jurídica internacional.

Asimismo, la cláusula de trato justo y equitativo se encuentra interpretada como un estándar de protección mínima a la luz de las expectativas legítimas del inversor, no solo en base al argumento doctrinario que realiza la defensa de los inversores, sino porque se encuentran ganando espacio en el texto de los tratados internacionales, conforme se advirtió en el cuadro de comparación de tratados de libre comercio.

Del análisis de los Tratados de Libre Comercio, se observa que en la cláusula de trato justo y equitativo del TPP, se estipula expresamente las legítimas expectativas del inversor, por lo que existe un reconocimiento tácito del elemento.

En el caso de El Paso, el Tribunal Arbitral reitera su posición al resaltar su aceptación por la fuerte tendencia jurisdiccional que postula el análisis del trato justo y equitativo tomando en consideración *las expectativas legítimas del inversor*, admitiendo además que estas *pueden diferir entre una economía en transición y una economía más desarrollada*, notándose de esta manera la preocupación del Tribunal frente a la interpretación de las legítimas expectativas del inversor como único contenido del trato justo y equitativo, puesto que como se ha indicado, resultará dañino para el Estado receptor de inversión, en el mismo sentido, Andrea Saldarriaga sostiene que hay un riesgo porque no se puede hablar de una equivalencia de prácticas o normas porque cada Estado tiene "(...) diversos sistemas administrativos legislativos y judiciales y que los Estados miembros con diversos niveles de desarrollo pueden no lograr los mismos estándares al mismo tiempo" (Saldarriaga, Cláusula de Trato Justo y Equitativo, 2012), es decir no habría una equivalencia en el derecho consuetudinario.

Finalmente, el especialista Martínez Fraga señala que en los últimos años da la impresión de un desplazamiento del trato justo y equitativo, siendo necesario establecer un vínculo entre el estándar de protección y el Derecho internacional consuetudinario, considerando que los actos regulatorios o de ejercicio soberano son propios del Estado y no pueden dejarse de lado por una inversión, por lo que se debe establecer límites a las expectativas legítimas del inversor para que no cause el efecto de congelar la actitud del estado respecto de emitir y aplicar regulación; para el especialista Bullard González, la interacción del trato justo y

equitativo y las legítimas expectativas del inversor están empezando a ser parecidas, tanto así que son lo mismo, porque es una forma en que se otorga contenido al trato justo y equitativo, no habiendo una influencia negativa, sino una positiva porque esta legítima expectativa del inversor partirá de un inversor razonable; de igual manera, el especialista Cantuarias Salaverry, considera que el trato justo y equitativo y las legítimas expectativas del inversor son lo mismo, convirtiéndose esta última en un nuevo estándar pro inversionista creado a causa de que el trato justo y equitativo es tan abierto, poco objetivizable y aplicable solo a casos en concreto.

De lo expuesto, se reafirma que la interpretación del trato justo y equitativo se encuentra diversificada, que aunque inicialmente ha tenido elementos que le otorgaban contenido, estos han resultado insuficientes o ineficaces para salvaguardar la inversión extranjera a la luz de los intereses de los inversores, es en ese sentido que surgen las legítimas expectativas del inversor, como un elemento predominante frente al orden público y el sistema regulatorio del Estado, convirtiéndose de esta manera en un concepto frecuentemente susceptible de invocación en la defensa de inversores internacionales frente a controversias internacionales relativas a inversión, sin embargo, su interpretación se intenta delimitar en el estándar de protección mínimo contenido en algunos Tratados Internacionales, pero no ha resultado ser suficiente. Las expectativas legítimas del inversor frente al trato justo y equitativo, se encuentran ganando espacio en el texto de los tratados internacionales, porque un tratado importante como el TPP ya lo encuentra reconociendo en su texto normativo, asimismo, jurisprudencialmente Tribunales como del caso El Paso, han reconocido la fuerte tendencia de interpretar el trato justo y equitativo a la luz de las legítimas expectativas del inversor, tanto así que algunos especialistas opinan que puede llegar a convertirse en un estándar independiente, afirmando que hay un desplazamiento del trato justo y equitativo.

**5.4. Resultado N° 4: Precisar los elementos que debe tener la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión para la emisión de los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI.**

Como se ha podido observar en la presente investigación, la doctrina no se pronuncia expresamente respecto a los elementos específicos que debe contener la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, por lo que algunos especialistas como Soto Coaguila opinan que un elemento del trato justo y equitativo a considerar deben ser las legítimas expectativas del inversor, porque complementa o materializa al trato justo y equitativo, asimismo la especialista

Cristina Ferraro, indica que es importante resaltar a las legítimas expectativas del inversor, pero no son estas las únicas que materializan al trato justo y equitativo en su interpretación, teniendo elementos como la denegación de justicia o falta de debido proceso; sin embargo el especialista Bullard González considera que las legítimas expectativas del inversor puede considerarse como único elemento de violación del trato justo y equitativo, siempre y cuando las legítimas expectativas del inversor estén legitimadas por una declaración o promesa hecha por el Estado; en el mismo sentido el especialista Cantuarias Salaverry también considera, que las legítimas expectativas del inversor están llegando a constituir el único elemento de configuración del trato justo y equitativo, y ante esto se requiere que los Árbitros no se enfoquen caso por caso, como lo han estado realizando, sino que se establezca un marco de interpretación único para la cláusula de trato justo y equitativo.

Es en ese sentido, se han recabado elementos trascendentales y comunes identificados del análisis de criterios reconocidos en los laudos arbitrales y la doctrina, que comparando los razonamientos de cada Árbitro y punto de vista de cada especialista consultado, se ha deducido que la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo debe estar acorde con el Derecho Internacional, porque las afectaciones que se examinarán son vulneraciones con trascendencia internacional, mas no contractuales o de normativas internas; asimismo, los Árbitros para la interpretación del trato justo y equitativo deben apoyarse en los elementos recabados por la doctrina y jurisprudencia, entre los cuales tenemos a: transparencia, denegación de justicia, falta de debido proceso, legítimas expectativas del inversor y no discriminación.

Del análisis realizado, se han tomado criterios comunes en la interpretación de los Árbitros, en los cuales se ha tomado como elementos a: la “transparencia”, un elemento usual en la interpretación de los Árbitros, mediante el cual se utiliza para examinar la conducta del Estado frente a una inversión, porque el actuar del Estado se mide en la comunicación o visibilidad de su marco legal hacia el inversionista internacional; la denegación de justicia, es un elemento post conflicto de inversión, es decir se presenta después de la vulneración a una inversión, pero se utiliza sobre un hecho evidentemente escandaloso de mala fe que sirva para entrapar la defensa del inversionista internacional, requiriéndose para su configuración el agotamiento de las instancias predeterminadas en los ordenamientos jurídicos internos; la falta de debido proceso, es importante este elemento porque el Tribunal examinara el desarrollo de la inversión internacional frente a las instituciones públicas, en especial de los organismos reguladores; las legítimas expectativas del inversor son importantes porque de una manera objetiva, el Tribunal analizara el comportamiento del Estado antes y durante la

inversión, asimismo, resulta relevante porque analizara los hechos en la que una Parte Contratante crea expectativas razonables y justificadas para que la otra parte actúe de conformidad con dicha conducta; y, la no discriminación porque el Tribunal estimara la conducta del Estado en un trato razonable e igualitario a las inversiones que se encuentran en situaciones similares en la misma área o sector.

**5.5. Resultado N° 5: Determinar un marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión para la emisión de los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI.**

De la información recopilada, las opiniones de los especialistas y del análisis de casos, se ha observado la falta de contenido y la divergencia en la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, asimismo se ha evidenciado que las legítimas expectativas del inversor están desplazando al trato justo y equitativo en la reciente interpretación de los Árbitros Internacionales, debido que este estándar no delimita una estructura capaz de brindar seguridad jurídica al inversionista, es por ello que se evidencia la necesidad de establecer un marco de interpretación.

Sin embargo, algunos especialistas como Tovar Gil advierten que establecer una norma que regule al trato justo y equitativo, puede ocasionar que el Estado se comprometa a reconocer una garantía, cuando en realidad tiene una institucionalidad débil, por lo que es poco saludable fijar una norma debido al bajo control de políticas públicas y gobiernos locales; asimismo, el especialista Soto Coaguila señala que para determinar un marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, se debe tener en cuenta la fase de negociación de los Tratados, porque los Estados contratantes tendrán que convenir en una norma que podría brindarles muchas o pocas garantías tanto al inversor extranjero como a su Estado, en ese mismo sentido, el especialista añade que al fijarse una norma sobre trato justo y equitativo, se corre el riesgo que se presente un hecho evidentemente violatorio del estándar y no pueda ser encajado en la norma, por lo que a su consideración, no resulta ser una buena técnica legislativa por el momento.

Establecer una norma que regule el trato justo y equitativo no es saludable por el momento como lo expresan los especialistas, empero delimitar un marco de interpretación en base a una estructura que contenga los elementos reconocidos jurisprudencialmente, si resulta ser viable, como lo indican los especialistas Alfredo Bullard y Cantuarias Salaverry, al señalar que el trato justo y equitativo se debe interpretar de acuerdo a la jurisprudencia arbitral y las fuentes del Derecho Internacional, todas ellas analizadas bajo la buena fe y las políticas transparentes

del Estado, así también como lo señala el especialista Martínez Fraga, que indica la necesidad de delimitar a la cláusula de trato justo y equitativo, para que las legítimas expectativas del inversor no vulneren el orden público.

Asimismo, el reconocimiento del trato justo y equitativo, como un estándar idóneo para brindar seguridad jurídica a los inversores extranjeros, protección a las inversiones internacionales y otorgue respeto a la soberanía de los Estados receptores de inversión, sirve para que los Estados identifiquen falencias en su institucionalidad y se adecuen a una visión integral de protección de las inversiones internacionales, del mismo modo esta estructura contiene elementos que en la evolución del trato justo y equitativo no han sido susceptibles de negociación, sino que han sido reconocidos por la jurisprudencia arbitral, como se ha resaltado a lo largo de la investigación; asimismo una estructura en base a elementos constitutivos del trato justo y equitativo no es escapar u omitir realidades diversas, sino más bien, no permitir interpretaciones equívocas respecto a instituciones jurídicas disímiles, es por ello, que resulta idóneo fijar un marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo.

En la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, los Árbitros tienen en cuenta dos tipos de parámetros bases: el primero, es la razonabilidad que versara sobre la actuación del Estado con debida diligencia y el debido cuidado de no vulnerar la inversión extranjera; y, el segundo, es la justificación en la emisión de normas, porque se circunscribe sobre el proceso de implementación de las normas por parte del Estado, siendo que estas salvaguardarán el respeto a las inversiones y los principios del derecho internacional, sin embargo, del examen de casos analizados, se obtuvo que estos parámetros no pueden considerarse para conformar el marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo porque forman parte per se de la actuación propia del Estado, es decir, el Estado receptor de inversión en su rol de promover y proteger la inversión privada, fija políticas públicas que buscan atraer inversiones, convirtiéndose en una obligación propia del Estado.

Es en ese sentido, que para identificar los elementos que conforman el marco de interpretación del trato justo y equitativo, se han examinado laudos arbitrales internacionales que versan sobre conflictos relativos a inversiones, para encontrar el criterio de interpretación de cada árbitro, asimismo se ha recabado doctrina del tema para que de esa manera se reconozcan los elementos conformantes del trato justo y equitativo para elaborar una propuesta de estructura del estándar.

Del análisis de laudos arbitrales, se han recabado los criterios interpretativos más importantes que han permitido seleccionar a los elementos más útiles, que

permiten comprender y demostrar que un determinado hecho vulnera el estándar internacional, asimismo exponer su justificación es de vital importancia porque estos elementos conformarán un marco interpretativo del trato justo y equitativo:

- a) Laudo Arbitral entre Convial callao S.A. y CCCI – Compañía de Concesiones de Infraestructura S.A. v. República del Perú, Caso CIADI N° ARB/10/2, en el que se ha identificado a las *legítimas expectativas del inversor*, como un elemento útil que sirve para diferenciar las violaciones contractuales de las violaciones al Derecho Internacional y la identificación de una acción soberana que frustre una inversión; asimismo, en el laudo se analiza otro elemento, el *debido proceso*, siendo útil recabarlo porque ha permitido al Árbitro examinar la afectación de un inversionista frente a una conducta arbitraria del Estado, es decir, sirvió para analizar que ningún comportamiento de las partes se oponga al derecho, teniendo en cuenta que para alcanzar el nivel de violación internacional, se deba afectar tanto las razones que motivaron el acto, como los procedimientos que fueron llevados a cabo para tomarlo; otro elemento que se debe de tener en cuenta y es analizado por el Tribunal es la *transparencia*, que permitió determinar el grado de comunicación del Estado frente a un inversor, es decir sea de fácil conocimiento a los inversionistas; en el laudo también se analiza la estabilidad, que le sirve al Tribunal para conocer si el inversionista estuvo afecto a una norma; y, la buena fe, que le sirve al Tribunal para reconocer la finalidad con que actúa la parte, es decir, según los hechos de cada caso, el Tribunal ha encuadrado la conducta en el sentido ordinario de sus términos, a la luz de su objeto y fin, de acuerdo a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; sin embargo, la estabilidad no puede ser considerada como un elemento que conforme la estructura del trato justo y equitativo porque esta institución jurídica, se celebra de manera independiente en acuerdos internacionales de estabilidad jurídica, arancelaria, tributaria, etc. de acuerdo como convengan el inversionista y el Estado, asimismo, la buena fe es importante para la interpretación de los tratados, empero no es esencial para el trato justo y equitativo, como se indicó anteriormente, porque puede existir una posible violación al trato justo y equitativo debido a una conducta omisiva, sin malicia alguna, por lo que no creemos que deba ser considerada como elemento conformante del trato justo y equitativo, sino más bien como parte del conjunto de principios que envuelve el Derecho Internacional.
- b) Laudo Arbitral Nations Energy Inc. Electric Machinery Enterprises Inc. y Jaime Jurado v. La República de Panamá, Caso CIADI N° ARB/06/19, en el que se ha identificado a las legítimas expectativas del inversor, como eje central en la interpretación del trato justo y equitativo, sirviendo al Tribunal para delimitar su aspecto objetivo; asimismo, si bien vuelve aparecer la transparencia en el

análisis del Tribunal, no se puede considerar acertado que lo subsuma en las legítimas expectativas del inversor, porque tiene una función propia en relación a la interpretación del trato justo y equitativo como se había mencionado anteriormente, de la misma manera, el Tribunal considera a la estabilidad dentro de las legítimas expectativas del inversor, por lo que no se puede considerar como una de sus aristas, porque como se ha señalado es una institución jurídica que se celebra de manera independiente y voluntaria en acuerdos internacionales de estabilidad jurídica, arancelaria, tributaria, etc. de acuerdo como convengan las partes contratantes.

- c) Laudo Arbitral entre El Paso Energy International Company v. República de Argentina, Caso CIADI N° ARB/03/15, en el que se ha identificado al estándar de trato justo y equitativo bajo una interpretación a *la luz del derecho internacional* y no del derecho interno, porque se dirime un conflicto internacional y no uno interno; asimismo, el Tribunal en su examen, diferencia al elemento de las *legítimas expectativas del inversor*, en su aspecto objetivo para que reconozca violaciones internacionales de violaciones contractuales o internas, empero añade que estas expectativas deban derivarse de la buena fe, por lo que se indica nuevamente, es más conveniente que se circunscriban al Derecho Internacional; asimismo, el Tribunal considera de manera expresa que la estabilidad no puede ser objeto de interpretación porque el Estado debe tener la posibilidad de realizar los cambios razonables que exigen las circunstancias, para que de esta manera las legítimas expectativas del inversor no ocasionen un congelamiento en su sistema jurídico; finalmente, el criterio expreso del Tribunal es considerar a la *razonabilidad y la proporcionalidad* en la interpretación del trato justo y equitativo, porque garantiza al inversor extranjero la debida consideración de todas las circunstancias del caso en la interpretación del Tribunal.

Asimismo, de la doctrina se ha identificado otros elementos trascendentales que resultan ser útiles para la interpretación de los Árbitros porque diferencian el derecho interno del derecho internacional en la interpretación del trato justo y equitativo, además estos elementos servirán como un control de las vulneraciones que se someten a un análisis del trato justo y equitativo:

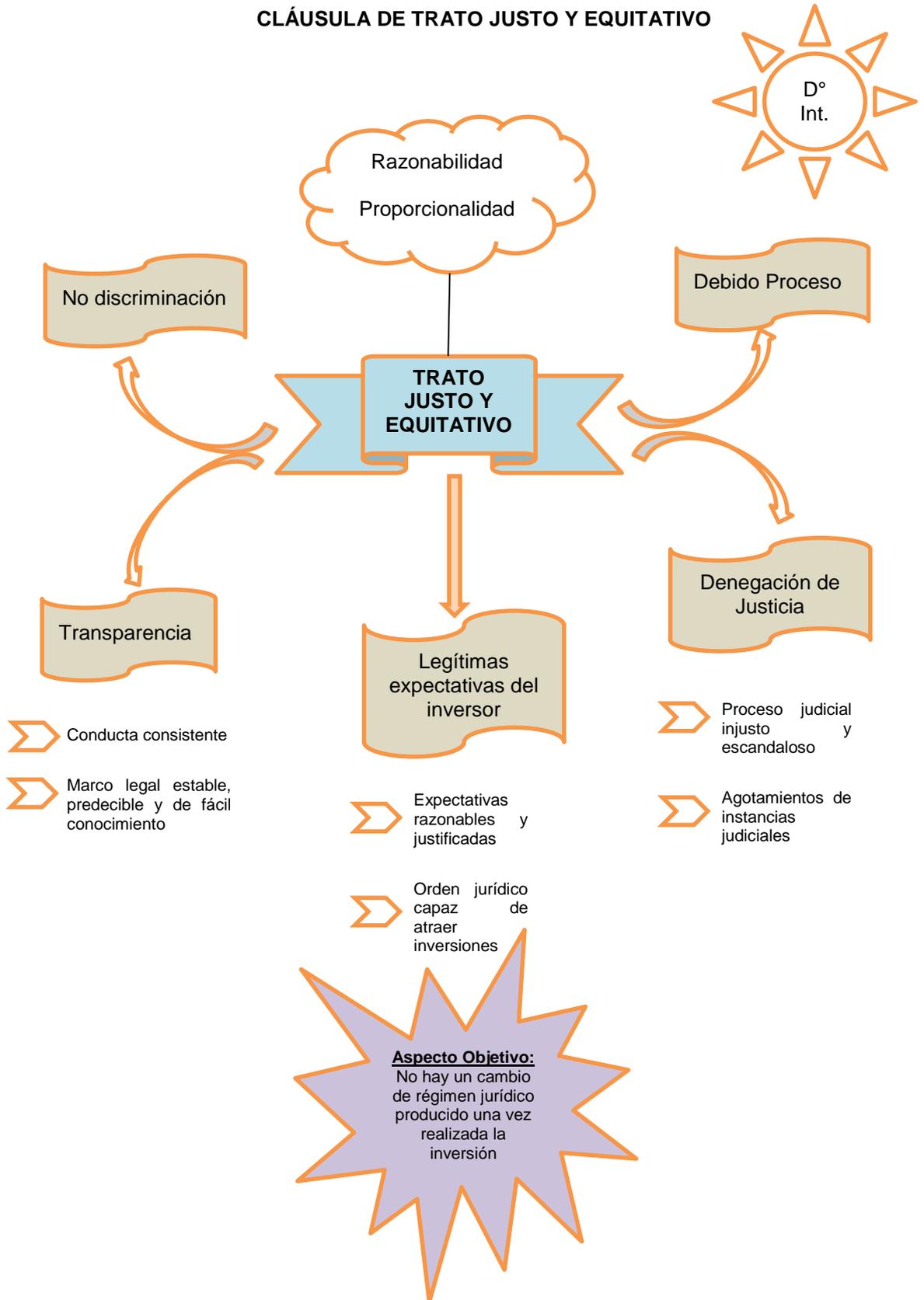
- La denegación de justicia, es un elemento útil para la interpretación del trato justo y equitativo, porque permitirá al Tribunal diferenciar conflictos de derecho internacional y derecho interno que se ventilan en las cortes u otras instituciones domésticas, debido a que los inversionistas en algunas ocasiones intentan acceder a un tribunal arbitral internacional cuando tienen en curso un proceso en el país receptor de inversión, asimismo resulta ser también útil este elemento porque permite el Árbitro realizar una revisión del

trato hacia el inversionista en el proceso que se lleve en la corte o institución doméstica.

- La no discriminación es también un elemento útil para la interpretación del trato justo y equitativo porque permite dilucidar un trato igualitario en la comparación de los inversionistas extranjeros y nacionales impidiendo al Estado de este modo, actuar de manera irrazonable e inconsistente.

De lo expuesto, se establece que el marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, debe estar estructurado por sus elementos: legítimas expectativas del inversor en su aspecto objetivo, no discriminación, debido proceso, transparencia y denegación de justicia, las mismas que serán examinadas bajo los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, a la luz del derecho internacional, conforme al gráfico siguiente.

**GRAFICO N° 8 PROPUESTA DE MARCO DE INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO**



## CONCLUSIONES

- La cláusula de trato justo y equitativo es una cláusula fundamental que otorga protección a los inversionistas extranjeros, esta se presenta de una manera amplia para la interpretación, ofreciendo garantías a los inversionistas internacionales, frente a una afectación a su inversión y se presenta como un estándar propenso a vulnerar la seguridad jurídica de un Estado.
- La amplitud de la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo se evidencia en los laudos arbitrales analizados, porque no hay una definición concreta, ocasionando interpretaciones diversas e incluso incluyéndolas en otras cláusulas de los Tratados Bilaterales de Inversión o adicionalmente sirviendo como argumento para la sustentación de un tipo de violación diferente.
- Los criterios de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo en los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CIADI, a la fecha se rigen de acuerdo a los principios del Derecho Internacional, pero estos se presentan de acuerdo a cada caso en concreto, sin embargo del análisis de los laudos arbitrales se observa a la transparencia y las legítimas expectativas del inversor como instituciones que suelen recurrirse para darle contenido a la cláusula de trato justo y equitativo.
- La tendencia doctrinal y jurisprudencial de la interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo en los laudos arbitrales relativos a inversiones emitidos por el CAIDI, es de predominio de las legítimas expectativas del inversor frente al trato justo y equitativo, porque ante una falta de acuerdo en su interpretación, las legítimas expectativas del inversor se encontrarán otorgándoles contenido provocando confusión con otras cláusulas o equiparándolas con las legítimas expectativas del inversor.
- Las legítimas expectativas del inversor al darle su contenido al trato justo y equitativo, se encontrará influyendo negativamente porque el Estado se verá obligado a tener un cuidado quirúrgico al querer cambiar su ordenamiento jurídico y más aún cuando obligará al Estado a respetar las expectativas legítimas de los inversores extranjeros ante la existencia de un interés público.
- Se ha identificado a la transparencia, no discriminación, denegación de justicia, debido proceso, así como las legítimas expectativas del inversor en su aspecto objetivo, como elementos constitutivos del trato justo y equitativo, en base a doctrina, opiniones de especialistas y laudos arbitrales que han permitido interpretar al estándar conforme al Derecho Internacional.
- El marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo se dará teniendo en cuenta los siguientes elementos: la no discriminación; la transparencia, que consistirá en establecer una conducta consistente, predecible y de fácil conocimiento por parte del Estado; el debido proceso, que garantizara el no acoso por autoridades regulatorias y la no libertad de coerción a los inversores; la denegación de justicia, entendida como un proceso judicial injusto y escandaloso, que ya haya agotado todas las instancias judiciales; y las legítimas expectativas del inversor, entendidas en su aspecto objetivo que no se realizara algún cambio de régimen jurídico producido una vez realizada la inversión, asimismo con las legítimas expectativas del

inversor se tendrá en cuenta una expectativa razonable y justificada y un orden jurídico capaz de atraer inversiones.

## **RECOMENDACIONES**

- Fomentar el estudio del Derecho de las Inversiones Internacionales, para un mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la cláusula de trato justo y equitativo.
- Unificar criterios de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo, porque se ha advertido la diversidad de interpretaciones por parte de los Tribunales Arbitrales, así como la confusión de garantías contenidas en los Tratados Bilaterales de inversión.
- Someter a debate la presente propuesta de marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo.
- Fomentar la buena práctica de inversor razonable en el país, porque si no seremos vulnerables a cometer ilícitos internacionales, susceptibles de violar la cláusula de trato justo y equitativo.
- Fomentar foros de discusión de grandes especialistas para el desarrollo sustancial de la cláusula de trato justo y equitativo, así como las legítimas expectativas del inversor.
- Dar a conocer las entidades que se encargan de salvaguardar y proteger al Estado Peruano frente a conflictos Internacionales relativos a inversiones, las consecuencias de la ausencia de un marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo.

## REFERENCIAS

- Convencion de Viena sobre el derecho de los Tratados (Naciones Unidas 23 de Mayo de 1969).
- Mondev International LTD vs Estados Unidos de America, Caso CIADI N° ARBI (AF)/99/2 (Centro Internacional de Arbitraje relativo a Inversiones 1 de Octubre de 2002).
- Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. La República del Perú, ARB/03/4 (Tribunal Arbitral CIADI 7 de Febrero de 2005).
- Noble Ventures, Inc. C. Rumania, Caso CIADI N° ARB/01/11 (Tribunal CIADI - Noble Ventures, Inc. C. Rumania Octubre de 2005).
- Azurix Corp. c. La República de Argentina, Caso CIADI N° ARB/01/12 (Tribunal CIADI - Azurix Corp. c. La República de Argentina Julio de 2006).
- Metalclad Corporation v. Estados Unidos Mexicanos, Caso N° ARB(AF)/97/1 (CIADI 30 de Agosto de 2010).
- El Paso Energy International Company c. La República Argentina, CASO CIADI N°. ARB/03/15 (Tribunal CIADI Octubre de 2011).
- Americanos, O. d. (2016). *Sistema de Información sobre Comercio Exterior*. Recuperado el 13 de Enero de 2016, de [http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITs\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/ctyindex/PER/PERBITs_s.asp)
- Arsen, P. (2003). *Direito GV*. Recuperado el 23 de Enero de 2016, de <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf>
- Barberis, J. (1984). *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Madrid: Tecnos.
- Blackaby, N. (2008). El Arbitraje Según los Tratados Bilaterales de Inversión. *Via Crisis - Revista Electronica de Derecho Concursal*, 1-42.
- Boeglin, N. (5 de Mayo de 2012). *Comite para la Anulacion de la deuda del Tercer Mundo*. Recuperado el 28 de Junio de 2015, de <http://cadtm.org/Argentina-hacia-una-nueva-denuncia>
- Cabrera Gómez, E. J. (Septiembre de 2014). *Repositorio Digital de Tesis PUCP*. Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5818>
- Cantuarías Salaverry, F. (2007). *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Carbajal Valenzuela, C. (Noviembre de 2016). *Woss & Partners, s.c.* Obtenido de <http://www.woessetpartners.com/BackOffice/manager/pdf/97.pdf>
- Carrillo Salcedo, J. A. (1984). *El Derecho Internacional en un mundo en cambio*. Madrid: Tecnos.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1992). Manual de Derecho Internacion Publico. En B. Ramacciotti, *Curso de Derecho Internacion Publico* (pág. 453).
- Casallas Paramo, D. (2009). *EBSCOhost*. Recuperado el 12 de Noviembre de 2013, de <http://www.ebscohost.com/>
- Castillo Alva, J. L., Lujan Tupez, M., & Zavaleta Rodríguez, R. (2006). *Razonamiento Judicial: Interpretacion, argumentacion y motivacion de las resolucio judiciales - 2da Edición*. Lima: Ara Editores.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (Abril de 2006). Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Washington, EE.UU.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. (Marzo de 2017). *International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Obtenido de [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20\(Spanish\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-1%20(Spanish)%20Final.pdf)
- Chan Arellano, A., & Chang Tokushima, J. (2011). Arbitraje Internacional. Apuntes sobre el arbitraje CIADI. *Jurisdiccion Arbitral. Revista de Arbitraje*, 199-221.
- Chávez Bardales, E. (2010). Control de los riesgos Políticos: Tratados Bilaterales de inversión y el arbitraje CIADI. *Actualidad Jurídica - Gaceta Jurídica*, 35-42.
- Claros Alegría, P. (2007). El Sistema Arbitral del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *ARBITRAJE. El arbitraje en las distrintas areas del Derecho. Segunda Parte*, 409-470.

- Collantes Gonzalez, J. L. (2009). *Estudio Mario Castillo Freyre*. Recuperado el 23 de Enero de 2016, de <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol9.pdf>
- De la Cerda Olivos, C., & Goldenberg Peñafiel, M. (3 de Junio de 2016). *Repositorio Académico de la Universidad de Chile*. Obtenido de [http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112476/de-cerda\\_c.pdf?sequence=1](http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112476/de-cerda_c.pdf?sequence=1)
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2013). *Argumentacion e interpretacion - La motivacion de las decisiones judiciales*. Lima: Editora y librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Finanzas, M. d. (Febrero de 2016). *Ministerio de Economía y Finanzas*. Recuperado el 23 de Febrero de 2016, de [http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com\\_content&view=article&id=379&Itemid=101183](http://www.mef.gob.pe/index.php?option=com_content&view=article&id=379&Itemid=101183)
- Gamboa, F. (1993). Manual de Derecho Internacional Publico. En B. RAMACCIOTTI, *Derecho Internacional Publico. Material de enseñanza de la Facultad de Derecho* (pág. 325). Lima: Fondo de Publicaciones para la Docencia, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Garay, A. (20 de Marzo de 2017). *Osberatorio de Multinacionales en América Latina*. Obtenido de <http://omal.info/spip.php?article4822>
- García Cueto, J. I. (18 de Noviembre de 2016). Requisitos Rationae Personae y Rationae Materiae en el Arbitraje de Inversiones. San Isidro, Lima, Perú.
- Gobierno de la República de Perú y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. (21 de Abril de 1994). Convenio entre el Gobierno de la República de Perú y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre Promoción y Protección de Inversiones.
- Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa. (Mayo de 1966). Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Francesa sobre Promoción y Protección Reciproca de Inversiones.
- Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana. (Mayo de 1994). Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Italiana sobre promoción y protección de inversiones. Roma.
- González de Cossio, F. (2009). *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Recuperado el 20 de Mayo de 2016, de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/39/pr/pr14.pdf>
- Igartua Salaverría, J. (2009). *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima - Bogotá: Palestra Editores S.A.C. y Editorial Temis S.A.
- Juridica, G. (2003). Control riesgos políticos : Tratados bilaterales inversión y arbitraje CIADI. *Actualidad Jurídica : Junio 2003*, 35-42.
- LLano, R., & Miró Quesada, C. (12 de Noviembre de 2016). Arbitrajes bajo Tratados y Contratos. San Isidro, Lima, Perú.
- Lopez Romero, T. (2008). La propiedad intelectual y la protección de inversiones extranjeras: El caso Colombiano. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 69-86.
- López Romero, T. (2008). La propiedad intelectual y la protección de inversiones extranjeras: El caso Colombiano. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 69-86.
- Mancieux, S. (2009). Las normas sustantivas contenidas en los tratados bilaterales de inversion. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 311-326.
- Mancieux, S. (2009). Las normas sustantivas contenidas en los tratados bilaterales de inversión. *Revista de Derecho Puertorriqueño*, 311-326.
- Marquez Escobar, C. &. (2009). Relación e inversión extranjera: Los tratados de promoción reciproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 155-179.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (21 de Marzo de 2017). *Ministerio de Economía y Finanzas*. Obtenido de <https://www.mef.gob.pe/es/obras-por-impuestos/estadisticas/197-inversion-privada/acuerdos-y-convenios-de-promocion-y-proteccion-rec/343-listado-de-acuerdos-y-convenios-de-promocion-de-inversiones>
- Nieto Arteta, L. E. (2011). *La interpretacion de las normas jurídicas - 3ra Edición*. Bogota: Editorial Temis S.A.

- Noveno Foro Anual de Negociadores de inversión de Países en Desarrollo. (Noviembre de 2015). *International Institute for sustainable development*. Obtenido de <https://www.iisd.org/sites/default/files/meterial/IISD%209o%20Foro%20Anual%20Informe%20de%20la%20Reunion%20Espanol.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (20 de Marzo de 2017). *OAS more right for more people*. Obtenido de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>
- Paúl Gutierrez, J. (20 de Marzo de 2017). *Expansión*. Obtenido de <http://www.expansion.com/diccionario-economico/inversion-de-cartera.html>
- Perrone, N. (2012). Los Tratados Bilaterales de Inversión y el Arbitraje Internacional: ¿En dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas? *Foro*, 63-88.
- Perrone, N. (2014). *Centro de Derecho Internacional Económico*. Recuperado el Marzo de 2016, de [http://cdei.itam.mx/medios\\_digitales/archivos/investigacion/ComentariosSobreCasos/2014/PerroneNicolas\\_ArifCMoldava.pdf](http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/investigacion/ComentariosSobreCasos/2014/PerroneNicolas_ArifCMoldava.pdf)
- Prieto Muñoz, J. G. (2010). *UASB - Digital Repositorio Institucional del organismo académico de la Comunidad Andina, CAN*. Recuperado el 1 de Julio de 2015, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2294/1/T0928-MDE-Prieto-EI%20estandar.pdf>
- Ramacciotti, B. (1993). *Curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rebossio, A. (11 de abril de 2012). *El País*. Recuperado el 2016 de Enero de 28, de <http://blogs.elpais.com/eco-americano/2012/04/el-ciadi-el-tribunal-mundial-de-arbitraje-de-inversiones-est%C3%A1-bajo-fuego.html>
- República del Perú y el Reino de España. (17 de Febrero de 1996). Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el Reino de España.
- República del Perú y República de Costa Rica. (1 de Junio de 2013). Tratado de Libre Comercio entre la República del Perú y la República de Costa Rica.
- Reública del Perú y la República Federal de Alemania. (Enero de 1995). Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Lima.
- Rodriguez Ariza, Y. S. (2015). *Universidad Militar Nueva Granada*. Recuperado el Enero de 2016, de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6732/1/MONOGRAF%C3%8DA%20INTERPRETACI%C3%93N%20DEL%20EST%C3%81NDAR%20DEL%20TRATO%20JUSTO%20Y%20EQUITATIVO%20EN%20INVERSIONES%20EXTRANJERAS.pdf>
- Saldarriaga, A. (3-8 de Diciembre de 2012). Cláusula de Trato Justo y Equitativo. Quito, Quito, Ecuador.
- Saldarriaga, A. (3 - 8 de Diciembre de 2012). La nueva generación de políticas en materia de inversiones y la solución de controversias Inversionista - Estado. Quito, Ecuador.
- Vasquez, M. F. (Octubre de 2006). *Arbitraje Comercial Internacional*. Recuperado el 28 de Enero de 2016, de [http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje\\_ante\\_el\\_ciadi/arbitraje\\_ante\\_el\\_ciadi.asp](http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_ante_el_ciadi/arbitraje_ante_el_ciadi.asp)
- Verdross, A. (1982). *Derecho Internacional Público*. Madrid: Biblioteca Aguilar.
- Zambrano Tevar, N. (2007). Arbitraje y proteccion de inversiones. *El arbitraje en las distintas areas del derecho*, 323-360.
- Zelada, C. (21 de Octubre de 2016). Sujetos de Derecho Internacional - Responsabilidad Internacional. San Isidro, Lima, Perú.

# ANEXOS

**ANEXO N° 1**  
**GUÍAS DE ENTREVISTAS**

### **GUIA DE ENTREVISTA**

Entrevistado: **Carlos Soto Coaguila**

Cargo: **Especialista en Inversiones Internacionales**

Fecha: **27 de mayo de 2016**

---

### **CUESTIONARIO**

1. ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo?
2. ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo para resolver un conflicto sobre inversiones internacionales?
3. ¿Qué criterios de interpretación se utilizan para interpretar los laudos arbitrales relativos a inversiones?
4. ¿Qué reglas se utilizan para delimitar los criterios de interpretación aplicados por los árbitros de los Tribunales CIADI respecto a las inversiones internacionales?
5. ¿Se pueden fijar medidas razonables en las cláusulas de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles serían?
6. ¿Existen medidas justificadas de las cláusulas de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles son?
7. ¿De qué manera se desplaza la cláusula de trato justo y equitativo en relación a las expectativas legítimas del inversor?

**Gracias por su tiempo.**

## ENTREVISTA N° 001

**Entrevistado: Carlos Soto Coaguila**

**Cargo: Especialista en Inversiones Internacionales**

**Fecha: 27 de mayo de 2016**

---

1.- ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo?

El único estándar internacional que está contemplado en los Tratados Bilaterales de Inversión es el Trato Justo y Equitativo, ahora que cosa es el trato justo y equitativo, actualmente no se sabe que es, no hay una definición, ahora lo que se puede decir es que no debe de existir una discriminación negativo en el sentido que no debe de haber un acto discriminatorio por parte del Estado y como yo entiendo debe de haber una razón fundamental de los actos del Estado frente al inversor o actos que realice en la inversión. En la práctica en los casos de inversión cuando no encuentras una violación y prefieres demandar al trato justo y equitativo sirve como un cajón de sastre porque allí entra todo. Porque el estándar de expropiación también tiene una serie de variantes pero es claro referente a una expropiación, hay una privación de una ganancia legítima de un bien y hay complicaciones pero está más claro o en todo caso es más complicado para un inversor afectado utilizar el estándar de expropiación directa o indirecta para un caso que no se ha presentado una privación o afectación cuanto está en el desarrollo de la inversión, cláusula de la nación más favorecida, se aplica cuando te quieres beneficiar de otro Tratado, pero el cajón de sastre es el trato justo y equitativo, esto me recuerda al debido proceso que uno lo invoca cuando quiere anular algo en materia arbitral, y dice que si violo algo e invocar el debido proceso, que es el debido proceso, es todo y nada, son estos conceptos etéreos que puedes llenar de lo que se quiere arbitrariamente pero de cualquier aspecto que encaje, una violación al trato justo y equitativo es que no me permitan participar de una licitación por ejemplo.

Se me ocurre una pelea de terrenos en el Callao como DP World, por ejemplo, no hubo un trato Justo y equitativo.

El trato justo y equitativo como estándar creo que se ha ido generando en los últimos años una serie de sub conceptos o sub categorías, en las cuales se encuentra las expectativas legítimas del inversor. La expectativa legítima es lo que tus esperas obtener lo que razonablemente creía el inversor que iba obtener. Yo intervengo en un proceso de licitación o una inversión y el Estado me invita a participar me genera una expectativa, lo que ocurre en la etapa de negociación de un contrato tu negocias un contrato, hay una expectativa legítima que se celebre en tanto participan, no es lo mismo pero te estoy dando un ejemplo porque pueden entender que es una expectativa

legítima y que no es; pero regresando al punto, con el crecimiento del arbitraje de inversión, los estándares contenidos en los Tratados Bilaterales de Inversión, han quedado reducidos o insuficientes para proteger al inversionista, es por eso que se ha tenido que recurrir a conceptos del Derecho Internacional de las Inversiones, por un lado el estado de necesidad del Estado para protegerse y por el otro lado las expectativas legítimas del inversor que podría llevar a preguntarnos si probablemente podremos asumir una tesis que las expectativas legítimas podrían ser elevadas al rango de estándar internacional, ese es un tema como sincerar las cosas. Todos contemplan al trato justo y equitativo, y así en la práctica es comúnmente utilizado o el más utilizado.

3.- ¿Qué criterios de interpretación se utilizan para interpretar los laudos arbitrales relativos a inversiones?

Es más difícil porque no hay una definición o criterios que se le otorga para que pueda interpretarse y lo único que queda es recurrir a la jurisprudencia que hay sobre lo pertinente, Ahora sobre el concepto de inversión, ¿Qué es inversión protegida? Si hubo un caso salinico que han descrito una teoría para saber que es una inversión. Sin embargo, en cuanto al trato justo y equitativo no hay, alguna vez converse con Eduardo Silva Romero, sobre que es el trato justo y equitativo, ni Aristóteles ha sabido definir bien o que es justo y equitativo, entonces lo que se pide es un imposible. Ahora que pasa, se tiene que analizar la casuística pues es necesario crear como la buena fe, lo que pasa con los conceptos abstractos, etéreos, es que tienes que llenarlos de contenido y por lo menos yo no conozco en donde se haya delimitado como en el concepto de inversión, que establece los criterios para calificar que haya una inversión, como al largo plazo o una serie de criterios en el trato justo y equitativo no se ha dado, el trabajo que podrías hacer es recopilar de los laudos que nociones o que estándares desarrollan y de acuerdo a eso indicar que de acuerdo a un laudo se encuentra este determinado estándar, y así poder acumular una serie de criterio pero no hay un laudo que haya señalado un criterio que yo conozca.

4.- ¿De qué manera se desplaza la cláusula de trato justo y equitativo en relación a las expectativas legítimas del inversor?

Yo creo que no hay desplazamiento, considero que las legítimas expectativas están siendo cada vez más invocadas, pero no se encuentran contenidas en los tratados, sin embargo se utiliza como un concepto para explicar ciertos casos, pero no como un concepto autónomo que haya desplazado al trato justo y equitativo, considero además que no lo haya hecho porque allí probablemente llega el punto de tu investigación de tu tesis. Quizá de este trabajo de tesis del trato justo y equitativo puedas detallar los estándares, parámetros y tu identificar cuál de ellos es las expectativas legítimas del inversor, en vez de hacer el esfuerzo de llenarlo de contenido para ver cuál de ellos es, por ejemplo el trato no discriminatorio esta como estándar pero estaría mejor como parte del trato justo y equitativo, sin embargo las expectativas legítimas no las veo como un estándar todavía. Ahora el problema del arbitraje de inversión es que no hay una jurisprudencia que pueda ir guiando porque cada caso va ir resolviendo.

Mencionaste el caso Conviiall, yo participe en el caso Conviiall, allí el Tribunal no dice que gana El Estado, sino que señala que no va a resolver ese conflicto e indica que se vayan a debatir su

conflicto donde indica la cláusula del contrato, no indica que haya habido una inminente violación, no es como el caso Aguaytia o el caso Plus Petrol que dice tiene la razón, aquí es la vía donde se debe discutir.

8.- ¿Se podría decir que el trato justo y equitativo no se encuentra desplazado por las legítimas expectativas del inversor, asimismo considera que se podrían fijar medidas razonables o justificadas por medio de una interpretación?

Si se podría fijar, por medio de mecanismos de negociación y tratados, el problema que los tratados en general y eso va por la Convención del CIADI, no llenan de contenido a los estándares y por el otro lado no hay un consenso, de este modo se debe recordar que ante una inversión privada o una violación a un inversor cuando hay un trato discriminatorio, ósea no es justo y equitativo, coincidiendo todos en eso, porque en el Derecho Internacional Público o Privado se reprocha estos actos, ahora decir cuando se presenta cada uno de estos actos, y entra a delimitarlos, considero que no es una buena técnica legislativa porque primero, no hay un consenso y segundo porque la realidad es tan rica y variada que es muy difícil que se llena de contenido, de acuerdo a caso por caso, recuerda que en un país es más fácil dar o modificar una ley. Tenemos una ley de APP y la quieres modificar, no es tan fácil, pero un mecanismo es el Tratado.

Tenemos la Convención de Nueva York y quieres modificarla y dicen ni la toques. Solo imagínate en el terreno, nadie duda que hay un defecto, y así lo han advertido los expertos, pero frente a este objeto o norma imperfecta que en quienes no tienen norma, prefieren tenerla, pero puedes mejorar si pero la finalidad con la que puedes mejorar es difícil.

Ahora, con el Derecho Internacional si tuviéramos una norma, un trato bilateral o un tratado modelo de inversión y definimos que es inversión, definimos el trato justo y equitativo cuando se presenta o cuáles son los criterios para saber cuándo estas ante una violación al trato justo y equitativo en el caso de expropiación, entonces que sucedería con aquellos casos que no encajarían en estos convenios, como yo hago posible modificar los APP's, es posible pero complicado, ahora yo digo bueno con los ya celebrados no hay nada que hacer, pero con los que vienen se podría introducir estos criterios, en lo personal me resisto a esto, porque considero que no es una buena técnica legislativa y que es preferible cuando tienes una buena jurisprudencia o un buen Tribunal para que llenen estos con contenido, como la buena fe, por otro lado a diferencia de lo que ocurre con los Tribunales Judiciales, en a diferencia de los Tribunales Arbitrales es tal vez para algunos contradictorio pero está debidamente motivada, tal vez podrían estar en desacuerdo pero esta razonada.

Yo considero que los Tratados deben ser lo más simple posible, en materia diplomática, cuando se negocia un Tratado Bilateral u otro es más conveniente que sean más simples y que luego sea la jurisprudencia la que delimite y llene de contenido.

*A manera de conclusión podría recomendarme algún laudo en el cual se haya desplazado al trato justo y equitativo aunque evidentemente su postura es contraria a la de mi tesis*

Se ha encontrado a las expectativas legítimas como una interacción abogadil para poder encontrar dición en el CIADI y para tratar de llenar de contenido a este concepto etéreo, impasible e incomprensible del trato justo y equitativo, no se me viene a la mente que se haya dicho que las expectativas legítimas sea un nuevo estándar algo así.

*Mi tesis busca demostrar que las expectativas legítimas del inversor se encuentran desplazando al trato justo y equitativo*

Lo que pasa es que estas viendo los casos donde las expectativas legítimas del inversor han obtenido un sitio importante pero yo creo y estoy convencido que el trato justo y equitativo es un estándar que siempre va a estar y no puede ser desplazado, lo que yo creo es que las expectativas en los últimos casos han sido complementados, así como los actos propios con la buena fe, porque estos actos propios complementan la buena fe, así ocurre con las legítimas expectativas del inversor, el cual tomado protagonismo, de las cuales los abogados han sabido aprovechar para defender los Derechos de los inversionistas.

El trato justo y equitativo no se sabe que es, es la buena y que es la buena fe, es así que los actos propios tangibilizan la buena fe, es como lo veo yo, considero que te están enfocando más como si reemplazara o sustituyera, lo veo complicado, que cosa son las expectativas legítimas del inversor, es todo, por ejemplo imagina tú tienes tu empresa de telecomunicaciones y quieres entrar al mercado peruano porque piensas tener un monopolio e ingresa telefónica, entonces ¿Hay expectativas legítimas?

Las expectativas legítimas tienen que materializarse en sistemas concretos, por cierto, ocurre también en la etapa previa al contrato, porque una cosa es que tenga el contrato y hay una inversión y entonces en la ejecución de la inversión se presenta la violación y otra cosa es cuando en la etapa de negociación y exploración, hay una expectativa, claro que la hay porque tú tienes una cuenta de riesgo pero tienes que haber razonabilidad.

Me parece atrevido sustituir y tal vez parezco tradicional, pero soy el menos tradicional, siempre he ido a contracorriente, pero considero que hay principios que no pueden ser sustituidos y menos cuando hay un sub principios de ella y bueno si hay un protagonismo pero ningún formando parte de la buena fe.

### GUIA DE ENTREVISTA

Entrevistado: **Cristina Ferraro**

Cargo: **Especialista en Inversiones Internacionales**

Fecha: **27 de mayo de 2016**

---

### CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo?
2. ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo para resolver un conflicto sobre inversiones internacionales?
3. ¿Qué criterios de interpretación se utilizan para interpretar los laudos arbitrales relativos a inversiones?
4. ¿Qué reglas se utilizan para delimitar los criterios de interpretación aplicados por los árbitros de los Tribunales CIADI respecto a las inversiones internacionales?
5. ¿Se pueden fijar medidas razonables en las cláusulas de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles serían?
6. ¿Existen medidas justificadas de las cláusulas de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles son?
7. ¿De qué manera se desplaza la cláusula de trato justo y equitativo en relación a las expectativas legítimas del inversor?

**Gracias por su tiempo.**

**ENTREVISTA N° 002**

**Entrevistado: Cristina Ferraro**

**Cargo: Especialista en Inversiones Internacionales**

**Fecha: 27 de mayo de 2016**

---

1.- ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo?

La importancia que otorga esta cláusula es importante porque otorga una protección a los extranjeros, en un tipo de afectación que no podría llegar a una expropiación pero es esta una de las cláusulas más utilizadas y por lo tanto es muy utilizada, y en la práctica también por eso porque hay una serie de vulneraciones o afectaciones que no llega a una expropiación pero es sin duda afectan a la inversión o al inversionista y deberían ser compensada o repararla, entonces es una cláusula que permite eso justamente. Por otra parte, es una cláusula amplia y muy flexible, en mi opinión se adecua mucho a otorgar protección en casos que es muy difícil encajarlos en algunas de otras protecciones que son más específicas y en especial en esos casos que es difícil de encajar, permite brindarles protección

3.- ¿Qué criterios de interpretación se utilizan para interpretar los laudos arbitrales relativos a inversiones?

Si, a través de las Jurisprudencia hay varios criterios y razonamientos, no es una cláusula muy detallada, sino que es una cláusula amplia y flexible y por lo tanto hay pautas, criterios, habiendo múltiples razonamientos de Tribunales que son muy útiles, pero no hay un único criterio, única posible interpretación. La cláusula de Trato Justo y Equitativo es una cláusula que además se va desarrollando con el tiempo y va evolucionando en el tiempo.

7.- ¿De qué manera se desplaza la cláusula de trato justo y equitativo en relación a las expectativas legítimas del inversor?

Yo creo que los principales criterios o protecciones que se encuentran dentro de la cláusula de Trato Justo y Equitativo, yo no diría que las están desplazando sino mas bien es una de las maneras de entenderlas en mi opinión y por eso hay otras protecciones que están esta cláusula por lo tanto no necesariamente la está desplazando.

*¿De acuerdo a la entrevista reciente que he realizado al Doctor Carlos Soto Coaguila, entiende que las expectativas legítimas del inversor no se encuentran desplazando al trato justo y equitativo, sino que complementa su contenido?*

Exacto, complementa el contenido, el trato justo y equitativo tiene muchas vertientes, muchas maneras de darle contenido y una de las maneras de verlo es a través de las legítimas expectativas del inversor y cuando estas han sido vulneradas, pero es verdad que ha tenido mucha preponderancia, muchos Tribunales le han dado cabida, pero no creo que sea la única ni tampoco que este desplazando a las demás, creo que cada una tiene su importancia, así como lo mencionaste cada una tiene su particularidad. Asimismo, no resulta pertinente hablar en términos generales porque cada uno tiene sus particularidades, por eso me parece interesante que realice la investigación a partir de cada caso en concreto.

*Lo que hago del análisis es encontrar particularidades, por ejemplo, el factor común es la transparencia con la que deba actuarse el Estado que es la Municipalidad o Gobierno Regional, etc., porque lo que se busca es encontrar esos factores para encausar o delimitar el trato justo y equitativo.*

*Usted conoce de algún laudo arbitral que no hay desplazamiento del trato justo y equitativo*

Incluso en aquellos laudos que el Tribunal advierte que hay una vulneración a las legítimas expectativas del inversor, eso no quiere decir que el Tribunal este diciendo que hay tres maneras de vulnerar esas garantías. Los Tribunales Arbitrales suelen resolver el caso concreto que se le presenta, y si se presenta y refiere el tema de las legítimas expectativas del inversor eso no quita que haya otros factores que en otro caso pueden ser relevantes. Los Tribunales al ser abogados en un caso en concreto, ellos no están estableciendo reglas que impidan a otro inversionista en otro caso distinto, encajar esa garantía del Trato Justo y Equitativo bajo otros parámetros distintos a la vulneración de las expectativas del inversor.

Me es difícil contestar la pregunta porque no creo que los Tribunales resuelvan de esa manera, los Tribunales van a un caso en concreto, lo que hay tal vez en algunos Tribunales que entienden que esta garantía está vinculada con las legítimas expectativas y no he visto un caso que solo refiere a las legítimas expectativas del inversor.

*¿Alguna opinión respecto a que las legítimas expectativas del inversor no tienen calidad de estándar?*

Hay varios Tribunales que desarrollan lo que se entiende por legítimas expectativas o expectativa razonable o en que condición o momentos se debe dar para las legítimas expectativas. Hay varios Tribunales que han desarrollado este criterio, pero son criterios desarrollados en un caso en concreto, es por eso que hay que ver en qué caso son y cómo han evolucionado y que factores se toman en cuenta. Hay criterios que se siguen adoptando y siguen la misma línea.

*¿Considera que las legítimas expectativas del inversor deben tener calidad de estándar?*

No es estándar, sin embargo, es una base para el estándar de trato justo y equitativo, el estándar lo que mide es la conducta del Estado, las legítimas expectativas miden las expectativas del inversionista, se tiene que evaluar en conjunto para saber si hubo una vulneración al estándar, creo que es una cuestión de enfoque.

*Ese alcance me da el Doctor Carlos Soto Coaguila, sin embargo, el Doctor Cantuarias es de otra postura, porque considera que, si hay un desplazamiento, siendo rica la investigación porque voy a conflictuar las posturas y voy a encontrar puntos en común que me puedan dar un alcance del marco de interpretación, asimismo considero que encontrarle un contenido al trato justo y equitativo resulta complicado y titánico, sin embargo elaborar un marco de interpretación resulta algo más viable*

Es una clausula abierta y flexible, la tarea del investigador es saber cómo ha evolucionado, como tiene factores que se tomen en cuenta, dado que llegar a una única definición o una única aplicación definitiva y no creo que esa sea tu meta, sino evaluar las que hubo y si se considera es cómo crees que va a seguir evolucionando esta cláusula.

### **GUIA DE ENTREVISTA**

Entrevistado: **Alfredo Bullard González**

Cargo: **Especialista en Inversiones Internacionales**

Fecha: **10 de junio de 2016**

---

### **CUESTIONARIO**

1. ¿Cuál es la importancia de los Tratados Bilaterales de Inversión?
2. ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo para resolver un conflicto sobre inversiones internacionales?
3. ¿Qué criterios de interpretación se utilizan para interpretar los laudos arbitrales relativos a inversiones?
4. ¿Qué reglas se utilizan para delimitar los criterios de interpretación aplicados por los árbitros de los Tribunales CIADI respecto a las inversiones internacionales?
5. ¿Se pueden fijar medidas razonables en las cláusulas de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles serían?
6. ¿Existen medidas justificadas de las cláusulas de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles son?
7. ¿De qué manera se desplaza la cláusula de trato justo y equitativo en relación a las expectativas legítimas del inversor?

**Gracias por su tiempo.**

**ENTREVISTA N° 003**

**Entrevistado: Alfredo Bullard González**

**Cargo: Especialista en Inversiones Internacionales**

**Fecha: 10 de junio de 2016**

---

1.- ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo?

El trato justo y equitativo, no necesariamente se limita a las legítimas expectativas del inversor, sin embargo, si yo tengo la legítima expectativa del inversor de ser tratado de manera justa y equitativa, en el fondo va haber un punto de encuentro en el que todos los casos en que hay un trato contrario a las justas y equitativas es una vulneración al principio del trato justo y equitativo.

*Podría ser el sentido en que las legítimas expectativas del inversor es un complemento o el contenido mismo del trato justo y equitativo*

Eso es, si te digo que te voy a dar un trato justo y equitativo, te voy a generar una expectativa, porque no podría haber la coincidencia ni legítimas expectativas es definido como el desarrollo de una promesa que el Estado hace al inversionista.

*Desde que hay un trato justo y equitativo, hay una promesa, sin embargo, el trato justo y equitativo es más amplio, identificando en los laudos arbitrales que tiene diferentes puntos en singular. Los laudos que desarrollan el trato justo y equitativo mencionan a la transparencia, buena fe, no discriminación, debido proceso y a la estabilidad, siendo esto es un punto en común en cuanto al trato justo y equitativo y las legítimas expectativas del inversor, siendo que la segunda termina siendo invocada prioritariamente en el trato justo y equitativo.*

¿Cómo debería aplicarse el estándar de trato justo y equitativo?

*Considero que el estándar de trato justo y equitativo, debe ceñirse a los principios de derecho internacional, considerando los puntos que le había mencionado y legítimas expectativas del inversor, pero como un pilar.*

No es una legítima expectativa del inversor que tú vas a darme un debido proceso, sí, porque vas a comportarte de buena fe o estos principios que has mencionado, no forman parte de las legítimas expectativas del inversor.

*También puede ser, pero ahí por ejemplo se puede mostrar que las legítimas expectativas del inversor están acumuladas al trato justo y equitativo*

Como yo entiendo a las legítimas expectativas del inversor, el concepto de legítima significa que mi expectativa está legitimada por una declaración o promesa hecha por el Estado, entonces en el fondo las legítimas expectativas no es lo que yo quiera sino que en base a la confianza celebrada por el Estado podría yo querer y bajo ese concepto, no veo esta diferencia o porque se podría acercar el concepto de legítimas expectativas del inversor, siempre que interpretes legítima como lo que legítimamente puede derivarse como promesa o representación del Estado al inversionista, y pueda haber una ecuación en las dos cosas, es un poco de lo que mencionas, se está empezando a parecer tanto que en realidad son lo mismo. Si yo hago una representación determinada en base a la promesa que he efectuado, es legítimo que yo haya esperado tal cosa, por ejemplo si yo te digo que en mi representación explícita o implícita en que cualquier o que te voy aplicar impuestos razonables y no te aplico impuestos razonables eso vulnera las legítimas expectativas del inversor o por ejemplo quedamos en que no te voy aplicar un impuesto confiscatorio y te aplico un impuesto confiscatorio de una tasa sobre el patrimonio, eso vulnera el trato justo y equitativo y también vulnera a las legítimas expectativas del inversor porque las legítimas expectativas del inversor es que no me vas aplicar los impuestos, las legítimas expectativas del inversor no entendida en función a cualquier cosa que legítimamente yo podría esperar, sino es que cualquier cosa que legítimamente que yo pueda esperar en función a la representación hecha por el Estado que hacer receptor de la inversión, entonces mi punto es que no estoy seguro que el acercamiento o desplazamiento sea un desplazamiento sino simplemente el mismo concepto con diferente contenido en función, a que siempre se entienda legítimo como aquello que se pueda derivar de una promesa, no algo que no se derive de la promesa.

*Lo que se puede concluir de su explicación es que las legítimas expectativas del inversor están sustituyendo al trato justo y equitativo*

Si o son lo mismo, porque es una forma en la que se le ha dado un contenido al trato justo y equitativo porque tiene un problema que usa dos palabras que nadie sabe que significan, justo y equitativo, es una discusión que se puede tener por años, mientras que los Tribunales arbitrales tienen que recurrir a estos principios que has mencionado, pero de nuevo, son principios muy abiertos, entonces lo que creo que trata de reconstruir la jurisprudencia cuando usa el concepto de legítimas expectativas del inversor es tratar de aterrizar el concepto y como lo aterriza, un inversionista frente a una promesa de ese tipo sea contenida en un BITs o en un contrato que esperaría un inversionista frente a una declaración contenida en el BIT, entonces le doy un poderío, es justo y equitativo que tu respondas a la expectativa que tu promesa ha esperado entonces le das un poco más de aterrizaje, entonces estas tratando de reconstruir que era razonable que el inversionista esperaba y muy parecido al análisis de la teoría de los actos propios, en la doctrina de los actos propios, cuando una persona contradice su propia conducta el estándar que se utiliza es la expectativa que se generó la contraparte frente a tu conducta futura, tu desarrollaste una conducta que en principio no es un contrato, un acuerdo, entonces se ha desarrollado un concepto y luego se ha entrado a contradicción, imagínate de la persona que reclama a su contraparte que no tenía facultades para desarrollar este tipo de actos, no tenía facultades de demostración pero luego se demuestra que la persona recibió un beneficio,

entonces o que yo digo lo justo es que las legítimas expectativas generadas por mí no van a generar estos facultades de representación y entonces te vincula, entonces en mi legítima expectativa y contrario a los actos propios, que es un concepto general que te comportes de tal o cual manera, no termina de ser claro. ¿Para ti este desplazamiento es bueno o malo?

*Es lo que intento demostrar, sin embargo, considero que es malo.*

Mi opinión preliminar, sin conocer lo que vas a realizar en tu investigación mi impresión es que tu estas generando un estándar que trata de objetivar dentro de lo que se puede objetivar como se aplican dos clausulas muy abiertas como son el trato justo y equitativo que son términos muy abiertos, tratas de reflejarla en cual reacción esperable en la práctica usual inversionista – Estado pueda tener de las legítimas expectativas del inversionista y cuando se refiere a legítima no se refiere a las legítimas expectativas del inversor.

*¿Usted considera que hay una influencia positiva o negativa ante la ausencia de un marco de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo?*

Si y no, el Derecho Internacional está lleno de cláusulas bisagras, términos de conceptos muy amplios como la buena fe, abuso del derecho, son conceptos que no tienen un contenido propio y dejan un margen amplio de interpretación y que su función primordial es de mecanismo de ajuste, por eso las llamo bisagra, para flexibilizar un sistema que le es difícil contemplar todos los supuestos en general, los tratados de protección de inversiones usan un tipo de conceptos, buena fe, trato justo y equitativo e incluso conceptos tan abiertos como equidad que no entra claramente definidas y que por definición son conceptos que permite flexibilidad, eso no quiere decir que los árbitros estén libres para decir lo que quisiera sino que estos árbitros deben aplicar estos conceptos a la luz de criterios lo más objetivos posibles para su aplicación que son la buena fe, el trato justo y equitativo, entre otros. También yo diría en parte sí que la función de estos conceptos que son flexibles para ser llenados de contenido, pero no es una carta blanca para que el árbitro pueda hacer lo que quiera, tiene que tener algún limite objetivo, citar doctrina, citar casis, citar la práctica internacional, citar los estudios en inversiones, esta lex mercatoria para sustentar lo que dice.

3.- ¿Qué criterios de interpretación se utilizan para interpretar los laudos arbitrales relativos a inversiones?

Son muy parecidos a los métodos de interpretación generales, lo que ocurre que te estas refiriendo a una área donde la literalidad no ayuda mucho, los conceptos que se utilizan son muy abiertos, entonces el punto de vista del trato justo y equitativo no es lo mismo decir a una botella de gaseosa porque el trato justo y equitativo no tiene contenido y cuando refiere a botella de gaseosa es simple, es así que al mencionar el trato justo y equitativo no es fácil, en general diría que cuando refieres a método más utilizado para interpretar un tratado es el método teleológico, método que se pregunta que persigue el Derecho de Inversiones, tenga una funcionalidad que va dirigida a la protección de las inversiones sin generar que necesariamente se obligue a ir a los orígenes, porque existe el Derecho de las inversiones, porque para traer inversión los Estados hacen promesas abiertas o cerradas, generando o concretando, como en el caso de los BITs muy

generales lo que ha traído inversionistas, por eso tiene sentido cuando hablas de las legítimas expectativas como lo tuviste, es una oferta y porque acepto, lo que generó una legítima expectativa. La legítima expectativa del inversionista es una interpretación teleológica funcional porque lo que tu estas diciendo es como un inversionista en función a usos y costumbres en esta lex mercatoria del inversionista esto es un derecho que se va llenando con la jurisprudencia, yo creo que se presta mucho a la interpretación teleológica funcional que básicamente lo que busca es cuál es el efecto práctico, que se hizo esta oferta, el inversionista creyó hasta donde se encuentra protegido a partir de allí construir.

*Yo había leído un artículo del Doctor Nicolas Perrone, en el cual cita a Kauffman y puso un ejemplo, el Estado ha actuado de buena fe sin embargo ha violado las legítimas expectativas del inversor.*

Todos estos conceptos visagra son parecidos, en el abuso del derecho la versión más moderna por ejemplo no se usa el método subjetivo, en cuanto a lo que era razonable ya no creer. El efecto objetivo es lo que interesa y de alguna manera eso importa en el Derecho de Inversiones, tener un elemento objetivo.

5.- ¿Se pueden fijar medidas razonables y justificadas en las cláusulas de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles serían?

Precisamente es la aplicación de estos conceptos, principios o valores o practicas desarrolladas en la comunidad de los inversionistas que tienen que ver mucho con la práctica interpretativa, yo sí creo que es legítimo las legítimas expectativas del inversor, valga la redundancia, el punto principal es que las legítimas expectativas del inversor no se pueden entender bajo una interpretación subjetiva a que me refiero, no es lo que el inversionista tal puede haber creído muchas cosas, es lo que un inversionista razonable en abstracto hubiera creído tener en circunstancias normales a que me refiero, ven a invertir a este país a construir puentes, tengo las expectativas de ganar millones, es una expectativa propia, la legítima expectativa no es la expectativa concreta de la empresa, sino aquella que se debe medir en abstracto, cuando la jurisprudencia arbitral hace mención a las legítimas expectativas del inversor no debía referirse a las legítimas expectativas concretas, salvo que se encuentre en la promesa en un contrato, en general es en abstracto. Por ejemplo, un inversor razonable, que esperaría y un concreto que podría esperar.

*Mi pregunta esta en relación a lo explicado*

Las legítimas expectativas del inversor es una forma de darle contenido al trato justo y equitativo y ante esto no hay una influencia negativa, sino una positiva, entendiéndose esta legítima expectativa del inversor de un inversor razonable.

*¿Considera usted a las legítimas expectativas del inversor como un estándar?*

Considero que te has estado enfocando a las legítimas expectativas en concreto, sin embargo, debe ser en abstracto de lo que el inversionista, salvo que sea una propuesta específica. Es un estándar mirando a las legítimas expectativas del inversor en abstracto y no en concreto, una inversión colocada en las circunstancias del Estado, legítimamente se podría esperar un

comportamiento cosa absurda. El Estado te dice que vas a tener un trato justo y equitativo y que te va a proteger para que ganes plata, no, lo que te garantiza es un ambiente donde no va a ser influenciado por temor por temas que te pudieran afectar.

### **GUIA DE ENTREVISTA**

Entrevistado: **Fernando Cantuarias Salaverry**

Cargo: **Especialista en Inversiones Internacionales**

Fecha: **13 de junio de 2016**

---

### **CUESTIONARIO**

1. ¿Cuál es la importancia de los Tratados Bilaterales de Inversión?
2. ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo para resolver un conflicto sobre inversiones internacionales?
3. ¿Qué criterios de interpretación se utilizan para interpretar los laudos arbitrales relativos a inversiones?
4. ¿Qué reglas se utilizan para delimitar los criterios de interpretación aplicados por los árbitros de los Tribunales CIADI respecto a las inversiones internacionales?
5. ¿Se pueden fijar medidas razonables en las cláusulas de trato justo y equitativo de los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles serían?
6. ¿Existen medidas justificadas de las cláusulas de trato justo y equitativo en los Tratados Bilaterales de Inversión? ¿Cuáles son?
7. ¿De qué manera se desplaza la cláusula de trato justo y equitativo en relación a las expectativas legítimas del inversor?

**Gracias por su tiempo.**

**ENTREVISTA N° 004**

Entrevistado: **Fernando Cantuarias Salaverry**

Cargo: **Especialista en Inversiones Internacionales**

Fecha: **13 de junio de 2016**

---

1.- ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo?

Primeramente, tengo que mencionar que partes de una institución discutible, el tema en si es complicado porque no hay respuesta.

*Nadie sabe que es justo y equitativo*

Más que eso ni la doctrina ni la jurisprudencia, yo creo que uno sabe que es justo y equitativo, el problema es en identificar el estándar, porque por un lado tiene el trato justo y equitativo tradicional, construido con la influencia del Derecho Consuetudinario, se evidencia como un estándar altísimo y tiene el estándar construido a partir de los primeros fallos que comienzan a ser interpretados a partir de los TBI que te dicen no es eso, es otra cosa, generándose puntos intermedios como los fallos dentro del sistema de EE.UU., Canadá y México, no es que nadie sepa, sino que tiene tres maneras de entenderlo distinto.

*Las legítimas expectativas del inversor no tienen calidad de estándar sin embargo hay algunos autores que indican que sí.*

Claro, ya se ha convertido en un estándar, tal es así que de cada 3 laudos que salen sobre el tema, al menos 1 sale con ese estándar, o sea ya se convirtió.

*¿De qué manera se ve influenciado la ausencia de un marco de interpretación al trato justo y equitativo?*

Ninguno de los estándares que está en los TLC o en los BITs están definidos, no es un problema de ese estándar en particular, sino es un problema en general, ningún estándar está definido, lo que se debe de hacer es desarrollar a través de la jurisprudencia lo que son las fuentes del Derecho, entonces allí hay un gran problema, cual es el estándar concreto. Yo creo que el estándar que viene del Derecho Consuetudinario Internacional es un estándar muerto, primeramente fijado entre Estados para responder a un Estado contra otro Estado, como todo estándar entre Estados se busca a través de la soberanía, para subir un poco al nivel del estándar, acuérdate este estándar no dependía de la mala fe, no dependía de la intención del Estado, no le vas achacar a un Estado mala fe, sino un trato casi casi salvaje, ese estándar no puede ser

aplicado a un inversionista, lo que se ha hecho a partir de los TLC o los BITs es encontrar un estándar distinto, primero que sea a la inversión, porque este estandar no protegía a los individuos, sino a los nacionales y ahora se protege a las empresas, considero que la mutación ha sido razonable, me parece a mí que cuando se dan estos primeros fallos entre EE.UU., Canadá y México y sale esta institución de los miembros del tratado y luego dicen este estándar es consuetudinario, sin embargo esto ha merecido de los árbitros después un Derecho Consuetudinario mejorado, considero que en el estándar, traído al siglo XXI un tema que ya afecta al Estado contra Estado, traído a un tema que ya no solo afecta a empresas, yo creo que ese es el estándar que debería primar, ese es un extremo del Derecho Consuetudinario clásico que esta fuera de fecha, estas legítimas expectativas del inversionistas que suena muy bonito pero la verdad está muy a la derecha y esto es a la luz de la interpretación de los laudos arbitrales de los países de EE.UU., Canadá y México, yo considero que eso es el estándar.

*¿Diferentes autores consideran que las legítimas expectativas del inversor le van a dar contenido al trato justo y equitativo, está de acuerdo?*

La idea de las legítimas expectativas del inversor sin duda no es caso por caso, es como el estándar de buen padre de familia.

3.- ¿Qué criterios de interpretación se utilizan para interpretar los laudos arbitrales relativos a inversiones?

Si vas aplicar las legítimas expectativas del inversor, debes necesariamente saber cómo se ha comportado el Estado, si el Estado ha sido transparente que puede reclamar el inversionista, en general lo que se castiga al Estado es cuando se atrae a los inversionistas, luego saca las garras, es por eso nosotros más transparentes sea el Estado en sus políticas y en su marco normativo que va afectar al inversor va a estar más lejos de apelar a este estándar, todo se debe de analizar bajo la buena fe, la conducta del inversionista se debe ser cada vez con las legítimas expectativas que uno tenía, y cuando llegue me ofrecieron esto y esto pero que finalmente paso, es un estándar indirecto y depende de acuerdo al caso en concreto. Alguna vez leí que este estándar se debe de aplicar de acuerdo a lo mencionado por un Vocal de la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. frente a un caso de pornografía, yo no sé lo que es pornografía pero cuando lo veo lo sé, yo no sé definirlo pero lo sé cuándo lo veo, cuando veo que el inversionista tiene un marco razonable por este lado y terminar dándole de este y después de que invierta, porque hasta que invierta el marco no se mueve, es un estándar sumamente abierto y si tú lo analizas antes de esta mutación es un estándar único y sumamente exigente, antes debías realizar acciones salvajes para que funcione.

*¿Considera usted la dinámica de la buena fe y actos propios parecido a la del trato justo y equitativo con las legítimas expectativas del inversor, en relación a su interpretación?*

Es difícil encontrar actos propios en un movimiento interno dentro de un Estado, los actos propios están destinados para actos individuales, particulares, claramente identificables, yo te di la idea que fue así y fue aza y no aquí es un marco en general, me viene a la mente el caso Metalclad, en donde el marco legal no cambia pero a partir de ese marco legal México recibió a Metalclad con

serpentinadas y globos, sin embargo esa conducta no se puede considerar como actos propios y eso no significa que han sido violados tus derechos, es natural del Estado que te de globos y luego te saque los dientes, yo no encuentro en ese cambio actos propios, yo encuentro buena fe.

*Doctor la comparación iba más que todo en el contenido en función a que los actos propios le van a dar contenido a la buena fe.*

No me gustan los actos propios, y no creo que hayan cambio de actos por parte del Estado, ese mismo Estado en sus dos papeles la del Estado que te dice ven y la otra que te dice ven paga más impuestos el Estado tiene esa doble cara, lo que te quiero decir es que la regla es a partir del marco interpretativo de cada país porque no es lo mismo jugar en EEUU que jugar en Perú, es de esperar que en el Perú el Estado se comporte de una manera menos Suiza, es decir que países del tercer mundo tenga un marco legal transparente en el sentido más estricto del término, o sea el estándar de las legítimas expectativas del inversor es un estándar objetivo que se mide de acuerdo al Estado en cuestión lo cual lo complica más.

*Es por eso que en la muestra mi investigación tomo laudos latinoamericanos*

Ten en cuenta que, a México, E.E.U.U. y Canadá, tiene un costo México.

*Considera que tiene un beneficio, que es el estándar desarrollado frente a otros países.*

Probablemente, aunque el caso Metalclad dice lo contrario, casi casi le dan un trato africano a México.

*Usted considera que las legítimas expectativas del inversor se encuentran desplazando o sustituyendo al trato justo y equitativo*

No digo sustituirlo porque yo veo jurisprudencia Nafta y se niegan a usar ese término, sin embargo, considero que hay un punto intermedio, yo creo que salvo los acuerdos de los miembros del Nafta a los TLC que celebra E.E.U.U., tú ves la jurisprudencia de estos países y ves que el género de los fallos aplica las legítimas expectativas del inversor.

*Entonces se ha venido desplazando al trato justo y equitativo*

Si, si, parece que ha eso varios les gusta, no suena mal, sino que este estándar es tan abierto y poco objetivizable y aplicable al caso en concreto que más que todo al Estado en concreto, yo veo muy difícil aplicar este estándar y decir aplicar el mismo estándar en E.E.U.U. que en Perú, no pues.

Las legítimas expectativas del inversor son distintas, uno espera que en Perú sea más salvaje por eso va aplicar el estándar E.E.U.U., pero a las finales se acomoda a lo que quieres resolver, que es proteger al inversionista.

*Más que todo, las legítimas expectativas del inversor son invocadas por los abogados y ahora estas se encuentran en un rango de estándar frente al trato justo y equitativo.*

Bueno no está frente, es el estándar de trato justo y equitativo, no es que esta frente es el estándar, no confundas las cosas. El estándar de trato justo y equitativo del siglo XXI, dentro de los BITs y TLC, no del Derecho Consuetudinario que era entre Estados por hacer responder internacionalmente entre Estados, ese es el argumento, ahora ya se mutó, estos tratados entre

Estados ya permiten que responda un individuo y es para proteger inversionistas, lo anterior era para proteger nacionales, esto hace que el estándar se entienda dentro del Derecho Consuetudinario porque fuera del Trato de las inversiones el trato justo y equitativo, se mantiene en las relaciones entre Estados, los Estados fuera del ámbito de las inversiones, tienen que seguir comportándose de acuerdo al estándar internacional, ya que eso no ha desaparecido y queda para los nacionales, es por eso que indico que ha mutado para las inversiones porque esa propia naturaleza y es un argumento que no lo cómo, porque yo no puedo aplicar un estándar histórico tradicional como es este del Derecho Consuetudinario a las inversiones, no tiene lógica y ahora que este estándar de las legítimas expectativas del inversor sea lógico ese es otro tema, me temo que ha pasado 15 años y no se ha encontrado nada mejor. Todos estos estándares vienen de la jurisprudencia internacional, nacen de los abogados, sin duda, no tiene absolutamente nada de incorrecto que los abogados creen el Derecho Internacional, sin embargo el problema reside en que es un estándar abierto, que te puede agarrar con los pantalones arriba y pierden, es un estándar que se ha creado ex post, seguramente la mayoría de los casos que te has encontrado son mortis causa, este es un estándar de salida, ya salí, ya perdí y ahora quiero que me devuelvas. El Estado que realiza esto debe asumir las consecuencias.

### GUIA DE ENTREVISTA

Entrevistado: **Pedro Martínez Fraga**

Cargo: **Especialista en Arbitraje de Inversiones Internacionales**

Fecha: **05 de noviembre de 2016**

---

### CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo contenida en los Tratados Bilaterales de Inversión?
2. ¿Existen criterios de interpretación de la cláusula de trato justo y equitativo que aplican los Árbitros de los Tribunales CIADI? ¿Cuáles son?
3. ¿Considera usted, que en la actualidad las legítimas expectativas del inversor están desplazando al trato justo y equitativo? ¿Por qué?

**Gracias por su tiempo.**

**ENTREVISTA N° 006**

Entrevistado: **Pedro Martínez Fraga**

Cargo: **Especialista en Arbitraje de Inversiones Internacionales**

Fecha: **05 de noviembre de 2016**

---

1. Tiene una importancia inmensa a partir del año 2000, este es el estándar de protección más acudido por demandante en todo el Derecho Internacional Público, en todo el Arbitraje Internacional Inversor – Estado, la razón por la cual los demandantes han acudido con tanto vigor a este estándar de protección como reclamación principal.

Tiene 4 explicaciones fundamentales:

Primero: Este estándar de protección no define si aplica solamente a un tipo de conducta por el soberano en el ejercicio de la soberanía regulatoria o legislativa o judicial. Aparentemente aplica a cualquier acto soberano o de Estado

Segundo: La inversión en cuestión puede ser tratada de buena manera, conforme por ejemplo un trato nacional, igual que se trata las inversiones nacionales y por el mero hecho de haberse disminuido en valor ya puede dar pie a la violación del trato justo y equitativo.

Tercero: El TJE nace como producto de codificación y no del Derecho Consuetudinario Internacional y como es el producto de codificación está limitado al contexto de su génesis, de hecho los primeros TBI APRI como Alemania y Pakistán no lo tenía.

Cuarto: el TJE debe estar vinculado al Derecho Internacional consuetudinario, al estándar mínimo internacional como se ve en NAFTA,

Quinto: debe estar limitado por el contexto que aparece en los tratados, eso esto talmente necesario para que no sea todo para cualquiera, no puede ser tan extensivo que lo que hace es limitar el ejercicio obligatorio del estado de emitir reglas regulatorias de legislación

2. Creo que sí, pero creo que encontramos los laudos que se pronuncian de manera en conflicto entre sí mismo. Algunos laudos por ejemplo encuentran que se viola la protección de TJE por la manera que el E aplica las normas regulatorias o las leyes del Estado, otros Tribunales que se viola cuando las normas regulatorias o legislativas no son lo suficientemente transparente no por la aplicación sino por la propia naturaleza de las normas. Otros Tribunales encuentran por los dos factores.

La mayoría de Tribunales han aceptado alguna versión del criterio de los elementos dibujados por el Tribunal Metalclad, Tecmed siguen toda una línea, otros tribunales dicen lo opuesto que no pueden ser las expectativas razonables del inversor solamente que tiene que haber un plus, por ejemplo, diligencia por parte del inversor, si esta expectativas son razonables, objetivas, subjetivas-razonables, los elementos constitutivos del estándar no se han depurado.

3. Si da esa impresión, y eso no debe de ser el caso por eso digo que debe de haber un vínculo entre el estándar de protección de TJE y el Derecho internacional consuetudinario, debe de haber más precisión en que más actos regulatorios o de ejercicio soberano de las regulatorias son de la soberanía del estado son los que son compensables y no compensables, tiene que haber límites al estándar este no cause el efecto de congelar la actitud del estado respecto de emitir regulación y aplicar regulación.

### **GUIA DE ENTREVISTA**

Entrevistado: **María del Carmen Tovar Gil**

Cargo: **Especialista en Inversiones Internacionales**

Fecha: **05 de enero de 2017**

---

### **CUESTIONARIO**

1. ¿Cuál es la importancia de la cláusula de trato justo y equitativo contenida en los Tratados Bilaterales de Inversión?
2. ¿La cláusula de trato justo y equitativo tiene un significado nebuloso, es positivo o negativo?
3. ¿Los árbitros desarrollan los elementos del trato justo y equitativo en sus laudos arbitrales para dilucidar su contenido? ¿Por qué?
4. ¿Considera usted, que en la actualidad las legítimas expectativas del inversor están desplazando al trato justo y equitativo? ¿Por qué?
5. ¿Considera usted que la influencia de las legítimas expectativas del inversor, tiene una influencia negativa?

**Gracias por su tiempo.**

**ENTREVISTA N° 006**

Entrevistado: **María del Carmen Tovar Gil**

Cargo: **Especialista en Inversiones Internacionales**

Fecha: **05 de enero de 2017**

---

1. En los tratados se ofrece el trato justo y equitativo como una garantía para los inversionistas extranjeros, en la que cabe muchísimo, sin embargo, es una garantía subjetiva e incluso en la jurisprudencia en la materia se convierte en algo genérico.
2. El trato justo y equitativo es una de las garantías que compromete al Estado, por ejemplo, al momento de celebrar el tratado los Estados consignaran que es el trato justo y equitativo y ellos deberán de tener cuidado con lo que se consignara porque deben tener en cuenta que el país tiene una institucionalidad débil. Además, el trato justo y equitativo no es fácil que se pueda infringir tan fácilmente porque debe repercutir en el Derecho Internacional, a comparación de las vulneraciones contractuales que estas deben fijarse en el derecho interno.
3. Los árbitros no suelen desarrollar que se entiende por trato justo y equitativo, sino que recurren a sus elementos y en el mismo sentido no los desarrollan a plenitud, cuestión diferente sucede con la expropiación directa, en la cual los árbitros.
4. En relación al desplazamiento del trato justo y equitativo por las legítimas expectativas del inversor, considero que hay una relación de elemento y un todo, sin embargo, si considero que las legítimas expectativas del inversor es un elemento importante que tiene un rol protagónico.

Considero que las legítimas expectativas del inversor tienen tanto protagonismo como el trato justo y equitativo, si bien no es obligatorio, la defensa lo usa mucho, e incluso las legítimas expectativas recurren al trato justo y equitativo como única garantía compatible asimismo considero que se está convirtiendo en la garantía de la garantía.