

LA PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENA DE LAS INVERSIONES EL ESTÁNDAR OLVIDADO DE LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN?

Francisco Endara Flores¹

RESUMEN:

Dentro del Derecho de la Inversiones encontramos que los estándares que más reclamos y más veces han sido invocados por parte de los Inversionistas, recibiendo consecuentemente un mayor desarrollo jurisprudencial y atención de los académicos son el del trato justo y equitativo, junto con la expropiación. Dejando casi desapercibido al estándar de protección y seguridad plena, convirtiéndole el estándar olvidado de los Tratados Bilaterales de Inversión, en adelante TBI's o TBI.

Es por ello, que en el presente trabajo se analizará; examinará el alcance del Derecho del inversionista a recibir seguridad y protección plena por parte del Estado, su interacción con el estándar de trato justo y equitativo, y las conclusiones pertinentes.

PALABRAS CLAVES:

Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).- Costumbre internacional.- Mínimo internacional.- Tratado.- Derecho internacional consuetudinario.- Inversión.-

SUMARIO:

I.-Alcance del estándar.- II.- Relación con la Costumbre Internacional (Trato mínimo internacional).- III.- ¿Protección únicamente física?.- IV.- Interacción con el Trato Justo y Equitativo.- V.- Conclusiones.-

¹ Abogado de nacionalidad ecuatoriana

I.- Alcance del estándar.-

El alcance tradicional de este estándar, ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia en materia de inversiones como el que estándar que *“impone una obligación en el Estado de adoptar razonablemente todas las medidas para proteger la seguridad física, de los bienes y activos de amenazas o ataques dirigidos particularmente sobre extranjeros [inversionistas]”*². No estándoles permitido *“invocar su propia legislación para sustraerse de esta obligación.”*³

Tanto la escasa jurisprudencia sobre este estándar, así como la doctrina⁴ son claros en señalar que la obligación asumida por el Estado, es una obligación general que requiere que este se conduzca con la *“devida diligencia en la protección de los inversiones extranjera, [la responsabilidad estatal no se genera de manera] directa y estricta”*⁵; que impondría a este la obligación de reparar *“todas las destrucciones de las inversiones, aún cuando fueren causados por personas cuyos actos no podrían ser atribuidos al Estado.”*⁶

² G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*, Tome 269, 1997, p.347. En términos muy similares han conceptualizado la Obligación del Estado, los tribunales de los Casos *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka. Dissenting Opinion of Judge Asante.*; *AMT vs. Zaire*, *Wena Hotels Limited v Egypt*, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000. Para. 84.

³ *Wena Hotels Limited v Egypt*, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000. Para. 84.

⁴ Bishop, Doak et. All. *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*. Editorial Kluwer Law Internacional. Pág.1008. Véase también, Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph. *“Principles of International Investment Law”*. Oxford University, Press. UNCTAD *Bilateral Investment Treaties in the Mid- 1990’s* (1998). R. Dolzer and M. Stevens in *Bilateral Investment Treaties, ICSID, 1995*. G. Sacerdoti, “Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection”, *Recueil des Cours*, Tome 269, 1997, p.347.

⁵ R. Dolzer and M. Stevens in *Bilateral Investment Treaties, ICSID, 1995*

⁶ R. Dolzer and M. Stevens in *Bilateral Investment Treaties, ICSID, 1995*. Ese fue el caso en *AAP v. Sri Lanka*, en el cual se condeno a Sri Lanka por no haber tomado las precauciones, o medidas necesarias al momento de conducir operaciones contra subversivas en un lugar cercano al inversionista, en su razonamiento el tribunal tras observar que las acciones no eran directamente atribuibles a Sri Lanka, (porque los

Esto es así porque el estándar de las protecciones y seguridades plenas, no es una “obligación absoluta que garantice que no se sufrirá daños, en el sentido de que cualquier daño genere automáticamente la responsabilidad del Estado.”⁷ Tampoco, puede tomarse como una garantía de que “la propiedad no vaya a ser nunca y en ninguna circunstancia ocupada o [que no vaya a ser] perturbada”⁸. Decimos esto, porque el Estado al momento de suscribir el TBI, no “aceptó la responsabilidad absoluta [directa y objetiva] por todos los perjuicios o daños a los”⁹ inversionistas. Por consiguiente, el inversionista tendrá que probar que “los daños sufridos son atribuibles al Estado o a sus agentes, y establecer las Responsabilidad de Este por no actuar con debida diligencia”¹⁰

En base a lo anterior, podemos concluir que se trata de una obligación de hacer y no hacer; de hacer porque el Estado deberá tomar las medidas adecuadas para garantizar la seguridad y protección al inversionista e inversión frente al acto de terceros; y de no hacer porque requiere también que el Estado, a través de sus agentes y órganos no perturbe o impida el disfrute de este estándar.

De lo que se desprende, que si bien el estado no responde por todos los daños sufridos por el inversionista; especialmente por aquellos cometidos por personas cuyos actos no son atribuibles al estado directamente¹¹, puede producirse la vulneración a este estándar, cuando una

daños no se realizaron por sus agentes) se condene al Estado, por la omisión o falta de acción y cuidados de estos frente al ataque de los grupos subversivos.

⁷ Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000. Para. 84.

⁸ Caso Elsi, Corte Internacional de Justicia. Aparece en (C.I.J, Recueil, 1989, § 108, p.65)

⁹ Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000. Para. 84.

¹⁰ Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka. Para.53.

¹¹ Según los artículos de Responsabilidad Internacional del Estado elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, serán directamente atribuibles al Estado todos los actos cuando “ el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”.(art. 4.1), es también atribuible directamente al Estado, aún si la acción de ese órganos o funcionario público “exceda en su competencia o contravenga sus instrucciones”(art. 7).

vez que este sabe de las intenciones o tiene noticia que se produjo una vulneración en la propiedad del inversionistas por parte de terceros (ciudadanos comunes), no toma o tomó las medidas adecuadas para prevenirlo o remediarlo.

Dicha acción por parte del Estado deberá ser inmediata; así mismo, se produce una vulneración de este estándar cuando el estado tampoco ha sancionado a los responsables de las vulneraciones.¹² También, ha sido algunos tribunales han reconocido la posibilidad de violar el estándar; cuando los actos de acoso, instigamiento en contra del inversionista, pese a no haber sido realizados o instigados por el Estado, son *“repetidos y mantenidos [en el tiempo].... Puede ser que el Gobierno Polaco incurra en responsabilidad por haber fallado en prevenirlos.”*¹³

Adicionalmente, para establecer violación del estándar, la omisión o acción debe ser *“suficientemente grave...[y establecerse que] la falta de cumplimiento de la obligación perjudicó al inversionista en un aspecto material”*. Como también, se tendrá que demostrar o probar al Tribunal que el *“daño alegado y las pérdidas alegadas pudieran haber sido prevenidas si el Demandado[Estado] hubiera actuado con la debidada diligencia”*¹⁴.

Finalizando esta sección, es menester señalar que los dos requisitos adicionales para que se produzca violación del estándar, son un precedente aislado en la práctica arbitral por lo que no se sabe si serán tomados en cuenta por futuros tribunales.

¹² Esas fueron las razones, por las cuales el Egipto fue condenado en el Caso Wena Hotels; ya que en palabras del Tribunal A pesar de *“no haber instigado o participado en la toma de los dos hoteles....Egipto sabía de esas intenciones y tomó ninguna acción para prevenir la toma o para inmediatamente restaurar el control sobre los hoteles”*. Para. 84.

¹³ Eureka BV v Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 98 (2005) 19 August 2005. Para. 305. Se debe mencionar que en el caso Hellas, es bastante similar, al haberse tomado o invadido una planta de producción de productos agrícolas con aquiescencia del estado, pero en ese caso el tribunal no tuvo ocasión de conocer o tratar este estándar al no haberse alegado su vulneración.

¹⁴ Noble Ventures Inc v Romania, Award, ICSID Case No ARB/01/11, IIC 179 (2005) 12 October 2005. Para. 166

II.- Relación con la Costumbre Internacional (Trato mínimo internacional).-

Actualmente, se ha suscitado gran discusión en el arbitraje de inversiones, especialmente por parte de los Estados acerca de cómo interactúan los estándares del TBI, con la costumbre internacional; la discusión tiene importancia en la medida en qué permitirá determinar hasta donde llega la protección y qué situaciones están cubiertas en cada cláusula. Esta discusión, se originó por parte de los Estados quienes quisieron equiparar este estándar para limitar su alcance, ya que la norma consuetudinaria¹⁵ de un desarrollo más lento, limitaría el campo de acción del estándar, y así según los Estados limitaría su responsabilidad al no contemplar ciertas acciones¹⁶ como internacionalmente ilícitas¹⁷.

En base a esa consideración, tenemos que decir que esta obligación de actuar con diligencia por parte de los Estados; es una obligación

¹⁵ Aún en el caso, como del Tratado NAFTA en que se ha equiparado o aceptado que el estándar es similar a la costumbre internacional o al mínimo internacional; se ha generado la polémica acerca si el contenido de ese mínimo "se limita a la interpretación dada por los tribunales a comienzos del siglo XX" **DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS. Working Paper ON INTERNATIONAL INVESTMENT Number 2004/3 "FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW". Pág. 9. La respuesta a esta inquietud será contestada más adelante .**

¹⁶ Tradicionalmente, se ha considerado que forman parte de ese mínimo internacional de trato para los extranjeros y su propiedad la: "denegación de justicia, las protecciones y seguridades plenas, el tratamiento a extranjeros durante la detención y manera en cómo se realiza el derecho de expulsión por parte de los Estados." **DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS. Working Paper ON INTERNATIONAL INVESTMENT Number 2004/3 "FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW". Pág. 9**

¹⁷ Hecho que según los artículos de Responsabilidad Internacional de los Estados, elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, se configura cuando "un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional[conforme se explicó con anterioridad]; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado[en este caso el estándar de protección y seguridades plenas del TBI]"(art. 2).

derivada de la Costumbre Internacional¹⁸ o que surgió de la misma; a través del ejercicio de las acción de protección diplomática¹⁹, que son el antecedente histórico que llevo a la creación del los TBI, este desarrollo se debió a que al no tener una norma clara, se dijo que los extranjeros tenían derecho a un trato mínimo por parte de los Estados en los que se encontraban, si el trato que se le da al extranjero no cumple este requisito, inmediatamente se genera la responsabilidad internacional del Estado²⁰.

Ahora bien, esto no significa que una vez que se haya incorporado la cláusula o estándar al TBI, el Estado se limite a actuar conforme a la Costumbre Internacional, este es sólo el mínimo de protección que el estado debe brindar mas no el limita a lo protección que debe brindar.²¹

Aunque como bien lo señala el Prof. Schreuer, el verdadero alcance o que situaciones están cubiertas “*dependerá del texto de la cláusula en el Tratado a ser aplicado al caso particular.*”²²

De ahí, que de la práctica arbitral podemos observar que salvo de los arbitraje surgidos del capítulo 11 del acuerdo NAFTA y los TBI’s

¹⁸ *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka. Dissenting Opinion of Judge Asante.*

¹⁹ Acción mediante la cual el Estado de nacionalidad de la persona (inversionista en muchos casos) afectado, reclamaba al Estado del cual esa persona sufrió el daño. Pero dicha acción, al momento de plantearse era del Estado que la ejercía mas no del inversionista o afectado, por lo que la compensación al mismo quedaba o era a discreción del Estado.

²⁰ **DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS. Working Paper ON INTERNATIONAL INVESTMENT Number 2004/3 “FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW”. Pág. 9. En este documento se encuentra en mayor detalle la interacción y el origen consuetudinario de este estándar.**

²¹ En la misma línea véase *Genin, Eastern Credit Ltd. Inc. and AS Baltoil v. Republic of Estonia*, Award, 25 June 2001, 6 ICSID Reports 241. Por otra parte, en sentido contrario, el Tribunal del Caso Noble Ventures vs. Rumania. Sostuvo que “*parece dudoso que la provisión pueda ser entendida de una manera más amplia en alcance que la obligación general de proveer protección y seguridades plenas de extranjeros encontradas en la Costumbre Internacional*” (Para. 164). Sin embargo, la más recientes decisiones Jurisprudenciales han extendido el alcance como se verá más adelante.

²² Pág. 16

celebrados bajo el modelo 2004 de los Estados Unidos; en los que efectivamente se ha equiparado este estándar y el de trato justo y equitativo con la costumbre internacional (mínimo internacional) al existir una vinculación directa y explícita, el resto de tribunales han dado una interpretación separada de la obligación.

Esto en vista de que la cláusula dice “Cada parte concederá a las inversiones protegidas un tratamiento conforme a la costumbre internacional, incluyendo...protección y seguridades plenas”²³; del otro lado observamos que la tendencia actual y mayoritaria de los Tribunales al interpretar cláusulas de los TBI’s anteriores²⁴ (representan la mayoría de los firmados entre los Estados)²⁵ que dicen más o menos “se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se le concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional”²⁶..

De la última frase de dicha cláusula se desprende la inequívoca intención de los Estados, de que “cualquiera sea el contenido atribuido a los otros dos niveles, el trato otorgado a la inversión no será inferior al exigido por el derecho internacional.[Es su misma] redacción...[que]...permite interpretar [la expresión] de ...”plena protección y seguridad” como niveles más elevados que los exigidos por el derecho internacional. La finalidad de la tercera frase es fijar un límite mínimo, no un límite máximo, a fin de evitar que estos niveles puedan interpretarse como inferiores a los exigidos por el derecho internacional”²⁷.

Es necesario tener en cuenta, que esto no obsta a que un Tribunal CIADI, pueda interpretar de manera distinta este estándar, en vista de que bajo el sistema CIADI, la jurisprudencia no es vinculante, para el Tribunal, sino que podrá ser invocada o usada como referencia para dicho Tribunal.

²³ Art. 5(1),(2), (3) y Anexo A del TBI Uruguay- Estados Unidos del 2004.

²⁴ Como el Modelo de TBI de los Estados Unidos del año 1984, 1993 que es el modelo que firmó con Ecuador por ejemplo.

²⁵ Esto se demuestra por que la mayoría de los 2573 TBI’s firmados hasta el 2006, fueron firmados entre la década de 1990 y el 2001. Para mayor información Véase Informe de la UNCTAD Publicación Número UNCTAD/ITE/IIA/2007/3 Titulado “Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking” del 2007.

²⁶ Art.II (3) (a) del TBI Ecuador Estados Unidos

²⁷ Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 361.

Sin embargo, en la práctica aún si el estándar es igual o equiparado a la costumbre internacional, esta última ha evolucionado, por lo que *“las exigencias mínimas para cumplir este estándar han variado²⁸, y [como han sostenidos algunos Tribunales]...su contenido es sustancialmente similar, sea que los términos se interpreten según su significado corriente, como lo requiere la Convención de Viena, o conforme al derecho internacional consuetudinario”²⁹.*

Pero siguiendo la opinión del Prof. Schreuer, esto no obsta, a que el Estado viole o incumple el estándar únicamente al vulnerar o el estándar mínimo o costumbre internacional, al existir *“otras formas concebibles de violación del estándar [este sería el caso de las recientes interpretaciones jurisprudenciales que señalan que la protección y seguridades plenas incluyen las protección y seguridad legal protecciones]... que van más allá del tradicional estándar mínimo internacional de trato a extranjeros”³⁰*

Finalizando esta sección, observamos que la intención de los Estados, de limitar el estándar a la costumbre internacional (mínimo internacional) o equiparlo con la misma, en aras de que se limite su alcance; demuestra hasta cierto punto mala fe por parte del Algunos Estados a la hora de litigar.

Afirmo esto, porque en lo referente a la aplicación de los estándares y a la protección disponible al inversionista, han buscado y sugerido la ya mencionada equiparación o asimilación entre este estándar y la costumbre internacional; pero por otra parte los Estados han sido partidarios y han sugerido una interpretación independiente y separada del TBI

²⁸ La costumbre internacional tradicionalmente ha considerado que se cumple en dar las protecciones y seguridades plenas al inversionista si se le brinda seguridad física, este contenido como se explicará más adelante, por el reciente desarrollo no se termina ahí. Véase también pie de página 15 de este trabajo.

²⁹ *Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 361. Véase también, CMS vs. Argentina, Sempra vs. Argentina. Duke Energy vs. Ecuador. LG&E vs. Argentina. Enron Ponderosa vs. Argentina. Los caso más recientes surgidos del NAFTA.*

³⁰ Schreuer, Christopher. “Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards” Pág. 4. Aparece en TDM Vol.4. Pág. 16. Consultado el 18 de enero del 2009 en la página <http://www.transnational-dispute-management.com/>

respecto de la costumbre al momento de aplicar las cláusulas de derogación del TBI³¹.

Esa fue la actitud de la Argentina, que cuando invocó el Estado de Necesidad para inhabilitar la operación del TBI. No obstante, la intención, de equiparar o asimilar el estándar con la costumbre internacional (mínimo internacional) *“podría tener el efecto contrario a lo querido por los que avocan por su similitud [generalmente los Estados]. Al no restringir el desarrollo del...estándar. Lo más probable, es que la consecuencia de esa posición sea acelerar el desarrollo de la costumbre internacional con el rápido desarrollo de la práctica”*³² arbitral.

Es decir, que los tribunales no se limiten a seguir los elementos e interpretaciones dados por los tribunales de comienzos del siglo XX, sino que utilicen *“interpretaciones que incorporan derecho internacional actual [moderno], cuyo contenido esta dado [moldeado] por la conclusión de más de dos mil tratados bilaterales de inversión...esos tratados largamente y concordantemente prevén...la protección y seguridades plenas para el inversionista y sus inversiones”*³³; generando el efecto opuesto lo que los Estados buscan que es limitar el alcance del estándar y contribuyendo a un rápido desarrollo del derecho consuetudinario que podría devenir en demandas contra los mismos, ya no amparados en el TBI sino en esa nueva costumbre internacional..

Dejando claro, que una interpretación literal y tomando en cuenta el Objeto y fin del Tratado es mucho más saludable, al ser la misma voluntad de los Estados al redactar el Tratado los que limiten según sus políticas el alcance de las cláusulas, pero hasta que eso ocurra se debe

³¹ Basta ver en este sentido los argumentos dados por la Argentina en la parte de méritos en el caso CMS, LG&E y los argumentos que presento cuando el tribunal analizó su invocación del Estado de Necesidad.

³² Schreuer, Christopher. *“Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards”* Pág. 4. Aparece en TDM Vol.4. Pág. 16. Consultado el 18 de enero del 2009 en la página <http://www.transnational-dispute-management.com/>

³³ *Mondev International LTD v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (Award) (11 October, 2002). Para. 125.

interpretar las cláusula del TBI de una manera autónoma e independiente separada de la Costumbre Internacional a manera de *lex specialis*.³⁴

III.- ¿Protección únicamente física?.-

Recientemente la noción, constante de la jurisprudencia³⁵, de que el ámbito de protección de este estándar se limitaba exclusivamente, a la protección física de la inversión y/o inversionistas ha sido refutada por algunos tribunales; los cuales parecerían concebir que la esta obligación no se satisface únicamente brindado protección física y actuando con diligencia; sino que esta impone necesariamente la obligación de brindar protección que va “*más allá de la protección y la seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física*”³⁶; Esto se debe, como resalta el Tribunal en el caso Azurix contra la Argentina, que “*desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro*”.³⁷

Estabilidad entendida aquí, no como una restricción o limitación a la capacidad reguladora del Estado de buena fe y no discriminatoria, que siempre estará disponible al Estado; sino estabilidad entendida como en caso que la misma afecte la seguridad y el equilibrio anterior de las cosas, el estado deberá reajustar o dar un mecanismo para devolver esa estabilidad.

La idea de que la obligación de brindar, protecciones y seguridades plenas, se extiende más allá de las seguridad brindada por la policía o seguridad física; es reforzada por el texto de la mayoría de TBI's; como por una interpretación del Tratado conforme al objeto y fin como

³⁴ Sobre este punto todavía, existe controversia respecto de sí el TBI debe desplazar totalmente a la Costumbre o si esta opera de manera residual frente a las cláusulas del Tratado. Esta discusión ha demostrado ser crucial a la hora de interpretar y analizar las cláusulas de derogación del TBI.

³⁵ En este sentido véase, el Caso AAP vs. Sri Lanka. AMT vs. Zaire, Wena Hotels vs. Egipto, Noble Ventures vs. Romania, entre otros.

³⁶ Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 408.

³⁷ Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 408.

requiere la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados.³⁸ Del mismo modo, el *“propio TBI es un instrumento convenido por los dos Estados parte con el fin de promover y proteger la inversión. En el preámbulo del TBI, las partes...[acuerdan] que “a los fines de mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos, es deseable otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones.” Por lo tanto, el propio TBI es un documento que exige determinado trato de las inversiones que las partes han considerado necesario para “estimular el flujo de capital privado”.*³⁹

Tomando en cuenta, dichos objetivos y para conseguir los mismos, se debe entender que *cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física*⁴⁰; caso contrario los mismos Estados de quererlo hubieran limitado el ámbito de protección conferido a los inversionistas circunscribiendo la misma a *“al nivel de la protección policial que se requiere conforme al derecho internacional consuetudinario”*⁴¹, como muestra la práctica reciente de los Estados Unidos de América, que ha introducido expresamente esa referencia⁴².

De esta manera, la tendencia, de ampliar el ámbito de protección de este estándar ; no parece ser⁴³ contraria con el espíritu o con las normas

³⁸ Interpretación prevista en el párrafo 1 del Art. 31 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados que señala que *“[u]n 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 finalidad”.*

³⁹ Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 307. El mismo análisis se observa en el Caso CMS vs. Argentina, véase también Siemens vs. Argentina, entre otros.

⁴⁰ Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 408.

⁴¹ Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 408.

⁴² En ese sentido véase el TBI firmado con la República del Uruguay.

⁴³ Puesto que es sostenida por los más respetados doctrinarios y académicos en la materia como por ejemplo los profesores Dolzer, Rudolph y Schreuer, Christopher quienes en su libro *“Principles of International Investment Law”* sostienen lo mismo. Opinión que tiene su apoyo jurisprudencial en el Caso Siemens vs. Argentina. Para.303.

de los TBI's; ya que como es usual en la mayoría de TBI's, como el caso del TBI's Ecuador- Estados Unidos, la definición de inversión de estos tratados, que incluye *"todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y comprende: i) Los bienes corporales e incorporales"*⁴⁴; de ahí, que resulte *"difícil entender [y comprender] como la seguridad física de bienes incorporales puede lograrse. En ese caso la seguridad...[debe entenderse] como legal"*.⁴⁵

Consecuentemente, las protecciones y seguridades plenas, impondrían una obligación de proveer seguridad legal⁴⁶ a los inversionistas para que estos puedan hacer valer y proteger todos sus bienes incorporales; lo que llevó a preguntar al Tribunal Siemens que en el contexto del TBI⁴⁷ *"si la seguridad física está protegida de alguna manera"*⁴⁸.

Bien, eso nos lleva a preguntar entonces qué entender por seguridad legal; concepto que todavía no ha sido definido de manera definitiva o uniforme por los Tribunales arbitrales; puesto que en uno de los más controvertidos y polémicos casos del arbitraje de inversiones⁴⁹ el Caso CME vs. República Checa, se interpretó esta obligación como requiriendo que el Estado asegure que *"ni por enmienda o modificación, ni por acciones de sus órganos administrativos la protección y seguridad legal acordadas y*

⁴⁴ Art. I.1.a.i) del Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos.

⁴⁵ Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227 (2007) 6 February 2007. Para. 303.

⁴⁶ En sentido más restrictivo, véase la conclusión del Tribunal PSEG vs. Turquía, en la cual dice que las protecciones y seguridades plenas *"se ha desarrollado en el contexto de la seguridad física de las personas e instalaciones, y únicamente de manera excepcional se otorgará"* (Para.258). seguridad legal.

⁴⁷ Muy similar al texto de los TBI's firmados en la década de los 90.

⁴⁸ Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227 (2007) 6 February 2007. Para. 303.

⁴⁹ En este caso, se ha cuestionado mucho la legitimidad del sistema de arbitraje de inversiones, al haberse producido dos decisiones totalmente opuestas ya que el Tribunal CME condenó a la República Checa; mientras que el Tribunal Lauder que analizó los mismos hechos, las mismas acciones provenientes de la misma disputa absolvió a la República Checa e interpretó de una manera muy distinta los estándares de protección del TBI.

*aprobadas por el Estado al inversionista sean retiradas o devaluadas*⁵⁰; interpretación que restringiría muchísimo el poder de regulación del Estado porque parecería generar la responsabilidad directa y irrestricta del Estado, frente a hechos que no han sido internacionalmente ilícitos.

Por otra parte, en una interpretación opuesta a la anterior bójxer-vamos que el tribunal del Caso Lauder contra la República Checa, que analizó la misma disputa; concluyó que *“el tratado de Inversiones, no creo ningún deber de debida diligencia, de parte del Estado, para intervenir en una disputa entre dos compañías. La única obligación del Estado bajo el Tratado era la de mantener sus sistema legal disponible para el inversionista...para plantear sus acciones, y que dichas acciones sean debidamente examinadas y resueltas conforme e derecho local e internacional*⁵¹“.

Finalmente, tenemos la definición más reciente, dada por el Tribunal del Caso Siemens vs. Argentina; que sostuvo que la seguridad legal proveniente de este estándar debe entenderse como *“la calidad del sistema legal [o ordenamiento jurídico], que implica certeza en las normas y, consecuentemente su previsible aplicación”*⁵².

De las tres definiciones, mencionadas la definiciones de los tribunales Lauder y Siemens, se complementan entre sí mientras la segunda hace mención a la obligación de que el ordenamiento jurídico del Estado tenga reglas claras y que estas sean previsiblemente aplicadas al inversionista; el tribunal Lauder habla de la obligación posterior del Estado que permitirá garantizar o efectivizar esa seguridad legal, al tener acceso a revisión judicial para asegurar la aplicación previsible y dar certeza a las normas.

Parecería ser que la interpretación de seguridad legal dada por el Tribunal del Caso CME, es muy amplia e expansiva del ámbito de protección brindado por el estándar; al requerir que el Estado actúe como

⁵⁰ CME Czech Republic BV v Czech Republic, Partial Award and Separate Opinion, Ad hoc— UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001) 13 September 2001. Para. 603.

⁵¹ Lauder v Czech Republic, Final Award, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 205 (2001) 3 September 2001. Para. 314.

⁵² Siemens AG v Argentina, Award and Separate Opinion, ICSID Case No ARB/02/8, IIC 227 (2007) 6 February 2007. Para. 303.

*“aseguradora o garantizador...de todas las lesiones [o daños sufridos] por los extranjeros [o inversionistas]”*⁵³ puesto que este tendrá que responder únicamente en caso de haber cometido un acto internacionalmente ilícito.

También, estaría limitando de una manera poco comprensible el poder de regulación del Estado; poder que siempre y cuando sea ejercido de buena fe, no hará que este viole el Tratado, ni incurra en responsabilidad General⁵⁴, eso sin perjuicio que deba ajustar su relación con el inversionista por la modificación o alteración producida en la relación entre estos⁵⁵.

Concluyendo esta sección, se debe mencionar que al extender la protección a protección legal del estándar, haría que la interacción con el estándar de trato justo y equitativo se mucha más cercana y la línea divisora de los dos estándares se vuelva muy difícil de distinguir en la práctica; aunque este punto se desarrollará con mayor profundidad en la siguiente sección.

IV.- Interacción con el Trato Justo y Equitativo.-

Debemos empezar esta sección, mencionando que no ha resultado ajeno a la práctica arbitral el haber unido o fusionado los dos estándares, al considerar que las protecciones y seguridades plenas, están tan íntimamente ligado con el estándar de trato justo y equitativo que muchas veces va a resultar imposible separarlos; por eso el Tribunal del caso Occidental vs. Ecuador (IVA Petrolero), tras finalizar su análisis y encontrar que el Ecuador violentó el trato justo y equitativo, considero que *“la cuestión de si, además, se había incumplido la obligación de otorgar protección y seguridad plenas en virtud de este Artículo es innecesaria, ya que un trato que no es justo ni equitativo entraña automáticamente falta de protección y*

⁵³ Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000. Para.84.

⁵⁴ Poder reconocido por los tribunales Azurix vs. Argentina, S.DMyers vs. Canada y Lauder contra República Checa entre otros.

⁵⁵ Como recomendó el Tribunal CMS a la Argentina, entre otros.

*seguridad plenas*⁵⁶” Igual conclusión pero de sentido inverso, podemos observar la conclusión del Tribunal del caso Wena Hotels vs. Egipto.⁵⁷

Tenemos una tercera decisión en la que se sigue esta tendencia de entrelazar a los dos estándares, el caso Azurix vs. Argentina, en la que el Tribunal concluyó que como la *“Demandada[Argentina] también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI⁵⁸”*, lo interesante de esta decisión es que el Tribunal pese a mencionar los dos casos antes citados, es que se inclina por la tesis del Tribunal del caso Occidental, sosteniendo al igual que ese tribunal que *“La interrelación de los dos estándares [trato justo y equitativo con protección y seguridades plenas] indica que es posible infringir la obligación de dar protección y seguridad plenas aún cuando no se produzcan violencia.”⁵⁹*

A pesar, de eso, la posición mayoritaria de la Doctrina⁶⁰ considera que los dos estándares son separados. Afirmando, esto porque la mayoría de TBI's, en los artículos en lo que se establece esta protección, normalmente presentan una formulación como la siguiente, *“Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y...”⁶¹*.

De lo que se desprende, que la intención de las partes fue brindar a las inversiones un trato justo y equitativo, y adicionalmente por línea separada que los inversionistas reciban también protección y seguridades plenas del Estado; atendiendo a que *“las dos frases que describen la*

⁵⁶ Occidental Exploration and Production Company v Ecuador, Award, LCIA Case No UN3467, IIC 202 (2004) 1 July 2004. Para. 184.

⁵⁷ Wena Hotels Limited v Egypt, Award, ICSID Case No ARB/98/4, IIC 273 (2000) 8 December 2000.

⁵⁸ Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 408.

⁵⁹ Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 407.

⁶⁰ Mencionados en Nota al pie número 4.

⁶¹ Artículo II.2(a) del TBI entre Ecuador y Estados Unidos.

protección de las inversiones aparecen en forma sucesiva como obligaciones diferentes."⁶²

No obstante la clara intención de las partes del TBI de separar y crear dos obligaciones distintas; el trato justo y equitativo por un lado y la protección y seguridades por otro. En la práctica esto puede resultar casi imposible de mantener, si se toma en cuenta la reciente línea jurisprudencial de expandir el ámbito o alcance de la protección al otorgar seguridad legal; ya que la frontera entre las dos parece haber desaparecido.

Consciente de esta problemática, que parecería unir los dos estándares, el Prof. Schreuer intentó resolver este problema; en base al contenido de los mismos, al ser los dos estándares son distinguibles.

Según el este, *"El trato justo y equitativo consiste principalmente en la obligación del Estado de abstenerse de tomar o iniciar ciertas acciones. En contraste, bajo la promesa de protecciones y seguridades plenas, el Estado asume la obligación de activamente crear un marco que garantice y otorgue seguridad. Las medidas necesarias, mismas que deberán ser capaces de proteger la inversión en contra de acciones adversas de personas privadas, así como de Órganos Estatales. Adicionalmente, a la protección física se requiere la provisión de los mecanismos o remedios legales en contra a esas acciones o medidas que afectan a la inversión, así como la creación de los mecanismos para la efectiva reivindicación de los derechos del inversionista"*⁶³.

Empero, esta interpretación no es del todo satisfactoria, porque en su distinción el Prof. Schreuer, da a entender que esta radica en obligaciones negativas y positivas a cargo del Estado; puesto que el trato justo y equitativo por una parte requiere una *"abstenerse de tomar o iniciar ciertas acciones"* por parte del Estado lo que equivale a un no hacer; mientras que la protección y seguridades plenas requeriría que el Estado adopte medidas positivas como sería *"crear un marco que garantice y otorgue seguridad"*.

⁶² Azurix Corp v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/01/12, IIC 24 (2006) 14 July 2006. Para. 407.

⁶³ Schreuer, Christopher. *"Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards"* Pág. 4. Aparece en TDM Vol. 4, issue 5, Publicado en septiembre del 2007. Disponible en la página <http://www.transnational-dispute-management.com>.

La objeción radica en que cada vez la jurisprudencia de los Tribunales arbitrales vienen considerando que *“la estabilidad del marco legal y comercial del Estado parte es un elemento esencial en la valoración del estándar del trato justo y equitativo”*⁶⁴ o que el estado está obligado a proveer un marco legal transparente y predecible⁶⁵; lo que es muy similar aunque con diferentes palabras a la obligación del Estado de *“crear un marco que garantice y otorgue seguridad”*; por eso si esos elementos son considerados partes esenciales del trato justo y equitativo la diferencia propuesta por el profesor Schreuer, se vuelve muy difícil de sostener en la práctica; mucho más cuando habla de que la protección y seguridades plenas requiere que se provea los *“mecanismos o remedios legales”* lo que acerca más aún con la frontera de la denegación de justicia que es un elemento constitutivo del trato justo y equitativo.

Por ello, creo que en el futuro no debe sorprendernos cada vez más decisiones como las arriba mencionadas en las que tras encontrar una violación del trato justo y equitativo se considere violado las seguridades y protecciones plenas, especialmente si en el caso objeto de análisis del Tribunal se reclama únicamente seguridades legales, y no hay alusión alguna a la seguridad física.

Una solución a esta problemática, aunque imperfecta para que las protecciones y seguridades plenas no terminen siendo absorbidas o una suerte de repetición del trato justo y equitativo, puede ser la interpretación dada por el tribunal SGS vs. Turquía, que sostuvo que *“el desarrollo de este estándar ha sido en el contexto de la seguridad física de las personas e instalaciones, y sólo excepcionalmente puede relacionarse al ámbito amplio mencionado en CME[refiriéndose al caso contra la República Checa, que desarrolla el concepto de seguridades legales] en la medida en que exista dicha situación excepcional es que la conexión con el trato justo y equitativo se convierte en una muy cercana.”*⁶⁶

⁶⁴ LG&E vs. Argentina Para. 125 y Duke Energy vs. Ecuador. Para. 329.

⁶⁵ Occidental Exploration and Production Company v Ecuador, Award, LCIA Case No UN3467, IIC 202 (2004) 1 July 2004. Para. 185. En una misma línea véase también, el Tribunal TECMED vs. México, CMS vs. Argentina; Azurix vs. Argentina, como los dos tribunales mencionados en la nota al pie número 54.

⁶⁶ SGS vs. Turquía. Para.258.

El aspecto interesante de dicha interpretación, que sí bien no es una solución perfecta; al dejar preguntándonos cuando hay esa situación excepcional; es que no niega que el TBI incluye protección legal para el inversionistas a menos que las partes hayan previsto algo distinto en el TBI, sino que lo circunscribe de tal forma que únicamente cuando hay esa situación excepcional es que podemos hablar de que el trato justo y equitativo se fusionan o pueden ser violados simultáneamente; interpretación que permite que cada cláusula del tratado tenga un efecto u utilidad y que armoniza el objeto y fin del TBI que fue el de fijar dos obligaciones separadas como son el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas de la inversión.

Esto sin perjuicio, de que no deje de ser un tanto cuestionable y criticable, el añadir o exigir el tribunal requisitos adicionales que no se desprenden del texto del TBI; siendo un tema pendiente de resolución por parte de la Jurisprudencia en la materia, que probablemente no permitirá una solución concreta sino que variará según los hechos de cada caso.

V.- Conclusiones.-

En conclusión, podemos decir que las protecciones y seguridades plenas, sigue siendo el estándar olvidado de los TBI's , en el cual todavía queda mucho por definir o decir como la interacción de este con el trato justo y equitativo; que debemos entender por seguridad legal, aquí simplemente se ha tratado de mencionar y explicar brevemente como funciona, en qué consiste; así como recordarles las numerosas posibilidades que tiene para proteger los derechos de los inversionistas donde otros estándares se quedan cortos o para complementar la vulneración de otros; como por ejemplo por el contenido y obligación que pone sobre el Estado (de diligencia), puede resultar muy útil cuando la vulneración a la inversión no se ha producido directamente por parte de agentes, órganos del Estado, sino por particulares y su atribución resulte difícil de realizar a este; ese fue el caso de Wena Hotels en donde Egipto resultó condenado no por los hechos en sí mismos, sino por no haber tomado antes y después de que se produjo la invasión al Hotel.