ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

"TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES, ANÁLISIS DEL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO."

Proyecto de investigación previo a la obtención de título de abogada

Línea de investigación:

El derecho y su aplicación en el campo social y jurídico

Autora:

ERIKA CRISTINA ARIAS PEREZ

Caracterización del trabajo:

Desarrollo

Director:

DAVID ALEJANDRO ARROBA LÓPEZ, Abg. Mg.

Ambato – Ecuador

Enero 2018

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE AMBATO

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES, ANÁLISIS DEL ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.

Línea de Investigación:

El derecho y su aplicación en el campo social y jurídico

Autora:

ERIKA CRISTINA ARIAS PEREZ

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
BIBLIOTECA

David Alejandro Arroba López, Abg. Mg. f.----------

CALIFICADOR

Jorge Vladimir Núñez Grijalva, Abg. Mg f.----------

CALIFICADOR

Eduardo Antonio Paredes Paredes, Abg. Ing. Mg. f.----------

CALIFICADOR

Diego Gonzalo Coca Chanalata, Dr. Mg f.----------

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
SECRETARÍA GENERAL
PROCURADURÍA

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr. f.----------

SECRETARIO GENERAL PUCESA

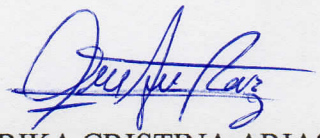
Ambato – Ecuador

Enero 2018

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, ERIKA CRISTINA ARIAS PÉREZ portadora de la cedula de ciudadanía Nro. 180460895-6, declaro que los resultados obtenidos en la investigación que presento como informe final, previo a la obtención del título de Abogada son absolutamente originales, auténticos y personales.

En tal virtud, declaro que el contenido, la conclusiones y los efectos legales y académicos que se desprenden del trabajo propuesto de investigación y luego de la redacción de este documento son y serán de mi sola y exclusiva responsabilidad legal y académica.



ERIKA CRISTINA ARIAS PÉREZ

C.I. 180460895-6

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

BIBLIOTECA

AGRADECIMIENTO

Sobre todo a Dios quien me ha mostrado que da las mayores pruebas y más duras batallas a sus guerreros más fuertes, que el forjar un camino es duro pero forjar a un ser humano es una vocación; que no importa los obstáculos que nos presente la vida sino como podemos llegar a superarlos

A mi padre Raúl Arias por su apoyo y motivación para seguir adelante, por estar junto a mí viendo que no tropezara y ayudando a levantarme.

A la familia Ramírez Pérez quien siempre estuvo ahí siendo ese apoyo incondicional y fuente guía para continuar mi camino siendo un motor espiritual y de fortaleza.

A Christian quien no solo es el hombre con quien compartí todo este camino, sino que con su amor y paciencia supo ayudarme a crecer y ser una mejor persona, quien me regalo su tiempo en pro de mi formación.

A mis profesores que día a día me brindaron el apoyo y la amistad siendo ellos lumbre en la oscuridad para que peldaño a peldaño lograra realizar este trabajo, en especial al Abg. Alejandro Arroba quien ayudo de manera imperiosa para el desarrollo del mismo.

“Olvida que has dado para recordar lo recibido.”

Mariano Aguiló

"Dar gracias a dios por lo que se tiene, allí comienza el arte de vivir."

Doménico Cieri Estrada

Erika

DEDICATORIA

Este proyecto es dedicado a la memoria de mi madre y mi hermana quienes desde su partida han sido mi motor para seguir adelante, sus enseñanzas y su ejemplo me han forjado en el camino permitiéndome llegar a ser la mujer que hoy en día soy.

Erika

RESUMEN

La presente investigación es sobre la textura abierta del derecho y cómo está se encuentra indeterminada dentro de los estándares, más conocido como principios, permitiendo que el sistema jurídico se vuelva flexible y que la misma le otorgue la facultad de llenar vacíos o lagunas que podrían interferir en la justicia . Si bien esta flexibilidad es oportuna en muchos casos, en el derecho de inversiones, ha generado un conflicto serio en cuanto a la norma de trato justo y equitativo; el mismo que busca la protección del inversor que no sea discriminado por su condición de no nacional, hasta sus legitimidades en cuanto a la ganancia de su capital. Se realizó una entrevista cerrada a expertos en derecho internacional de inversiones que conjuntamente con un enfoque crítico-propositivo, privilegia la interpretación, comprensión y explicación de fenómenos dentro de un carácter cualitativo desarrollándose en una modalidad bibliográfica documental, lo cual permitió llegar a la conclusión, que han sido los tribunales arbitrales los que han definido de diversas maneras lo que es el estándar de trato justo y equitativo por medio de los distintos fallos que han llegado a contradecirse a pesar de la similitud dentro de los casos; incitando un conflicto que ha recaído, ya no solo en el alcance de este multi-principio, sino en los árbitros que dan sus laudos en pro de un beneficio personal mas no de la justicia.

Palabras clave (derecho internacional de inversiones, textura abierta del lenguaje, estándar, flexibilidad, trato justo y equitativo, fallos, conflicto, diferencias, múltiple)

ABSTRACT

The following investigation is about the open texture of the law and how it`s undetermined within the standards, better known as principles, allowing the legal system to become flexible and that the same grants the faculty to fill gaps or loopholes that could interfere in justice processes. Even though this flexibility is timely in many cases, in investment law, it has been a serious conflict regarding the fair and equitable treatment rule; which seeks the protection of the investor, by avoiding discrimination for non-national status, and also even seeks the legitimate defense to the profit of capital, interview was carried out to experts on international investment right that together with a positive critical approach, privileges interpretation, understanding and explanation of negative illusions of a qualitative approach, which was also developed in a documentary bibliographic modality, that allowed to reach the conclusion that it has been the arbitral courts who have defined in a certain way what is the standard of fair and equitable treatment, bringing different cognitions in different legal resolutions that have come to contradict themselves despite of the similarity in the cases; inciting a conflict that has fallen on the hands of some arbitrators who give their resoluteness for their benefit but not within justice.

Keywords (international investment law, open language texture, standard, flexibility, fair and equitable treatment, failures, conflict, differences, multiple)

TABLA DE CONTENIDOS

PRELIMINARES

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD III
AGRADECIMIENTO IV
DEDICATORIA V
RESUMEN VI
ABSTRACT VII
TABLA DE CONTENIDOS VIII
INTRODUCCIÓN 1
CAPITULO I. 4
MARCO TEÓRICO 4
1.1.-ANTECEDENTES 4
1.2.-DESCRIPCION DEL PROBLEMA 5
1.3.-PREGUNTAS BÁSICAS 7
1.4.-OBJETIVOS 7
1.4.1.-OBJETIVO GENERAL 7
1.4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS 7
1.5.- PREGUNTA DE ESTUDIO 8
1.6.-ESTADO DEL ARTE 8
1.7.-Variables 13
1.7.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE: 13
1.7.2.- VARIABLE DEPENDIENTE: 13
1.8.-DESARROLLO DE FUNDAMENTOS TEÓRICOS 13
1.8.1.- LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO Y LA INDETERMINACIÓN DEL LENGUAJE EN EL DERECHO 14
1.8.2.- REGLAS, VALORES, Y LOS PRINCIPIOS O STANDARD 17
1.8.3.- EL ESTÁNDAR COMO UN INSTRUMENTO DE TÉCNICA JURÍDICA 21

1.8.4.- ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES 22

1.8.5.- ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y EL USO DE LA DISCRECIONALIDAD Y DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL ACCESO A LA JUSTICIA 32

1.8.6.- LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIONES DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA 33

1.8.7.- ANÁLISIS DE LAUDOS EMITIDOS ACERCA DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO 39

CAPITULO II 49

METODOLOGIA 49

2.1 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN 49

2.2 MÉTODO GENERAL 49

2.3 MÉTODO ESPECIFICO 49

2.4 TÉCNICA E INSTRUMENTO 50

2.5 POBLACIÓN Y MUESTRA 50

CAPITULO III 51

RESULTADOS 51

3.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS 51

3.1.1. ENTREVISTAS A PROFESIONALES DEL DERECHO, PROFESORES INVESTIGADORES EN DERECHO DE INVERSIONES 51

3.2 Análisis de resultados 67

CAPITULO IV 68

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 68

4.1 CONCLUSIONES 68

4.2 RECOMENDACIONES 69

BIBLIOGRAFIA 70

ANEXO 74

INTRODUCCIÓN

En el presente proyecto de investigación se analizara la textura abierta del derecho, en principal lo que nos dice el estándar de trato justo y equitativo TJE, el mismo que se ha abordado dentro de cuatro capítulos que serán desarrollados a continuación.

En el capítulo I, se ha analizado doctrinariamente lo que concierne a la textura abierta del derecho de manera general, posteriormente se hizo un estudio de los tratados bilaterales de inversiones cuya técnica normativa denotan de esta textura por ejemplo: tratado promulgado D.S. Nº 1624, 17-11-1995 y publicado D/O 21-02-1996, por Ecuador en su articulo IV protección de inversiones "cada parte contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra parte contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce, usufructo, ampliación liquidación o disposición, a través de medidas injustificadas o discriminatorias.", como podemos ver denota varias obligaciones para el Estado, las mismas que no se encuentran ni autodefinidas, ni delimitadas, creando así un marco jurídico inestable, este estándar o principio, es decir esta norma, no se presenta como regla, lo que ha generado una amplia interpretación de las mismas, su generalidad perjudica o favorece según la discrecionalidad de quien va a juzgar; por este motivo analizaremos la presente cláusula del trato justo y equitativo (TJE), la misma que al ser tratada como un estándar o principio va más allá de lo adecuado o equitativo para las partes

Por medio de presente trabajo analizaremos una de estas cláusulas, la de trato justo y equitativo TJE por medio de los distintos fallos que han emitido los tribunales arbitrales, por medio de los cuales podemos decir que busca tratar al inversionista supra nacionalmente, la protección que incluye este estándar ha variado y puede abarcar desde su no discriminación, hasta sus expectativas legítimas y acceso imparcial a la justicia que en si son aspectos totalmente diferentes que por medio de un solo estándar se logra condensar y defender sin tomar en cuenta las excepciones presentadas por los Estados.

En el capítulo II, se establece la metodología utilizada, la cual fue crítica-propositiva privilegiando la interpretación, carácter cualitativo, y desarrollándose en una modalidad bibliográfica-documental perteneciente al método deductivo, partiendo así de una

institución que es el estándar de trato justo y equitativo TJE para llegar a premisas dentro de la investigación por cuanto los efectos de este, así mismo se detallan las técnicas e instrumentos, de los cuales nos valimos para recabar la información.

En el capítulo III se aplicó la metodología antes descrita, documentando las entrevistas realizadas a profesionales de derecho internacional de inversiones que son expertos en el tema.

Finalmente en el capítulo IV, se concluye que el estándar de trato justo y equitativo TJE al ser una norma tan general, que contiene más de un derecho, incluso posee sub-principios, lo cual le compone de una interpretación flexible, lo que ha provocado criterios diferenciados dentro de los centros de arbitraje al momento de resolver conflictos similares, que en su mayoría han fallado a favor del inversor, dejando a los Estados en desventaja. Y por lo dicho dentro de las recomendaciones se estableció que deben existir árbitros permanentes para así tener criterios más uniformes, dentro de los casos pues la jurisprudencia es uno de las bases en las cuales se fundamenta el derecho internacional

Se detalla las referencias bibliográficas y ápices que fueron utilizadas para la elaboración de este proyecto

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

1.1.-ANTECEDENTES

Los países latinoamericanos han sido el foco de abusos por parte de inversores extranjeros que por la magnitud de su presión a nivel internacional y a su vez de su influencia económica los Estados toman la decisión de realizar Tratados de Protección de Inversiones TBI´S en los cuales, su principal objetivo era defender los intereses del inversor e incluso si fuese necesario, que en ocasiones ha ocurrido, se interponían sobre los derechos de los nacionales del país, dejando un gran inequidad plasmada; hoy en día la situación no ha tenido mucho cambio, más si es menos palpable.

Los tratados internacionales de protección de inversiones poseen una cualidad expresa que es la de poseer clausulas o estamentos generales o base para su formación; en un inicio estos eran iguales para todo tratado, formándose en base a las negociaciones internacionales que se fueron dando entre países desarrollados, dejaron de tomar en cuenta las necesidades y cualidades de los países en vías en desarrollo y los trataron como ecuánimes sin reconocer la realidad en que los países en vía de desarrollo se encontraban; hoy en día esta cuestión ha cambiado siendo que las clausulas varían de tratado a tratado ajustándose a la realidad de cada parte o a los intereses de los mismos, dentro de estas cláusulas o estamentos encontramos la cláusula del trato justo y equitativo TJE, que busca tratar de alcanzar la equidad y el bien común tanto para el inversor como para el Estado, el tratado D.S. Nº 1624, 17-11-1995 que firmo Ecuador establece al trato justo y equitativo como : “y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce, usufructo, ampliación liquidación o disposición, a través de medidas injustificadas o discriminatorias” si bien son los tratados de inversiones poseen flexibilidad en cuanto a su redacción, cabe recalcar que esta flexibilidad queda limitada al momento de la práctica puesto que protegen solo la inversión así vulneren otros tratados como son los tratados internacionales de protección de derechos humanos. (Cob Guillén, Rodríguez Palma 2013)

1.2.-DESCRIPCION DEL PROBLEMA

El derecho internacional involucra principios, normas, características y hasta actores de distinto tipo, que se desarrollan dentro de una gran gama de ramas siendo una de estas el derecho internacional de inversiones, en una forma paralela los derechos humanos, los mismos que en ocasiones de praxis llegan a chocar de manera contraproducente; el derecho internacional de inversiones se da por medio de los Tratados Bilaterales de Inversiones llamados TBI´S, los mismos que le permiten realizar inversiones al sector privado por medio del Estado donde se constituyó el ente ficticio hacia otro Estado que necesita la misma, creando un clima de inversión estable no solo para quienes los confieren, sino para todos los otros posibles inversores extranjeros que ven a ese país como un accionante óptimo para efectuar un TBI.

Recuperado de: Nota informativa de la CSI sobre los Tratados Bilaterales de Inversión

A su vez los estados a nivel mundial contraen un compromiso con organismos internacionales por medio de tratados; los mismos que significan una obligación para las partes, el tratado más significativo para el ser humano es el Tratado Internacional De Protección De Derechos Humanos, el mismo que busca proteger al ser humano del abuso del poder del estado y particulares. Por otro lado todo Estado busca inversión y desarrollo económico para poder sustentar las necesidades de sus ciudadanos, en este afán, en América Latina, puestos son los Estados que poseen recursos, la inversión extranjera se da principalmente en los campos de recursos naturales y energía, las que propician una fuente de ingresos para su país, siendo que el otro estado promedio de una empresa privada cuenta con la tecnología y los mecanismos necesarios para su producción o modificación de dichos recursos que serían tomados como materia prima, al momento de poner en praxis lo estipulado en los diferentes tratados celebrados en cuanto al punto de la extracción de recursos existe la posibilidad de que causen externalidades, al estado dador del recurso principalmente a sus nacionales residentes en el sector, dejando al Estado en una posición de tutela contradictoria donde por un lado no quiere intervenir por miedo a perder dicha inversión y romper con el tratado respondiendo por las afectaciones y cese al mismo, ante un tribunal ; así por otro lado su deber objetivo de cuidado se ve violentado, dejando en indefensión a sus ciudadanos atentando

directamente contra su dignidad y en casos extremos a sus necesidades más básicas; así "evidenciando la necesidad de revisar el régimen internacional de protección de inversiones y su adecuación a los derechos humanos". (Olarte, 2005 p.684)

Al encontrarse en un paralelismo en cuanto al ser y el deber ser, estas dos ramas del derecho internacional; los TBI´S establecen una disposición para solucionar el conflicto dentro de un organismo como es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencia Relativa a Inversiones CIADI, que es una institución del Grupo del Banco Mundial establecida en 1966 para mediar en la solución de disputas," (Global Policy Forum,), lo cual será dentro de este proyecto indagado en nuestra forma de ver prioriza el derecho de inversiones dejando a un lado los derechos humanos de los estados más toma muy en cuenta los mismos al momento de proteger el derecho a la propiedad de los inversores

Si bien los TBI´S poseen clausulas y estándares cuya violación es la principal causa para disputarse dentro del CIADI, encontramos entre dichos estándares, al trato justo y equitativo Olivos 2007 establece que:

> El mismo que introdujo un estándar legal sustantivo referido a los principios generales del derecho internacional, aun cuando no esté expresamente establecido y sea una cláusula general, ésta puede ser aplicada para todos los aspectos relativos al trato a las Inversiones, en ausencia de garantías establecidas de forma más específica.

De acuerdo a la opinión de Olivos este estándar provee una guía general de interpretación de los acuerdos y permite resolver dificultades y conflictos que pueden surgir en la aplicación de éstos; más se crea un problema al momento de definir que es trato justo y equitativo puesto que este binomio de palabras pueden llegan a ser demasiado subjetivas en cuanto a su alcance, tomando cada tratado una conceptualización del mismo y modificándolo en pro de sus beneficios ya que busca llenar la ausencia de garantías, formando así un problema en cuanto el alcance de los inversionistas en su carácter de nacionales.

La necesidad de los países latino americanos por crear fuente de ingresos ha llevado a aceptar cláusulas que ponen en serio riesgo a sus nacionales, es por esto que es imperativo analizar el alcance de los tratados de derechos de inversiones en cuanto el trato justo y equitativo no solo se quede plasmado sino que se lleve a la praxis en cuanto a una correcta formulación del mismo

1.3.-PREGUNTAS BÁSICAS

¿Cómo aparece el problema que se pretende solucionar?

Aparece debido a la textura abierta que poseen los tratados internacionales de protección de inversiones, en principal el estándar de trato justo y equitativo, lo mismo que se denota en los distintos fallos de los centros arbitrales

¿Por qué se origina?

Porque los organismos que atienden los conflictos entre inversionistas y estado no establecen una directriz ecuánime en cuanto al manejo del derecho y a su vez no existe una solución efectiva

1.4.-OBJETIVOS

1.4.1.-OBJETIVO GENERAL

Analizar la textura abierta del estándar de trato justo y equitativo en los tratados internacionales de inversiones al momento de la existencia de un conflicto.

1.4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Establecer casos emblemáticos que se han suscitado en América Latina donde se observa la flexibilidad del estándar de trato justo y equitativo
- Fundamentar doctrinariamente el alcance de los tratados internacionales de inversiones y del estándar de trato justo y equitativo.

- Esbozar los elementos a considerarse dentro del estándar de tratado de trato justo y equitativo para evitarse la contradicción entre las expectativas de los inversores y los intereses del estado.

1.5.- PREGUNTA DE ESTUDIO

¿Pueden el principio de trato justo y equitativo ser armonizado por cuanto no se vea imperioso el proteger excesivamente al inversionista y a su vez que esta armonización no disminuya el flujo de capital extranjero a un Estado en busca de desarrollo?

1.6.-ESTADO DEL ARTE

Para García (2008) el proceso de cambio del Derecho Internacional está en función de los cambios experimentados por la sociedad internacional, asumiendo... que cuanto mayor sea el proceso de cambio experimentado por esta sociedad, con mayor intensidad habrán de reflejarse el Derecho que pretende regularla (p.22) el autor nos presenta como un reto al derecho internacional puesto que no solo busca la protección del ser humano como en épocas anteriores sino la cooperación de los Estados para que estos logren un mayor desarrollo, partiendo de entender que

Los derechos humanos se basan esencialmente en la dignidad de la persona, mientras que el derecho internacional de las inversiones se fundamenta en la protección de la inversión, y específicamente de los intereses del inversionista.(Olarte, 2005 p.683 .684), la autora nos dice que el inversionista tiene prioridad en el derecho internacional de inversiones mucho más que el Estado contratante y cabe recalcar que dentro del CIADI dentro de sus fallos da prioridad al mismo, para el fin de esto Patricia Arsen, académica de la Escuela de Derecho de Sao Paulo de la Fundación Getulio Vargas, existen cuatro puntos fundamentales de los TBIS: (i) la admisión de la inversión; (ii) el tratamiento del inversor; (iii) expropiación; y, (iv) resolución de disputas entre los Estados parte. Estos puntos constituyen las herramientas para que los TBIS cumplen un rol fundamental al momento de proteger la inversión extranjera, pues garantizan un ambiente de estabilidad, justicia y equidad al inversionista, así como la protección contra medidas arbitrativas y discriminatorias, los mismos que denotan la formación especializada de los mismos

surgiendo los mismos como un idealismo principalmente para los países subdesarrollados.

Según Dolzer y Von Walterla (2007) principal razón de este aumento en los tratados de inversión fue que el derecho consuetudinario fue considerado demasiado amorfo e incapaz de proporcionar la orientación y protección suficientes. Sin embargo, [...] el derecho consuetudinario regresó, irónicamente, a la escena de la práctica del Estado, utilizando la puerta trasera del derecho de los tratados. (p.99) si bien los tratados de inversiones buscaban establecer un mayor desarrollo y traer beneficios se han convertido hoy en día en un arma de doble filo para los estados necesitados de inversiones puesto que en su busca de tener inversión que les proporciona desarrollo, e la práctica de extracción de sus recursos o práctica de actividades estipuladas en el tratado, dentro de su Estado se generan perjuicios para sus nacionales.

En la actualidad, pareciera que los dos regímenes jurídicos colisionaran ya que Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) son acuerdos contraídos entre dos países que pretenden proteger y promover las inversiones de inversores de una de las partes contratantes en el territorio de la otra parte contratante. La CSI dentro de esta nota informativa permite que reflexionemos sobre los beneficios que realmente obtienen los Estados y los beneficios que obtienen los inversionistas y al ubicarlos en una balanza es preciso decir que el inversionista posee mayor beneficios y menos riesgo puesto que estudia las posibilidades de costo- beneficio dentro del Estado así como su seguridad jurídica, antes de realizar la inversión; dejando al Estado con menor beneficio y con la posibilidad de sufrir un daño.

Para Zuleta (2007) Obligaciones internacionales que buscan garantizar un nivel de seguridad a la inversión y sus rendimientos (p.129) para este autor los más beneficiados y porque no decirlo los únicos son los inversores quienes manipulan a los estados y sus recursos a su conveniencia.

Los tratados de inversiones según Sommer (2015) suelen ser entendidos como obligaciones unilaterales hacia los Estados receptores de la inversión, ello por las limitaciones de las medidas que imponen a los gobiernos de adoptar contra los inversionistas extranjeros. Los TBI suelen contener una serie de derechos para la

protección del capital del inversor contra la expropiación, garantías de no discriminación, y la libertad de transferir fondos hacia el extranjero. Aunque establecen ciertas obligaciones sobre los inversores, éstas suelen estar circunscriptas a los aspectos netamente contractuales y no de otra naturaleza, como es el posible impacto de sus actos frente a la sociedad o el medio ambiente en la que desarrollan. En caso de daños causados por el inversor que afecte a los derechos de los individuos o grupos en el territorio donde se realiza la inversión, los tratados ofrecen pocas garantías a las víctimas y suele quedar en manos del Estado el tomar medidas sobre tales vulneraciones. (p.3) para este autor si bien existen clausulas dentro de los tratados de inversiones las cuales garantizan el aprovechamiento de recursos de manera responsable estas denotan un efímero cumplimiento de estas dentro de una garantía ínfima de los derechos humanos de nacionales.

Existe la necesidad de un mayor grado de equilibrio entre los intereses legítimos de los inversores, de los países anfitriones en los TBI y de los derechos colectivos y sociales de las comunidades (Bachand, 2003 p.14) para la autora es preciso establecer un equilibrio donde se compense los intereses de los nacionales puesto que dentro de América Latina existen pueblos y comunidades indígenas que no solo se ven afectados de una manera material sino que por sus costumbres y fundamentos ancestrales vulneran sus derechos fundamentales por cuanto su dignidad.

Estableciendo así para Caliari un "juego de culpas" (p.155), para el autor el estado se encuentra en una encrucijada donde proteger a los inversores es dar la espalda a sus ciudadanos y viceversa dejando un bajo ya sea económico o social.

Pero que es inversión Sornarajah (2004) define a la inversión como: Transferencia de activos tangibles o intangibles de un país a otro con el propósito de uso en ese país para generar riqueza bajo el control parcial o total del dueño del activo. (p.7)

Por su parte, Dolzer y Shreuer (2004) establecen como los elementos de la inversión extranjera directa: transferencia de fondos; un proyecto a largo plazo; propósito de beneficios regulares; cierta participación en la administración, y riesgo en el negocio (p. 60) para los autores la inversión extranjera si bien es esencial, al pasar está a ser a un plazo más largo contiene más riesgos debido a la estabilidad del mismo y a las posibilidades de que se susciten situaciones que pongan en peligro la misma.

Para Clapham (2006) la presencia de las empresas multinacionales en el mundo actual, cuyo poder en muchas situaciones supera al de los propios Estados, ha ocasionado que el tema de la responsabilidad internacional de aquellas por violaciones de los derechos humanos vuelva a discutirse. Para algunos especialistas, es necesario encontrar nuevos caminos para responder a la globalización, dado que es posible sostener que los Estados son cada vez más irrelevantes y menos poderosos, por lo que la atención debe centrarse en otros actores tales como las empresas transnacionales e instituciones internacionales, en la medida que, en una economía globalizada, el mercado que acompaña la explotación económica y los conflictos armados ya no se encuentra exclusivamente en manos de los Gobiernos (p.28) el autor nos denotan como los gobiernos de los estados han dejado de ser quienes toman las decisiones en base a su soberanía, sino más bien que deben tomar decisiones en donde no vulneren las necesidades o beneficios a los inversores.

Para Jacob (2009) La inmensa mayoría de los TBI no contiene referencias explícitas a los derechos humanos y ello ha llevado a laudos relevantes a asumir que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de esos derechos son dos campos herméticamente separados que no pueden interactuar de manera alguna. Como resultado de esa visión, laudos clave han ignorado la relevancia que los derechos humanos poseen al momento de dirimir una controversia entre el Estado receptor y el inversor. Son notables las implicancias políticas, sociales y económicas que ello puede acarrear en materia de inversiones extranjeras alojadas en el ámbito de los servicios públicos y los recursos naturales (p.29) el autor no solo mira la inequidad existente dentro de los tratados de inversiones en cuanto a la protección de los derechos humanos sino que observa los laudos y compagina que dentro de estos se prioriza los derechos de los inversionistas dejando a un lado los derechos humanos que podían ser vulnerados para los nacionales del Estado.

Según Ibáñez (2013) cada litigio en el cual alguna de las partes no quedará satisfecha con el laudo arbitral se tendría la opción de acudir a las Cortes de Derechos Humanos para que la decisión tomará otro curso, después obviamente de haber agotado los recursos internos del Estado. Podría entonces el Estado terminar acuerdos unilateralmente con el argumento de la salvaguarda de los Derechos Humanos.- Recuperado de: www.pactoglobal-colombia.org/.../interrelacion-DD-HH-economia-Plira-Ibanez-CIPID.pdf

Para el autor establece que al no satisfacer las decisiones tomadas en los centros de solución de controversias, llevan a conocer a las cortes de derechos humanos contra poniendo a las decisiones y dadas las mismas produciría un defecto en el campo internacional. Lo que no llevaría a alcanzar al derecho de inversiones su objetivo siendo así que "el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), una institución del Grupo del Banco Mundial establecida en 1966 para mediar en la solución de disputas entre corporaciones y Estados soberanos".

Recuperado de: Global Policy Forum,

http://www.roma1.infn.it/~mirabel/Quaderni/Archivio/World_Bank.html

Para Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (1966) La Convención CIADI expresa igualmente en el preámbulo, la estrecha relación entre la promoción de las inversiones extranjeras y el desarrollo económico actúa como ente modulador a favor del derecho de inversiones. Al ser un centro del banco mundial se inclina las bases de su fundación.

Según la CSI Confederación Sindical Internacional de todas las demandas interpuestas al CIADI, la decisión fue favorable a los inversores en el 36% de los casos, mientras que en el 34% de los casos se llegó a un arreglo fuera de los tribunales mediante el pago de una indemnización al inversor. Numerosos litigios estaban relacionados con los recursos naturales y los servicios públicos. El 42% de los casos estaban asociados al sector servicios (agua, electricidad, telecomunicaciones y gestión de desechos), y 29% guardaban relación con petróleo, gas y minería.

Según Cob Guillén y Rodríguez (2013) El papel del CIADI es "proporcionar servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes". (p.67) los autores establecen que el CIADI es el encargado de solucionar los conflictos.

Por esto para Prieto (2013) la protección de la inversión, atraviesa un momento de cuestionamiento, ya que deja de lado otros temas que surgen de la inversión como el

desarrollo sustentable, derechos humanos, protección ambiental y la capacidad regulatoria de los Estados. (p.17)

Según Sommer (2015) en Latinoamérica, la mayoría de violaciones de derechos humanos por parte de empresas multinacionales se han cometido en territorios habitados por pueblos originarios o relacionados con dichas comunidades. Esto puede deberse a dos motivos; uno geográfico: estos territorios, generalmente, se encuentran en zonas alejadas que albergan una gran cantidad de recursos naturales; y otro social: son poblaciones en condición de vulnerabilidad por su situación de pobreza y marginación. (p.9)
Concordando con Mourra (2008) que establece Conforme la expropiación de la propiedad de los inversionistas extranjeros, "iba creciendo en Latinoamérica (amén de la necesidad de consolidar la soberanía y ejercer las competencias que de ella se derivan), la presión internacional por el pago de la deuda externa se hacía más evidente"(p.224); para el autor los inversionistas no solo quitaban campo al gobierno sobre sus concesiones sino que también crean espacios donde ellos dictaban lo que se debía hacer frente otro inversionista en pro de que salga beneficiado.

Para Vandelvelde (1993) "Algunos países como Estados Unidos han desarrollado sus propios programas de tratados bilaterales de inversión, debido a su interés por invertir en los países en vías de desarrollo" (p.621)

1.7.-Variables

1.7.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE: La textura abierta del derecho internacional de inversiones.

1.7.2.- VARIABLE DEPENDIENTE: El estándar de trato justo y equitativo.

1.8.-DESARROLLO DE FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.8.1.- LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO Y LA INDETERMINACIÓN DEL LENGUAJE EN EL DERECHO

El derecho es tan inverosímil en cuanto a la vida social, puesto esta, es la que da los actos funcionamientos y a su vez establece circunstancias para que se difunda su capacidad de concebir pautas generales con antelación a conductas, esto se da por medio de la legislación y a su vez busca cubrir su espacio por medio de pautas de conducta, es decir precedentes que buscan establecerse, como un ejemplo concreto en un caso dado. Si bien la legislación, cualquiera que sea esta, denota un lenguaje general dotado de autoridad, al ser generales presentan un dilema, que muchos niegan pues afirman principio de clausura normativa "todo lo que no es prohibido es permitido" , el cual es exactamente la conducta que buscan exigir que se cumpla, puesto una norma puede ser tan flexible o rígida según sea el caso y la conveniencia de quien la esté conllevando; es decir hablamos de una incertidumbre práctica, el mismo hecho se produce en el precedente, precisa que si se redujo en un caso práctico debemos decir que estos operan para una masa de casos ordinarios y porque no decirlo comunes, el problema radicaría en cuanto encontráramos casos particularmente diferentes en cuanto a un fondo a lo que Carrió (2008) establecería como "presupuestos que condicionan o limitan la aplicabilidad de las reglas pertenecientes a ciertas dimensiones del lenguaje normativo (p.55)

A estas dimensiones del lenguaje normativo, se lo conoce como textura abierta de la cual nos habla Hart sino también como indeterminación del lenguaje, conocido como lagunas jurídicas, la mismas que se complementan para fundamentar este concepto con las antinomias jurídicas, esta teoría que fue respaldada por Kelsen por medio de la estructura dinámica de los sistemas jurídicos, y a este mismo precepto Bobbio lo fundamento por medio de sistemas jurídicos abiertos y sistemas jurídicos cerrados; estos tres autores establecen que esta indeterminación es dada por el sentido mismo del lenguaje, siendo que no son precisos ni exactos en una proporción absoluta, lo que para Moresco (1997) es "vaguedad" (p.89) y al hablar de vaguedad debemos decir que aquí interviene el tiempo, el cual desplaza a la norma de la realidad social siendo que esta ya no cubre las mismas o en muchos casos se ha vuelto innecesaria y a su vez por un factor secundario que es el legislador

Es por la masa de casos ordinarios que se ha buscado establecer al derecho dentro de su lenguaje con una textura abierta, donde busca dar una solución a todo lo posible que

pudiera ocurrir, esta es la teoría jurídica llamada conceptualismo o también conocida como indeterminación del lenguaje, que busca minimizar la necesidad de elección, más debemos recordar que al tratarse de un mundo imperfecto en el cual habitamos no es posible encarrillar todas las posibles circunstancias que puedan ocurrir y por lo mismo no se puede hacer normas que regulen un futuro incierto, el cual siempre va a necesitar de nuevas directrices, las mismas que satisfagan o no las necesidades de un todo y si así lo lograran siempre quedara una puerta abierta para un insatisfecho, ya que sus circunstancias no van a encajar uniformemente.

Al hablar de la textura abierta del derecho se debe decir que la ley ha sido positivizada y dada su fundamento por estar escrita y nacer de actos humanos voluntarios, lo mismo que crea instituciones (normas), cargadas de influencia ideológica, lo que oscurece a las mismas, por lo mismo es preciso cambiar nuestra mentalidad, citamos a Zagrebelsky quien establece que:

a) "los derechos subjetivos (inviolables) son completamente independientes de la ley; es más, son previos y supra ordenados a la ley, y protegidos contra ella, porque encuentran su fuente en la Constitución" (p.47)

b) "los principios de justicia positivizados en la Constitución son igualmente independientes de la ley, previos y supra ordenados a ésta, y por tanto inviolables para el legislador" (p.93)

c) Uno de los rasgos constitutivos del positivismo jurídico es la tesis de la separación entre derecho y moral

Zagrebelsky; propone que las constituciones contemporáneas son una variedad de derecho natural vigente, puesto que los derechos que las mismas contienen son derechos naturales y abarca con esto un dogma de anti positivismo de la ciencia jurídica el cual no coparte con Ronald Dworkin, quien establece que el derecho siempre se encuentra determinado y muestra tanto las obligaciones como los derechos que individuo posee, y no debe exigir más allá, a esto debemos decir que las normas no siempre van abarcar lo moral y ni por la moral se va a obedecer la ley, por lo mismo decimos que la ley no siempre va a ser justa, es decir en pro de la justicia.

Al hablar de un derecho natural es preciso tomar en cuenta como este crea a la textura abierta del derecho, debemos decir que son las palabras del legislador o a su vez lo que está escrito en precedentes jurisprudenciales o estamentos internacionales, son generales y abstractas es decir que no son dadas para un individuo y su particular caso, sino más bien se enfoca en un conglomerado; al ser de esta manera es posible dar diferentes interpretaciones a estas palabras que a pesar de ser las mismas, pueden tener un alcance distinto. A este enfoque general Alchourrón y Bulygin (2000) establecen que "las normas jurídicas dependen de acciones humanas específicas, es decir pueden ser introducidas y eliminadas de manera voluntaria" haciéndonos así cuestionarnos sobre la validez de las normas.

Esto último también defendido por que establece que no se debe limitar la interpretación en abstracto, sino que se debe buscar una solución para cada caso concreto, y sin duda es un reto para el derecho, en especial para el derecho internacional privado que son normas cuya " función básica : clasificar o repartir situaciones del derecho privado entre las diferentes soberanas que componen el orden internacional"(Audit p.83) es decir que no crea una línea segura a seguir y por lo mismo crea para una de las partes una insatisfacción.

A esta posible insatisfacción se busca valorar pretensiones razonables en cuanto buscan un equilibrio no anticipado y saciar las dudas, a esto se lo llama standard el cual no se encuentra oficialmente definido en cuanto a su alcance y a su forma lo mismo que logra solo ser entendido al ser violado y deliberado por un tribunal; algo tarde para salvaguardar pero debemos entender que un standard busca establecer nociones de cuidado y que estas nociones no afecten otros intereses; estos standard van creando precedentes que producen un criterio de validez jurídica puesto van resolviendo incertidumbres, desarrollando de mejor manera reglas y condicionando.

Como podemos ver el verdadero sentido y capacidad que posee una norma se lo ve dado frente a los litigios, dentro de los tribunales arbitrales siendo como diría (Bulygin) los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero si lo hacen porque crean normas generales en situaciones muy especiales" (p.16) en este caso serían los árbitros que dentro de sus laudos arbitrales actúan como un juez, como habíamos dicho líneas arriba el derecho posee textura abierta la llamada indeterminación del lenguaje teoría que nace para o en pro de llenar lagunas existentes dentro de un sistema jurídico, para establecer que es una laguna jurídica es conveniente citar la reflexión de Echeverry sobre Raz

definiendo a la misma con “derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes” (p.2) y eliminar problemas de antinomia en un sistema jurídico definiendo (Echeverry) a estas como “dos o más normas jurídicas positivas que pueden ser aplicadas a un caso que conllevan a soluciones incompatibles entre sí “ (p.3) es decir cuando el derecho no cumple correctamente su función, sin duda Kelsen se opondría a nuestro fundamento pues para este autor el derecho no solo norma, sino que establece la respuesta a conflicto y todo aquello que no se encuentre en una ley no se puede intervenir a una controversia pues no existe ese derecho u obligación y en comunión con Atria cualquier demanda que no se ajuste a la ley general debe ser rápidamente desechada y si solo si existe na laguna axiológica cabria discrecionalidad pero esta seria inadecuada, pero sin duda al intentar afirmar la teoría de Atria reconoceríamos que existen casos individual y por lo mismo estos deben ser resueltos y no solo dar una proposición normativa que sería el rechazo,; es por esto que nace un juzgador quien toma la decisión en pro de resolver un conflicto, dictando una norma o basándose en un principio e incluso un valor según sea el sistema jurídico del Estado en el cual se esté desarrollando el mismo, que cualquiera que sea este se va a desarrollar como base una norma general que al momento de ser aplicada a las necesidades o realidades del caso individual podrá o no ajustarse a un cien por ciento; si resultare que estas no se encuentran en un silogismo jurídico total viene aquí la discrecionalidad y proporcionalidad que puede aplicar el juzgador pues no existe una norma general que establezca lo que exactamente debe hacer el juzgador, generando así una norma de aplicación general pues su jurisprudencia puede ser utilizada como fundamento en las decisiones de otro juzgador.

1.8.2.- REGLAS, VALORES, Y LOS PRINCIPIOS O STANDARD

Parafraseando a Hart (2008) Dentro del derecho existen cuatro herramientas o instrumentos que permiten regular la vida social estos son las reglas, los principios standard y valores este último responde a un altruismo limitado, esto se da por un modesto objetivo de supervivencia donde los hombres son egoístas e interesados donde la agresión es frecuente y debe ser limitada por medio de estas herramienta es decir que nos da una idea positivista de los mismos.

Para poder comprender de mejor manera que es un standard y después lo que es el standard de trato justo y equitativo es necesario saber diferenciar que son reglas, principios, valores de lo que es estándar para ello debemos decir:

Regla para García Maynez (1949) es la que "impone deberes o confiere derechos" (p.8). Y parafraseando a Vinogradoff (1955) la definió como una "guía de conducta que la sociedad establece para que las personas puedan realizar -o abstenerse de hacerlo- un propósito determinado". (p.13)

J.C. Smith citado en Ossorio, 2006 conceptualiza la norma jurídica como:

> La significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente a determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto de que dichos deberes no sean cumplidos. (p. 45).

La norma jurídica es una regla u ordenación del comportamiento humano dictado por la autoridad competente del caso, con un criterio de valor y cuyo incumplimiento lleva a una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos. Recuperado de:

https://temasdederecho.wordpress.com/tag/definicion-de-norma-juridica/

Podemos decir que la noma o regla regula un comportamiento determinado de la sociedad y del individuo, que siempre tendrá una consecuencia jurídica determinada pues dicha acción se encuentra establecida para que se permita, garantice o se prohíba según sea el caso y la misma es dictada por una autoridad con esto queremos decir que puede o no ser el legislador, tomando así la norma diferentes nombres como son: aquellas que emanan

del poder legislativo se las conoce como ley, las emanadas por el poder ejecutivo decreto o reglamento, gobiernos descentralizados ordenanzas entre otras.

Los valores según la Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T -406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón son "una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido"

Por lo mismo debemos decir que un valor es la base mínima que busca un estado proteger y garantizar para el desarrollo de sus habitantes; existiendo así 3 valores básicos que son la justicia como pilar en cuanto la relación con los gobernados, el bien común como fundamento de desarrollo y la seguridad jurídica como un medio de difundir estabilidad.

Alexy (1994) los principios son "mandatos de optimización, cuyo cumplimiento no exige una medida determinada sino su mejor grado posible de satisfacción…los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas". (p.75)

Para Machicado, la importancia de los principios recae en:

- Dirección, porque guía a los órganos públicos en la elaboración de la legislación;
- Interpretación , porque constituyen un firme asidero en la interpretación de las normas;
- Integración, porque permite suplir las insuficiencia de las normas escritas.

Principios son normas específicas que dependen del sistema jurídico en el que operan, donde el derecho y la moral podrían llegar a disputar puesto, pues busca un grado de satisfacción mayor, no solo por cuanto al derecho sino a la dignidad del ser humano, donde el comportamiento no está determinado y su alcance o consecuencia puede ser mayor o menor.

Son muy parecidos principios y valores y esto es debido a que no poseen una consecuencia determinada, más el valor es un fin que busca perseguir y cuidar todo sistema jurídico. Robert Alexy (1997) nos dice sobre los valores y principios y su diferencia:

La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido;

y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente. (p. 147.)

Si bien definimos y establecimos la diferencia entre reglas, valores y principios es imperante entender que es un estándar en cuanto al modelo de estructura que ser maneada dentro del presente análisis:

Sanhoury (2004) define al estándar como "comportamiento general que permite cierta libertad de acción y mucho más flexible adaptación a los cambiantes circunstancias de la vida social" (p.114)

Por otro lado Rials (2005) es un "concepto indefinido, que se refiere a los valores fundamentales de una sociedad y analiza el comportamiento de los actores legales al referirse a conductas promedio" (p.231)

Los standard son muy utilizados dentro de los tratados internacionales de protección de inversiones y en relación con lo anteriormente expuesto concordaremos con Gonzales de Cossio (2009) "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."(p.9)

Al establecer los conceptos de estas herramientas jurídicas es preciso ver la similitud que existe entre principio y standard que si bien su diferencia es la corriente de donde proviene, mientras que los principios son fundamentados por el derecho derivado de la costumbre romanista y el standard es dado por un derecho anglosajón, donde su utilización es mayormente común y nos da un panorama mucho más abierto de la forma de utilizarse el mismo, cabe decir que en el Ecuador ha sido reciente la utilización de principios como una base para litigar o establecer el alcance de derechos esto debido al cambio de paradigma dado por la Constitución de la República del Ecuador del 2008 que principalmente es garantista y busca que la ley no sea inflexible sino que el derecho vaya más allá de un alcance habitual.

Los principios o estándares y los valores son herramientas jurídicas que se han introducido para solucionar los problemas de indeterminación del lenguaje, siendo estas quienes guíen y llenen las lagunas jurídicas que son creadas por las normas, y por el juzgador son equiparadas.

1.8.3.- EL ESTÁNDAR COMO UN INSTRUMENTO DE TÉCNICA JURÍDICA

Si bien esta técnica nace en el derecho romano como idea dentro de los *Pater Familias*, con el buen padre de familia, que es quien tomaba las decisiones de acuerdo a los intereses; mas el derecho romano o civil law tomo una postura positivista, siendo así que en el derecho anglosajón como nos dice:

Prieto (2010)

> Ha existido siempre el razonamiento jurídico de que la norma no es estática, sino que ésta se adapta a la realidad de la sociedad donde rige y no al revés. Dentro de esta lógica, se entiende que es el juez el llamado a realizar el salto de la norma hacia la realidad, manteniendo una función más creativa dentro de un determinado sistema. (p.15)

De acuerdo con Prieto es precio decir que el derecho anglosajón ya vio esta realidad social, donde si bien la hipótesis de que el derecho rige a la sociedad no es equivoca pues la contiene , es más bien un dualismo donde el derecho coerción y establece límites, mientras que la sociedad con su evolución avanza creando necesidades que deben ser cubiertas por el derecho lográndolo así modificar, pero cabe decir que una ley y su modificación debe estar regulada y porque no decirlo debe ser cerrada para que también exista segu8ridad jurídica, más para que exista la misma, una ley debe permitir interpretación es allí donde aparece el juez o juzgador quien realiza este razonamiento de las normas en pro de las necesidades imperantes como decíamos líneas arriba para el juzgador su mejor arma es la discrecionalidad y la proporcionalidad entiendo a las mismas Tudor (2008)"El Estándar es una herramienta importada de la sociología que presenta características de ser capaz de absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad mientras preserva la seguridad que la ley tiene que ofrecer "(p.115) asimismo nos dice Schwarzenberger, (1966) son" normas opcionales que incorporan "formas fijas de limitaciones auxiliares de la jurisdicción nacional. Estas pueden denominarse estándares para distinguirlos de principios opcionales y otras reglas opcionales que no se han

cristalizado todavía en patrones estereotipados" (p.66-67) Para Juliard, es "un principio general del derecho Internacional que tiene una característica específica: es un estándar, en el sentido que sirve para evaluar el grado de conformidad del derecho nacional con el derecho internacional". (p.21)

Mientras que González de Cossío (2009) define al estándar como "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" (p.5)

Podemos así decir que Tudor (2008) y González de Cossio (2009), concuerdan en que es una herramienta que absorbe circunstancias cambiantes, podemos decir así que estandar es una norma que hipotéticamente actúa con intuición, la misma que si bien es dada o establecida por el legislados, es el juzgador quien debe realizar un razonamiento sobre la misma para el momento de su aplicación, un ejemplo de esto es el estándar del debido proceso dado por el derecho constitucional, que busca establecer la aplicabilidad de la exigencia en un derecho y que esta esté de acuerdo a la ley. Si bien un estándar representa un razonamiento frente a un caso específico, realizando un análisis circunstancial por lo mismo es flexible y adaptable, pero equivalentemente se creó un problema el cual se fundamenta en su dificultad de poder predecirlo o interpretarlo por el juzgador.

El estándar es una herramienta que nos permite cuidar los cambios en la ley respetando la seguridad jurídica, por su flexibilidad permite que esta se adapte a la realidad al tiempo a las necesidades, es por esto que decimos que es una herramienta de técnica jurídica pues trabaja en abstracto, por la cual se intenta contemplar y solucionar casos concretos.

1.8.4.- ESTÁNDAR DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

1.8.4.1 ORIGEN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Para entender de donde parte la idea del estándar del Trato Justo Y Equitativo TJE es preciso entender que se refieren estas dos palabras justo y equitativo; comenzaremos diciendo que son principios, que si observamos podemos encontrarlos dentro de la legislación interna de un país e incluso en doctrina filosófica.

Para Córdova y Salazar (2005) la justicia es “el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para las relaciones entre personas e instituciones, autorizando, prohibiendo y permitiendo acciones específicas en la interacción de individuos e instituciones” (p.34)

Por otro lado para Santo Tomás de Aquino, dentro de varios de sus pensamiento define a la justicia “es la actitud permanente o virtud de dar o restituir a cada cual lo que le pertenece “.

Al hablar de equidad debemos definirla como un principio general del derecho un postulado totalmente ligado con la justicia en concordancia con Aristóteles pueden considerarse como la misma cosa pero siendo lo equitativo la mejor opción.

Whitehead (1992), la define como “la ausencia de desigualdades innecesarias, injustas y evitables” (p.429)

Si bien en un principio este estándar se encontraba legislado en varios tratados, fue tomado como una sombra inexistente, la cual se encontraba dentro pero a la vez ausente, puesto que no era tomado en cuenta como nos lo dice el autor Christoph Schreurer (2004) era una “bella durmiente”; fue tomado verdaderamente en cuenta al momento de tratar de resolver conflictos basados principalmente en expropiación y negación de justica en varios tratados multilaterales pero realmente se difundió en tratados bilaterales.

Debemos decir que la primera referencia a un “tratamiento equitativo” la encontramos en los tratados de amistad, comercio y navegación que se mencionaron entre Estados Unidos y Alemania en 1945 que señala en su artículo 1 “Cada parte otorgara en todo momento trato justo y equitativo a los nacionales y a las compañías de la otra parte y a sus propiedades, empresas y otros interese.”

Así mismo en la Carta de la Habana para una Organización de Comercio Internacional, suscrita en 1948, en el artículo 11 que establece que:

> El progresivo desarrollo industrial y económico general, así como la reconstrucción, requieren, entre otras cosas, las disponibilidades adecuadas de capitales, materiales, equipos y procedimientos tecnológicos modernos y pericia

> técnica y administrativa. En consecuencia, al efecto de estimular y facilitar el suministro e intercambio de estos recursos:
>
> a) Los Miembros deberán cooperar, de conformidad con el Artículo 10, en la prestación de tales recursos o en la realización de arreglos para suministrar dichos recursos, dentro de los límites de su capacidad, y deberán abstenerse de imponer obstáculos irrazonables o injustificados que impidan a otros Miembros obtener, equitativamente, tales recursos para su desarrollo económico o, cuando se trate de Miembros cuyas economías hayan sido devastadas por la guerra, para su reconstrucción;
>
> b) ningún Miembro deberá tomar dentro de su propio territorio medidas irrazonables o injustificadas que sean perjudiciales a los derechos o intereses que los nacionales de otros Miembros tengan respecto a la empresa, a la pericia, al capital, a las artes o a la tecnología que hubieren facilitado.

Es en el literal b de este artículo con las palabras medida irrazonables o injustificadas que sean perjudiciales, que se garantiza a la inversión extranjera de un Estado miembro que ingresaba a otro, se le debía asegurar un trato justo y equitativo en distintos niveles, desde el empresarial, entrada y salida de capitales, tecnología y cualquier otro requerimiento que el inversionista de alguno de estos estados solicitare.

En la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948 en el convenio económico en su artículo 22 en su tercer párrafo establece:

> Los capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los Estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses

de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado.

Debemos decir que tanto la carta de la habana como el convenio económico de la novena conferencia internacional americana no tuvieron la aceptación esperada pero nos acercó al nacimiento del estándar de Trato Justo y Equitativo como tal.

Pero es dentro de la 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...". Aquí vemos ya una estructura para el trato justo y equitativo, formando parte de una solicitud imperiosa dentro de los mismos.

1.8.4.2.- CONTENIDO DEL STANDARD DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN BASE A LAUDOS ARBITRALES

Muchos autores dentro del mismo se cuestionan que contiene en realidad el trato justo y equitativo, cuáles son sus alcances y en si estos son realizados o no es así que los definen mirando más allá de su alcance mirando las consecuencias de su cumplimiento, para cada Estado este principio hecho clausula ha jurado de variada forma algunas veces favoreciéndolos otra perjudicándolos

Para Sornarajah (2004), manifiesta que "los elementos del TJE, son únicamente dos: denegación de justicia y debido proceso" (p.340). Para Doler y Schreuer (2004), los elementos son: "transparencia; estabilidad y protección de las expectativas legítimas del inversor; conformidad con obligaciones contractuales; debido proceso; actuar de buena fe; y ausencia de coerción o acoso".(p.133) Yanca-Small (2003), analiza los siguientes: "obligación de vigilancia y protección; debido proceso; falta de arbitrariedad y no discriminación; transparencia y estabilidad; expectativas legítimas".(p.118) Lluís Paradell (2007), establece a la "denegación de justicia; no discriminación; transparencia; estabilidad; legítimas expectativas".(p.129) Salacuse (2007) " fracaso de protección de las legítimas expectativas del inversor; falta de actuación transparente; arbitrariedad y medidas discriminatorias; buena fe; denegación de justicia y debido proceso."(p.228)

El estándar de trato justo y equitativo es uno delos diversos estándares dentro de los tratados internacionales de protección de inversiones; el cual es contingente absoluto, lo que quiere decir que su contenido es aislado, con lo mismo quereos decir que al contrario de las reglas este no posee un lenguaje definido y como antes veníamos viendo el mismo posee una textura abierta, la cual le permite establecer cambios sustanciales y moldearse a un caso en particular.
Al ser un estándar el juzgador tiene como diría Hart "un campo de posibilidades" (p.274) que es lo que veremos a continuación en varios fallos que han definido a este standard.

En *Waste Management vs México* se indujo que:

"Lo arbitrario, extremadamente inequitativo, injusto o idiosincrásico, que es discriminatorio y expone al demandante a un prejuicio seccional o racial, o involucra una falta de debido proceso que conduce a un resultado que infringe la rectitud judicial."

En *Azurix v Argentina* de una interpretación exegética se derivó que:
"del significado común de los términos justo y equitativo y el propósito y objetivo del BIT… justo y equitativo debe entenderse como trato imparcial y justo que conlleve a fomentar la promoción de la inversión extranjera."

En *GAMI v México,* en el contexto de conducta que (el reclamante Argumentaba) implicaba la falta de observación por el Estado Anfitrión de sus propia normatividad, encajonó la situación dentro de nuestro estándar, indicando sobre su gravedad que: "una reclamación de mala administración probablemente violaría el estándar de trato justo y equitativo si ascendiera a un "rechazo rotundo e injustificado" de las reglamentaciones relevantes."

En CMS v Argentina se concibió el estándar como: "cualquier medida que pueda involucrar arbitrariedad o discriminación es en sí misma contraria al trato justo y equitativo."

En *Thunderbird vs México* se expuso que el standard de trato justo y equitativo puede tener una posición contradictoria estableciendo que:

> Habiendo considerado la jurisprudencia de inversiones reciente y el principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario, 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 de la inversión) para actuar de conformidad con dicha conducta, de tal forma que una falla de la Parte del TLCAN en honrar dichas expectativas podría ocasionar que el inversor (o la inversión) sufran daños.

Como podemos ver este standard se encuentra íntimamente ligado con el debido proceso en menoscabo de los extranjeros como en el caso *Tecmed v. México* el Tribunal enfatizó que el inversionista tenía derecho a ser notificado y oído con respecto a la intención de la autoridad de revocarle su licencia

Así mismo el standard de trato justo y equitativo puede extenderse hasta abarcar la transparencia como sucedió en el caso *Metalclad* se aludió de la existencia de una:

> La obligación de asegurar un marco transparente y predecible para la planeación de negocios e inversiones. Incluye la idea de que todos los requisitos legales relevantes para el propósito de iniciar, completar y operar exitosamente las inversiones realizadas, o que se pretendieron realizar bajo el Acuerdo, deben ser capaces de haber sido divulgadas a todos los inversores afectados de la otra Parte. (p.74)

Por otro lado este estándar y su versatilidad en cuanto establecer su redacción no solo implica un problema pues su alcance puede ser tan variado y a la vez deformado como es en el caso *Occidental v Ecuador* que buscaba establecer una ambiente estable para el inversionista haciendo del mismo no solo imperante sino que fundamental diciendo que trato justo y equitativo se refiere a:

"La estabilidad y predictibilidad del marco legal y de negocios de la Inversión". (p.190)
Lo misma que se reiteró en *CMS Gas v. Argentina*
"El trato justo y equitativo es inseparable de la estabilidad y predictibilidad". (p.276)

En *MTD v Chile* se mencionó que el estándar obliga a:

> Trato de manera imparcial y justa, conducente a fomentar la promoción de la inversión extranjera. El Tribunal también observó que el estándar en el BIT se encontraba enmarcado como una declaración proactiva en lugar de prescripciones para una conducta pasiva del Estado o para evitar una conducta perjudicial hacia inversionistas.

Como podemos ver el ejercicio interpretativo de este estándar se ha segregado de muchas formas y maneras, al decir que no ha buscado la protección del extranjero sino que ha ido más allá del mismo, siendo que busca que un Estado posea la dignidad de estable lo que todo inversionista persigue en un corto o largo plazo para poder seguir invirtiendo y sin duda el Estado busca proporcionar esa imagen en pro de captación de capital.
Así mismo vemos como este estándar cubre desde las expectativas legítimas hasta el acceso a la justicia, su variación es muy notable y se basa en la gran apertura en cuanto a la extenuante definición que poseen estas dos palabras.

1.8.4.2.1 PRINCIPIOS QUE CONSTITUYEN AL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO CONVIRTIÉNDOLO EN UN MACRO PRINCIPIO

Estos principios si bien nacen de la costumbre se encuentran dentro de la Convención De Viena de 1969 positivizados; la misma que habla sobre el derecho de los tratados y por medio de la cual se ha tratado de dar un impulso jurídico a los fallos arbitrales buscando en si la unidad internacional.

a) **Obligación de Vigilancia y Protección.**

Se refiere que el Estado debe velar porque se cumpla lo estipulado en el tratado con el inversor garantizando no solo que este cumpla lo pactado sino que los derechos de este deben ser respetados.

Dentro de varios laudos nombrados en el ítem anterior podemos ver que es deber del Estado otorgar dicho elemento para que no exista omisión por el mismo y cause daño a las expectativas legitimas del inversor.

b) Principio de buena fe y no arbitrariedad

Patiño nos dice:

> Es un principio absoluto obliga a los sujetos del derecho internacional a celebrar el tratado sin ninguna mala intención, sin atropellar los derechos del otro, y garantizando la plena lealtad y transparencia entre los sujetos (Estados) que firman el contrato, exige una conducta honesta y recta entre los sujetos del derecho internacional que lo han firmado, cumpliendo con los preceptos del ordenamiento jurídico para no caer en el abuso del derecho ni vicios jurídicos.

Recuperado de: http://derechointernacional02.blogspot.com/2010/05/principios-del-tratado-internacional.html

El artículo 1546 del Código de Bello de 1855, señala que "los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella".

Establece que el Estado no tenga finalidades de dañar o emitir acciones tanto de derecho como de impedimento material que perjudiquen al inversor de manera intencional; deben actuar las partes de manera honesta y leal, aunque si bien esto no quiere decir que las partes no puedan buscar su beneficio, lo que si dice es que este beneficio no salga de la esfera de lo legal y no haga un daño a la otra parte.

c) Principio de transparencia y debido proceso

Estos son los principios que poseen más amplitud y generan mayor dependencia para el Estado pues el que debe garantizar los mismos
Rodríguez nos dice que:

> Los principios que informan el debido proceso tienen un carácter dual: por una parte son una garantía para el buen funcionamiento judicial en sí y por otra, involucran el respeto de otros derechos fundamentales. En síntesis, el imputado debe ser considerado y tratado como ser humano con el respeto debido a su dignidad de tal y desde luego como sujeto principal, no como objeto secundario de la relación procesal.

En cuanto a los procesos que puedan existir internamente en el Estado se le trate al inversor en pro del debido proceso, donde no se deniegue justicia, sino se respete los derechos de los inversores.

d) Principio de no discriminación

Podemos así decir que es:

> El mandato de no discriminación ha adquirido un sentido autónomo, específico y concreto y, en tal virtud, es dable colegir que no toda vulneración del derecho a la igualdad constituye un acto discriminatorio, pero toda vulneración del derecho a la no discriminación constituye una afectación al derecho a la igualdad

Recuperado de: http://www.derechoshumanosgto.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=269%3Aprincipios-de-igualdad-y-no-discriminacion&catid=40%3Acriterios-con-la-letra-p&Itemid=19

Tratando al inversionista como a un nacional y que no por su hecho de ser extranjero debe ser tratado o no gozar de derechos sino este de manera figurativa debe ser cuidado y protegido por estar en un estado de vulnerabilidad frente a la soberanía del estado

e) Pacta *sut servanda*

De este principio podemos decir que sin duda es el más importante dentro del derecho internacional privado, pues es el principal que rige los convenios que se realizan, este principio ha sido sustancialmente debido por dos corrientes siendo que la acepción *servanda* para unos se refiere "tratados obligatorios" mientras que para otros es un hecho que son meramente obligatorios aquellos tratados válidos. Chaile (1932),lo define como "una norma consuetudinaria del derecho internacional general; es precepto constitucional de rango superior, que establece un procedimiento especial para la creación de normas de derecho internacional "(p.331)

Pero este principio no es solo absoluto es por esto que Gaviria Liévano:

> Hay tres excepciones a éste principio del pacta *sunt servanda*: Imposibilidad física es cuando se escapa de las manos de alguno de los intervinientes (sujetos de derecho internacional); Imposibilidad moral cuando hay elementos dentro de una sociedad que se ven violentados, es decir, tocan la esencia del pueblo, de los individuos que lo componen, y por ese motivo, el tratado es considerado moralmente inviable; e Inconveniencia política o social cuando el tratado vaya en contra del ambiente político del país o del desarrollo social, el Estado en forma unilateral debe denunciarlo. "Un tratado puede quedar sin efecto cuando determinadas circunstancias históricas o políticas aceptan su denuncia (p.35)

Podemos decir entonces que este principio busca que los contrayentes al convenio sepan y estén seguros de lo que establecen dentro de los tratados pues este consentimiento permite que lo pactado sea válido y como se dice en derecho

privado se convierte en ley para las partes, la misma que se reíste de autoridad para no permitir excepciones que no sean primordiales y que esta se encuentren en real facto, es decir ligadas al principio de buena fe y no sea solo una estrategia para disolver el tratado.

1.8.4.2.2 INTERPRETACIÓN DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

1.8.5.- ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y EL USO DE LA DISCRECIONALIDAD Y DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL ACCESO A LA JUSTICIA

En lo anteriormente existen varios principios que conforman al estándar de trato justo y equitativo convirtiéndolo en un multifacético o magro principio, cuyo motor principal es la protección y la supra posición del extranjero sobre un nacional y porque no decirlo del mismo Estado, con esto queremos decir que le quiere dar una posición con mayores privilegios convirtiéndolo así en un mínimo que busca el inversor que el estado le proporcione, con la finalidad de beneficiarse con su macro capacidad.

Siempre que un árbitro analiza la legalidad o legitimidad de las actuaciones frente a un tratado internacional hace un ejercicio de razonamiento, por cuanto aplica la discrecionalidad y la proporcionalidad, donde se contraponen dos factores la potestad pública del Estado que acepta la inversión y los derechos que posee el inversionista.

En cuanto a estos dos factores que se contraponen con dicho ejercicio discrecional, decimos que es la potestad publica ya que y el gobierno de un estado posee la potestad publica para formar normas las mismas que pueden en cualquier momento dado cambiar ya sea porque el mismo gobierno cambio su línea de gobernanza, por circunstancias externas a nivel mundial que afectan ya sea a su economía, sus recursos, o incluso a la paz interestatal

Mientras que los derechos del inversionista se justifican como diría Prieto (2016) "el consentimiento de las partes "(p.5), la misma que al tratarse de un contrato que como principio tiene la libre contratación, que se fundamenta y concreta en la voluntad, dicha voluntad que acepta todo lo que contenga el contrato clausulas, peticiones o incluso concesiones según sea el caso creándose así una ley para las partes

La proporcionalidad y discrecionalidad ha sido utilizado mayormente en el derecho constitucional y podemos decir que es una tradición del commom law , y al momento de un litigio internacional los tribunales internacionales deben inquirir en dos posiciones ; dar razón al inversionista que teniendo o no razón se ha visto afectado en su inversión o a un Estado que como podremos ver más adelante no solo busca proteger una inversión o un capital sino que pretende establecer prioridad a

sus habitantes, existiendo así una interrogante para los tribunales, si en un momento dado la economía de un estado tiene un declive potencial y no puede cumplir con lo pactado a un inversionista que debe priorizar para el mismo saciar necesidades de derechos humanos básicos para la supervivencia de habitantes de un estado considerados nacionales como son salud educación vivienda seguro o satisfacer un contrato que si bien fue un compromiso adquirido por voluntad, las circunstancias que engloban a este cambian, en una situación que debería priorizar los derechos humanos de los nacionales o los derechos humanos de los inversionistas, por esta razón es que los tribunales dan diferentes criterios en cuanto a sus fallos incluso en situaciones similares, en nuestro criterio existen derechos humanos que deben ser mayormente cuidados es allí donde la proporcionalidad debería actuar y velar por un valor la justicia.

1.8.6.- LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE INVERSIONES DENTRO DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1.8.6.1.-ANECEDENTES

Debemos recordar que los primeros tratados en formarse a nivel mundial dentro del siglo XVIII eran los tratados de amistad, comercio y navegación, siendo pate también el ecuador de este bum mundial celebra así con potencias como: Estados Unidos (1842), Francia (1846) y Reino Unido (1851) que se enfocaban aun en lo geopolítico; siendo para 1966 el ecuador firma su primer TBI durante la presidencia de Clemente Yerovi quien negoció y suscribió un Convenio de Protección de Inversiones de Capital con la República Federal Alemana; más a ser el ecuador un estado pequeño y por qué no decirlo no tena el suficiente desarrollo para invertir no se hizo del foco de grandes potencias con el capital justo para dar dichas inversiones, es para la década de los noventas casi treinta años después

> Se celebró un TBI con Suiza (1971) el cual se encuentra codificado y vigente hasta la fecha, que no desarrolla mayormente estándares de protección de inversiones, ya que el mismo únicamente se limita a evitar cualquier expropiación que no lleve consigo una *indemnización efectiva y adecuada, conforme al derecho internacional*, introduciendo así en la práctica ecuatoriana la denominada fórmula Hull (Prieto, p.54)

Mas esto no le dio mayor dinamismo al Ecuador quien de cierta forma se encuentra a la sombra del CAN (Comunidad Andina de Naciones), la cual no mencionaba lo que era inversión extranjera como tal y cuyo objetivo primordial era el desarrollo equilibrado y armónico de los países miembros es por esto que se promulga la Decisión 24 la cual Muchlinski, denomina el primer código interestatal en materia de inversiones extranjeras; que si es analizada esta limita a la isla y establece como mecanismo de control un permiso para acceso a esta.

En 1987 se expidió la Decisión 220 que de igual a la decisión 24 limitaba a la inversión extranjera y aun no se establecía estándares para su regulación; por lo mismo para 1991 es sustituida por la decision291 que cabe recalcar aún vigente que establece el *"Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías"* la cual busca lo contrario a sus predecesores y apertura a la inversión extranjera mirándola como una oportunidad al ser más permisiva, a su vez introduce ya la idea de estándar como es el de trato nacional y el de nación más favorecida, más aun no se escucha del trato justo y equitativo. Y así como lo manifiesta en su artículo 1 "Esta definición es limitada ya que únicamente se refiere a los aportes tangibles, dejando libertad a los países miembros para que determinen si los intangibles son considerados como inversión". Dejando para os países miembros la capacidad de discreción en cuanto a buscar o captar inversión

1.8.6.2.- ACTUALIDAD

Dada la constitución del 2008 en su artículo 422 que establece:

> No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos

> jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

Por lo mismo este artículo limita el poder de los arbitrajes buscando la denuncia de los mismos y una accesibilidad mayor para los países latinoamericanos por tanto Cesar Montaño, manifiesta lo siguiente:

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

Para el 2010 el ex presidente Rafael Correa mediante Oficio No.t.4766-SNJ-10-21, de 6 de enero de ese año denuncia 13 tratados internacionales que tenía Ecuador con otros estados estableciendo como principal causa no solo el articulo 422 sino la violación en muchos de estos de los artículos 284 numeral 8 que establece que la economía debe estar propiciada por aun intercambio justo de bienes o servicios y el artículo 416 que establece fomentar un sistema de comercio e inversión donde se priorice la solidaridad.

A pesar de esta denuncia de tratados internacionales, dentro de la misma Constitución en el artículo 339 nos habla:

> Art. 339.- El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.
>
> La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

Este artículo de manera indirecta nos habla del estándar de trato justo equitativo pues busca un equilibrio entre las partes nacionales y extranjera que se materializa en el Código Orgánico Monetario y Financiero en el artículo in-numerado que nos habla de los principios rectores que concuerda con el artículo in-numerado de Ley De Mercado de Valores así mismo el artículo 19 del Código Orgánico De La Producción Comercio e Inversiones que establece los derechos de los inversionistas en su literal que establece "Libre acceso al sistema financiero nacional y al mercado de valores para obtener recursos financieros de corto, mediano y largo plazos"; por dicha igualdad legal, se ha generado una desigualdad material dentro del sistema financiero apareciendo así los capitales golondrinas que son para Mauricio Cabrera (2008):

> Los capitales golondrina son aquellos que buscan alternativas de inversión de corto plazo en TES, bonos o acciones, y tan pronto obtienen la rentabilidad esperada se vuelven a ir del país; vienen en las bonanzas y huyen en las crisis, de manera que agudizan los ciclos económicos.

Recuperado de: http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/CAPITALES%20GOLONDRINA.pdf

Los capitales golondrina buscan opciones de inversión a corto plazo en activos como bonos, acciones u otros títulos valores, cuando obtienen la rentabilidad deseada transfieren su capital a otro país provocando crisis económica pues se revalúa la moneda local lo que provoca para los exportadores incremento en la competividad mundial; como medida a estos capitales golondrina se crea el Impuesto a la salida de divisas creado mediante Decreto Legislativo No. 0001, publicado en el Registro Oficial, Suplemento 242 del 29 de diciembre del 2007 por el gobierno de Rafael Correa, en su artículo 155:

> Los ciudadanos ecuatorianos y extranjeros que abandonen el país portando en efectivo hasta una fracción básica desgravada de impuesto a la renta de personas naturales estarán exentos de este impuesto; en lo demás estarán gravados. Dirección Nacional Jurídica Departamento de Normativa.
>
> Las transferencias realizadas al exterior de hasta 1000 dólares de los Estados Unidos de América, estarán exentas del Impuesto a la Salida de Divisas, recayendo el gravamen sobre lo que supere tal valor. En el caso de que el hecho generador se produzca con la utilización de tarjetas de crédito o de débito no se aplicará esta exención.

Esta ley y en específico este artículo se crearon con el fin de evitar la fuga de capitales al no poder imprimir moneda podría generarse una escasez de circulante en el país. Este impuesto empezó con un porcentaje de 0,5% sobre toda salida de dinero y ha ido en aumento paulatinamente hasta llegar en el 2010 al 2%; sin embargo, hoy por hoy este tributo se encuentra en el 5%.

Como vemos este impuesto se basa en la proporcionalidad y en la equidad pues toda transacción al exterior del país paga el mismo porcentaje sin tener en cuenta su valor, lo que formaría un mecanismo adyacente que invoca al trato justo y equitativo que debemos

decir antes de dicho impuesto se encontraba vulnerado ya que los inversionistas gozaban de diversas tasas de interés beneficiándose y tomando el dinero de países donde las tasas de interés bajas e invirtiendo en países con tasas más altas generando una ganancia en la diferencia de tasas sin generar ninguna inversión o desarrollo económico; hoy por hoy este impuesto Salida de Divisas ha generado que no solo existan menores líneas de crédito a corto plazo lo que la ley define menor a 2 años, sino que ha hecho que se justifique si existieren los mismos por medio de proyectos productivos. A pesar de esta ley siguen sucediendo los capitales golondrina en un porcentaje inferior.

Un ejemplo de capital golondrina también conocido como inversión extranjera indirecta IEI y por lo que se reforma la ley de régimen tributario tratando de percibir inversión extranjera directa IED la misma que es la que permite la apreciación de la moneda y el desarrollo económico de un país; ejemplo:

Inversión a plazo fijo:

Un extranjero llamado Manuel Franco entrega la Cooperativa X la suma de 1.000.000 dólares americanos con el fin de hacer un depósito a plazo fijo por el tiempo de 365 días; al transcurrir el plazo a una tasa del 10.13% recibe 101.388,89 dólares americanos a más del 1.000.000 que invirtió; por el impuesto a salida de divisas que debe pagar al Estado que es del 5% que representaría 55.069,44 dólares americanos, Manuel Franco saldría del país con 1.046.319.44 ganando así 46.319,44 dólares los mismos que no han dinamizado la economía perdiendo así el Estado Ecuatoriano, lo mismo que no sucedería si Manuel Franco vendría al Ecuador e invirtiera ese 1.000.000 de dólares americanos en una empresa productora de pulpa, a pesar de que esta empresa por su naturaleza estaría exenta de pago del impuesto a la renta, esta empresa compraría materia prima a agricultores o comerciantes, por otro lado generaría puesto de trabajo, dichos empleados tendrían que ser afiliados lo que generaría una entrante para el Estado, así mismo indirectamente se movería la economía ya que esos empleados comprarían insumos para su familia, invertirían en educación, trasporte, entre otros.

Al ver este ejemplo podemos decir que el multi-principio de trato justo y equitativo TJE queda olvidado pues un extranjero que invierte un dinero a plazo fijo en una institución del sistema financiero ecuatoriano regresa con un incremento de capital el cual no contribuyo en ningún aspecto a la economía interna del país, sino que en cierta forma

podemos determinar que es una fuga de capital, lo cual no es equitativo para nacionales quienes de una u otra forma es capital e interés ganado generaran recursos para el Estado.

1.8.7.- ANÁLISIS DE LAUDOS EMITIDOS ACERCA DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

1.8.7.1.- CASO OCCIDENTAL VS ECUADOR

ANTECEDENTES DE HECHOS

La presencia de Occidental Petrolean Company (Ex) en el Ecuador se remonta a 1985, cuando era Presidente del Ecuador León Febres Cordero, el 25 de enero de ese año, la empresa petrolera firmó un contrato de prestación de servicios con la empresa estatal Petroecuador en ese entonces llamada Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana, CEPE, para la explotación petrolera y exploración adicional de hidrocarburos en el bloque 15, sucesivamente se fue modificando el contrato con esta empresa hasta que en 1999, durante el gobierno de Jamil Mahuad, el 21 de mayo de 1999 el contrato de "Prestación de Servicios", fue reemplazado por el de "Participación". Este contrato se fundamenta en el tratado bilateral d inversiones con Estados Unidos

A mediados del año 2004, el Procurador General del Estado, declaró que la compañía Ex, había realizado acciones que violentaban su contrato con el Estado, las cuales eran causales de caducidad del contrato, entre ellas se encontraba la transferencia del 40% de los derechos y obligaciones del contrato de participación sin la autorización del Ministerio de Energía y Minas, razón por la cual solicitó al ministro que inicie el proceso de caducidad.

En el gobierno de Alfredo Palacio el 15 de mayo de 2006 el Ministro de Energía de aquella época, Ing. Iván Rodríguez, informó públicamente sobre la declaración de caducidad del contrato con la compañía Oxy expulsando del país al inversor y despojándola de sus bienes, quien posteriormente presentó un pedido de arbitraje contra Ecuador ante el Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) argumentando que el Estado Ecuatoriano violó el Tratado de Protección Bilateral de Inversiones con Estados Unidos el tribunal arbitral falló a favor de Oxy condenando a Ecuador en el año 2012 al pago de USD 1.700 millones de dólares a la petrolera, el país solicitó la nulidad de todo el proceso, y en noviembre del 2015 el Comité de Anulación

del (CIADI) notificó al Ecuador pagar USD 1 061,7 millones fuera de intereses y costas judiciales.

ANÁLISIS

Primer de los factores determinantes es en el 2006 se declara la caducidad de participación ya que la empresa Oxy realiza una transferencia de derechos a la empresa canadiense AEC, sin que existiera autorización del ministerio de energía y minas, la disposición que se encontraba contenida tanto en la ley 42 (ley de hidrocarburos) así como en el contrato.

Segundo Ecuador no reconoce la facultad del CIADI y establece que es competencia de los tribunales internos, por lo mismo no nombra un árbitro dejando al estado en indefensión puesto que el proceso continuo, cave recalcar que el mismo estado Ecuatoriano fue el que no nombraba el árbitro y posea uno nombrado por el CIADI generando desventaja

El tribunal del CIADI sí reconoce la violación de la ley y del contrato por parte de Oxy

Establece que la sanción dada por Ecuador por ese hecho es desproporcionada y que el decreto de caducidad se realizaría por razones políticas, debemos aquí aclarar que un tratado se ve muchas veces limitado por ideas políticas puesto los gobiernos que se encuentran en el poder no van a ser las mismas líneas políticas que otro y un tratado no dura un corto tiempo.

> Por consiguiente el tribunal, concluyó que el Ecuador violó el artículo 11.3 del Tratado Bilateral de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos al no brindar un trato justo y equitativo a la inversión de OXY; que el Ecuador violó el artículo III.1, al haber expedido una medida "equivalente a la expropiación" al haber declarado al caducidad; y, que OXY violó la cláusula 16.1 del Contrato de Participación al no haber obtenido la autorización del Ministerio del Ramo para la transferencia de derechos mediante el acuerdo Farmout.
>
> Como consecuencia de la violaciones determinadas, el tribunal de arbitraje condena a la Compañía OXY a pagar el equivalente al 25% del perjuicio ocasionado a consecuencia de la declaración de caducidad del Contrato de

> Participación; mientras el Estado ecuatoriano debe indemnizar a OXY con un monto total de 1.769’625.000,00 dólares de los Estados Unidos de América, más intereses (Procuraduría General del Estado (p. 14)

Al determinar esto el CIADI aplica el estándar de Trato Justo y Equitativo interpuesto en la demanda por Oxy dejando en cuestionable fuente la proporcionalidad y discrecional sobre el mismo que aplicaron los árbitros para emitir el laudo; ya que establecen que este estándar amparaba al inversionista en concreto pues el ecuador violo sus legítimas expectativas, la no discriminación, el debido proceso, la transparencia pues al expropiar arbitrariamente a la empresa Oxy sin previo aviso causo un serio y complejo problema no solo económico sino personal con los individuos que trabajaban en la misma.

Vemos la flexibilidad de este estándar tan subjetivo por lo cual este laudo ha sido tan cuestionado , estableciendo si era correcto la protección de dicha inversión y si Ecuador no podía hacer uso de su potestad soberana en cuanto reformar su sistema jurídica y e en el caso de que lo hiciera debía mantener sigilo en las cuestiones concernientes en el cuidado de no perjudicar a ningún inversionista , pero como podemos establecer lo que perjudica o no un inversionista y como saber cuáles son los límites de sus legítimas expectativas para no vulnerarlas.

Cave recalcar que Ecuador carecía en ese tiempo y en la actualidad de un fondo de contingencia para posibles externalidades o afectaciones lo que mostro a Ecuador como un estado inestable e inseguro en materia de inversiones reduciendo notablemente el ingreso de capital extranjero.

1.8.6.2.- CASO TRATADO DE LIBRE COMERCIO METALCLAD CORPORATION VS. MÉXICO

Antecedentes de hecho

Metalclad era una empresa de Estados Unidos, que era la propietaria de Eco-Metalclad Corporation, que a su vez era la dueña de la totalidad del capital social de Ecosistemas Nacionales, S.A. de C.V. (“ECONSA”), una sociedad constituida y vigente según las leyes de los Estados Unidos Mexicanos y asentada en dicho territorio, en el municipio mexicano de Guadalcázar, de San Luis Potosí.

En 1990 el Gobierno Federal de México observa que es necesaria la construcción de una planta de Confinamiento Técnico de Residuos Industriales en Guadalcázar, la misma que se la otorgó a S.A. de C.V (COTERIN), empresa con quien el gobierno de San Luis Potosi ya tenía definido los términos de su contratación y habían llegado a una negociación satisfactoria para las partes; estableciendo que era responsabilidad de las partes conseguir el permiso federal; el 10 de septiembre de 1993 COTERIN ya tenía los permisos necesarios para su construcción, permisos otorgados por Instituto Nacional de Ecología de México (INE); tres meses después de otorgar dicho permiso a COTERIN, METALCLAD suscribe un contrato de opción de compra de CONTERIN, por un término de seis meses a partir de su firma y con ello se encargaría del confinamiento técnico e residuos industriales, y por lo mismo recibió los permisos que y se le habían sido otorgado a COTERIN.

Mas Metalclad establece e un dialogo con el gobierno de San Luis Potosi para dejar en detalle las precisiones y términos en los cuales se desarrollaría la presente inversión, llegando a un acuerdo, lamentablemente meses después el gobernados de San Luis Potosi comienza a realizar una serie denuncias en contra de la construcción del confinamiento, para ello Metalclad muestra sus permisos y comienza la construcción del mismo sin interrupciones ni mayores dificultades sigue la construcción hasta 1994 donde uncionarios federales llegan hasta constatar e inspeccionar la obra, mostrando seria insatisfacción a pesar que Metalclad mostro la documentación requerida, llevando este informe insatisfactorio al Municipio quien emitió una orden de detención de la obra, alegando la falta de permiso municipal. A este suceso Metalclad alega que contaba con los permisos federales y que los permisos municipales eran un procedimiento amable, el cual no podía ser denegado ya que el gobierno de San Luis Potosi no tendría mayores razones para denegar el permiso de construcción.

Al citar a funcionarios federales encargados de otorgar los permisos niegan totalmente que el permiso por parte del municipio de San Luis Potosi se trataba de tan solo un requisito amigable y que el no saber de este requisito no la eximia de que lo debía cumplir; Metalclad reanudó la construcción un 15 de noviembre de 1994 y solicitó el permiso municipal de construcción terminando la obra en marzo de 1995 con el visto bueno por parte de Universidad Autónoma de SLP (“UASLP”) y de la Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente de México (“PROFEPA”). Y es el 10 de marzo de 1995 que s e celebra el evento puertas abiertas donde manifestantes se opusieron firmemente a la inauguración formal de este confinamiento técnico de residuos

industriales. Metalclad establece que las manifestaciones fueron parte del estado tanto del gobierno federal como del local.

Por lo mismo se produce una controversia entre la empresa Metalclad y México la cual sería mediada por el Instituto Nacional de Ecología de México (INE) Y de la Procuraduría Federal para la Protección del Ambiente de México (PROFEPA), firmaron un convenio que se permitía la operación de Metalclad por 5 años en las operaciones del confinamiento con opción a renovarse el mismo, con la condición de hacer las mejoras correspondientes a deficiencias encontradas.

Mientras se producía este hecho la resolución del permiso municipal solicitada por la empresa Metalclad es denegado en diciembre de 1995 y lo solicito en 1994 hace trece meses en los cuales la empresa actúa solicitante e imperiosa en la obtención del mismo, por esta razón y que no existe prueba eficiente que compruebe que Metalclad no poseía lo permisos legales, permisos estatales, federales o de construcción municipal, ni reportes o informes que certificasen algún daño ambiental así mismo como no re revisaron los reportes ambientales que optimizaban o viabilizaban el confinamiento dentro de esta región, en el 2007 Metalclad inicia un procedimiento de arbitraje en contra de México, después de este hecho el Gobernador del Municipio de San Luis Potosi emitió un Decreto Ecológico donde declara Área Natural del Estado la zona en donde estaba localizado el Confinamiento. Por medio de este decreto, se clausura las operaciones del confinamiento de manera definitiva, efectiva y permanentemente.

El 2 de enero de 1997, Metalclad solicitó al CIADI que se abriera un proceso de Arbitraje para resolver el conflicto entre Metalclad y los Estados Unidos Mexicanos alegando incumplimiento del estándar de Trato Justo y Equitativo entre otros.

Análisis

El tribunal del CIADI da la razón del hecho al inversor, apoyándose en el estándar justo y equitativo por medio del cual señalo:

> México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una Parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN

El artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (“TLCAN”) establece:“(...) Cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”

En base a este articulo el tribunal del CIADI establece que México incumplió con el mismo ya que no otorgo a la empresa Metalclad transparencia y previsibilidad en cuanto a los actos que se produjesen dentro de la inversión; ya que existieron los permisos federales así como los permisos medio ambientales estableciendo a Metalclad dentro del marco jurídico interno y que el permiso municipal no justifica el incumplimiento de una obligación de un tratado pues este se encuentra amparado en la convención de Viena sobre tratados en sus artículos.

> 26.- "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.
> 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Por lo mismo los requerimientos del municipio no justifican de ninguna manera el incumplimiento del tratado.

1.8.6.3. - CMS GAS TRANSMISSION COMPANY VS. ARGENTINA

ANTECEDENTES DE HECHO

En 1991 se firmó el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones, es decir un TBI. Argentina distribuyo sus funciones estatales de transportar y distribuir gas en dos
Y ocho compañas, entre estas compañías se encuentran la Transportadora de Gas del Norte (TGN), perteneciente al Gobierno de argentina y que habría sido puesta a la venta. Transportadora de Gas del Norte TGN estaba regulada por una licencia de 35 años,

prorrogable por otros diez años siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones, las cuales, cuando la compañía fuera puesta a la venta, se establecerían como normas legales y reglamentarias que determinarían el régimen jurídico de la compañía.

Sus pagos debían calcularse en dólares, pero la conversión debía pasarse a pesos el día de la facturación y las tarifas debían reajustarse cada seis meses en función del índice de precios de los Estados Unidos.

En 1995 la compañía CMS Gas Transmission Company adquiere en un 29.42% a la compañía Transportadora de Gas del Norte (TGN), para e1999, Argentina citó a todas las empresas de gas a quienes había dado las concesiones estatales para detener el aumento en las tarifas de cobro de gas basado en el IPP de los Estados Unidos, pues el cobro por el momento económico que este estado enfrentaba resultaba ser muy elevado. La cesación se concebida por un periodo de seis meses, del 1ero de enero al 30 de junio de 2000. En ese mismo acuerdo se establecía que las pérdidas a las que se enfrentaban las empresas serían recuperadas entre el 1ero de julio de 2000 y el 30 de abril de 2001, así como que el Gobierno de Argentina indemnizaría las pérdidas resultado de la cesación y que ese sistema no crearía un precedente dentro del marco jurídico para perfeccionar la regulación actual de las licencias.

Pasado los seis meses que especificaban dentro de la suspensión ninguna de las empresas entre ellas CMS Gas Transmission Company, recibieron ni la perdida, ni la indemnización por el tiempo transcurrido y mucho menos se autorizó a dichas empresas a que reajusten sus tareas como se especifica en sus contrato iniciales; motivo por el cual el 26 de julio de 2001 CMS Gas Transmission Company, envió al CIADI una solicitud de arbitraje en contra la República Argentina.

Orara enero del 2002 argenta atravesaba una fuerte crisis económica lo que hace que el gobernó tome como medida la expedición de la Ley de Emergencias, que suprimió el derecho de los titulares de licencias de servicios públicos de reajustar las tarifas en función del IPP de los Estados Unidos.

Causando así fuertes desbalances económicos en las empresas que poseían las concesiones siendo así que Transportadora de Gas del Norte TGN perdió más de US$1000 millones que utilizo para la renovación y expansión de la red de gasoductos, reduciendo así el valor de sus acciones en un 92% y CMS Gas Transmission Company no solo perdió el valor de sus acciones sino lo invertido en Transportadora de Gas del Norte TGN que eran alrededor de US$175 millones al momento de su adquisición.

Mas fue después de estos hechos el 4 de febrero de 2002 se celebró la primera sesión del Tribunal con las partes, donde se estableció el calendario para los escritos de las partes, los mismos que fueron enviados el 5 de julio de 2002, el Demandante y el 7 de octubre de 2002 argentina

Análisis

El Tribunal Arbitral estuvo integrado el juez Francisco Rezek, elegido por la parte demandada, mientras que CMS escogió a Marc Lalonde; el Presidente del Tribunal fue el profesor Francisco Orrego Vicuña, los tribules no poseen una autonomía establecido sino podemos notar como son conformados en un pro antes de el juzgamiento.

Argentina violó los principales mecanismos de protección a inversiones extranjeras establecidos en el TBI a los que tenía derecho CMS, lo cual es establecido en el trato justo y equitativo en el artículo II(2)(a) de dicho TBI, en relación con el artículo IV de dicho TBI´S que dice lo siguiente: "Se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las cuales gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional"

En este laudo se establece la violación del estándar de trato justo y equitativo debido que Argentina altero la estabilidad y la previsibilidad del entorno en el cual habían pactado ya el TBI´S, y dicho pacto con las circunstancias establecida en el fuer el principal motivo para que la empresa CMS Gas Transmission Company invirtiera pues aseguraba q no tenía mayores diferencias en el transcurso d que se desarrollara.

Así mismo se hace mención dentro del ludo el fallo emitido por Tribunal en el caso Técnicas Medioambientales Tecmed c. México, en cuanto a un trato Justo y equitativo que "exige de las Partes Contratantes del acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión.

Argentina a pesar de establecer que nunca intento incumplir esta obligación o actuó de mala fe, en concordancia con su derecho interno y que era impreciso que establezcan como argumento el trato justo y equitativo pues el móvil para que las circunstancias con la empresa CMS Gas Transmission Company no sea la que estipularon fue debido a la fuerte crisis económica que este Estado se encontraba atravesando, así refiriéndose al estantal de mínimo internacional que se encuentra referido a la conclusión del Tribunal en el caso Azinian vs. México que establece "no puede ser tratado de forma que

contravenga el derecho internacional" CMS Gas Transmission Company Vs. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8. Laudo. 12 de Mayo de 2005. Página 85.

Por lo mismo CMS Gas Transmission Company establece y denota el caso Pope & Talbot que "se optó por una norma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), adicional o superior a la del derecho consuetudinario internacional, de todos modos fundamentó su determinación en la equidad, la justicia y la razonabilidad"

El tribunal falla a favor de CMS Gas Transmission Company siendo que dentro del TBI Argentina Estados Unidos no se encuentra definido o eliminado lo que se refiere al estándar de trato justo y equitativo y que dentro del preámbulo de dicho tratado en sus objetivos principales establece la protección prevista es que el trato justo y equitativo es deseable para "mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos" deshabilitando lo que Argentina estipulo por lo mismo el tribunal falla en contra y saca a relucir que las medidas tomadas por el estado de argentina modifican gravemente el entorno jurídico y empresarial en el que se desarrollaba la empresa CMS Gas Transmission Company y que siendo de esta forma el inicio del pacto lo más seguro es que el inversionista no hubiese llegado a invertir.

El tribunal se expresa en cuanto a la situación de seguridad jurídica y previsibilidad en cuanto un estado debe comportarse ante el mismo

> El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues este siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco es que pueda eliminarse ese marco por completo, cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos

Y preciso reconocer que los estados deben modificar sus normas en cuanto estas se adapten a la realidad de cada una de sus sociedades, en pro de optimizar recursos y responder a las necesidades básicas de sus ciudadanos, más estos hechos no pueden cambiar el panorama de los inversionistas quienes buscan proporcionar un capital en favor de que este crezca generando a su vez un ingreso para el estado en cuanto al incremento de empleo, entonces por este hecho podemos decir que en cierta forma se

perjudica también al ciudadano al desproporcionadamente cambiar los argumentos del inversionista, y por otro lado la comunidad internacional al ver que no existe un marco jurídico estable rechaza la idea de invertir en un estado donde tiene el peligro de perder no solo su inversión sino despuntar el nombre accionario de su compañía.
De igual manera el tribunal alego que:

> Como parte de tales expectativas, [el inversionista extranjero] cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas

En este fallo el tribunal intento hacer ver que no solo es preciso un marco jurídico que se adapte a la realidad estatal uno que este deber elaborado pensando en las distintas posibilidades y repercusiones por lo mismo cada cambio debe ser tomado con responsabilidad, para que así las medidas tomadas no afecten a pesar de que la elida del estado impulse a las mismas; y aun que estas medida normativas no hayan recaído en mala fe o incumplimiento deliberado afectan al inversor ye incluso con las mismas caben dentro del estándar de trato justo u ¡y equitativo, estableciendo y cuestionando si la estabilidad de un estado es inferior a la estabilidad que puede requerir un inversionista en momentos de crisis económica por la que atraviesa un estado, algo que en nuestra visión tanta incluso a los derechos humanos de esos ciudadanos que se verían en muchos casos privatizados de necesidades básicas por falta de ayuda o soporte estatal el mismo que no poseería los recursos suficientes por responder a las mismas, encontramos así mismo que debió ser tomada en cuenta la no existencia de mala fe y que el pago por indemnización de US$133,2 millones, más intereses fue excesivo.

CAPITULO II

METODOLOGIA

2.1 METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se realizó con un enfoque crítico-propositivo privilegiando la interpretación, comprensión y explicación de fenómenos, dentro de un carácter cualitativo, desarrollándose en una modalidad bibliográfica-documental ya que en la investigación se revisó información contenida en normas, tratados y cuerpos legales; así como también de libros, revistas, ensayos y tesis, tanto físicas como electrónicas probas para la investigación. Dicha recopilación de información tiene como objetivo aportar la idea de que la indeterminación de lenguaje que posee este standard siendo que el mismo posee una textura abierta que permite tener una gran flexibilidad y alcance, el mismo que se ve reflejado en varios procesos que han resueltos centros de arbitraje internacional donde este standard se ve magnificado o disminuido según el caso y ha protegido notablemente a la inversión extranjera creando externalidades que afectan directa e indirectamente a los derechos humanos.

2.2 MÉTODO GENERAL

El método a utilizarse dentro del presente análisis es deductivo, por medio del análisis de una premisa general o institución que es el standard de trato justo y equitativo que permitirán llegar a un postulado superior dentro de la investigación, que es establecer que el estándar del trato justo y equitativo posee una textura abierta en cuanto a su conceptualización y alcance.

2.3 MÉTODO ESPECIFICO

A través del análisis de la norma en el cual se identificarán los fundamentos teóricos jurídico sobre el trato justo y equitativo se pretende llegar a sistematizar como actúan

dentro de los tratados de protección de inversiones en relación con los tratados de protección de derechos humanos siendo que se utiliza la interpretación para darle sentido al standard al momento de aplicarlo para lo mismo se ha utilizado el método dogmático.

De igual manera dentro de la investigación utilizamos el método exegético, que si bien es cierto se contrapone con el método dogmático, ha sido preciso pues nos ha ayudado a encontrar el origen etimológico del standard logrando entender el sentido que fue dado por el legislador.

2.4 TÉCNICA E INSTRUMENTO

La técnica empleada como mecanismo de recolección de información fue el análisis de casos y la entrevista. La primera consistió en analizar casos emblemáticos dentro de América Latina donde se ve la flexibilidad de este estándar y como el mismo ha sido utilizado en pro del inversionista. La segunda se fundamenta en la entrevista a profesionales de derecho internacional que definan la realidad de los tratados de inversiones dentro de su aplicación social y como el estándar del trato justo y equitativo abarca una cantidad de diversos conceptos

2.5 POBLACIÓN Y MUESTRA

Dentro de la presente investigación, se realizaron entrevistas a académicos expertos en la rama de Derecho Internacional y Derechos Humanos, es preciso resaltar que el universo era menor a treinta unidades por lo mismo que la técnica aplicar es la entrevist

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

3.1.1. ENTREVISTAS A PROFESIONALES DEL DERECHO, PROFESORES INVESTIGADORES EN DERECHO DE INVERSIONES

Preguntas	Carlos Sevilla Abogado de la Coordinación de Normatividad y Controversias Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior	Diana Terán Abogada en el Dpto. de Relaciones Internacionales y Arbitraje Procuraduría General del Estado	Gustavo Prieto PhD in Corporate Law and Economics – Doctor Europeans, University of Verona (Italy)

1. ¿Conoce Usted en qué consiste el estándar de trato justo y equitativo en los convenios sobre protección de inversiones?	Consiste en un principio vital Contemplado en Tratados Bilaterale de Inversión y reflejado también en los títulos habilitantes que suscribe Estado con un inversionista extranje (generalmente contratos). Su definición no es uniforme ni clara debido a que se trata de un principio de estándares generales cuya interpretación les ha correspondido varias ocasiones a Los árbitros de los tribunales arbitra creados para solucionar una controversia Inversionista-Estado.	En realidad es difícil de responder y no existe doctrina que nos diga que es exactamente, pero dentro de ellos se centra principalmente en la protección de las expectativas legitimas del inversor a esto no solo se refiere a lo que desea el inversor sino a todo aquello que he estado le puede propiciar al inversor todo ofrecimientos que este obtiene y cundo se modifica estas sea en el ámbito que sea desde justicia hasta licencia entraría en este estándar.	Definir al estándar de trato justo y equitativo verdaderamente e complicado , pues su versatilidad es tanta que recae desde cosas simples como son la discriminación así mismo abarca cosas tan complejas como son las meras expectativas del inversor y podemos decir que incluso se encuentra dentro de su capacidad normativa otros estándares como son el de trato nacional, el estándar de protección la inversión extranjera entre otros
2. ¿Conoce Usted casos que se hayan resuelto en base a este estándar dentro de los	Diría que este estándar está presente la mayoría de procesos arbitrales en donde se alegue la violación de un TBI. Conozco que este estándar ha sido tratado en	Depende de la visión del tribunal en mi perspectiva la mayoría de casos que se han sometido a arbitraje es por este estado y es más se le ponen como auxiliar	Por su puesto un caso muy particular donde el tribunal arbitral resuelve expresamente el conflicto por medio de este estándar de trato justo y equitativo es el de Metalclad

diferentes centros de arbitraje?	varios casos en donde el Ecuador ha sido parte como los casos de Chivaron, Perenco y Oxxy. Personalmente tuve la oportunidad de estudiar a detalle el caso de Occidental (Oxxy 1 y 2). En dicho caso el Tribunal determinó que se vulneró el estándar de trato justo y equitativo debido a la promulgación de varias leyes por parte del Estado ecuatoriano que pretendían alterar las condiciones contractuales así como intentaban aumentar la carga tributaria del inversionista en el Ecuador.	en muchos casos para poder ganar debido a su amplitud.	en contra de los estados unidos mexicanos, donde por medio de este estándar se prioriza el *pacta sunt servantda.* De todas formas debo decir que la mayoría por no decir todos los conflictos que son tratados en los tribunales arbitrales de forma directa o indirecta se fundamentan en este estándar
3. ¿En su consideración el estándar de trato justo y	Por supuesto que tiene una textura abierta y esto es así debido a la naturaleza de este estándar. No debemos olvidar que los TBI,	Claro que sí, y esta textura abierta genera incertidumbre e inseguridad jurídica para el Estado, y es su textura abierta	Este estándar al ser tan flexible puede ser de un o de otra manera interpretado, por lo mismo debo decir que si posee textura abierta la

equitativo posee textura abierta?	instrumentos que contienen este estándar, se desarrollan normas de aplicación general, es decir principios. La razón por la cual los TBI son negociados y creados de forma abierta se debe a una noción jurídica básica, no se puede regular toda actividad existente. En el mismo sentido se puede afirmar que no se puede regular a través de un TBI toda inversión existente y por existir. Es por eso que los TBI se crean de esta forma, el regular a través de un TBI todas las actividades de inversión sería una catástrofe porque no todas las actividades de inversión son iguales, no toda actividad de inversión es estática, siempre van a surgir nuevos	nacida del derecho consuetudinario puesto el origen de este estándar se basa en la contextura misma del nacimiento de los TBIS, dejando amplias concepciones para que cada caso sea atendido a sus necesidades y en un principio esto fue bueno, pero esto hoy en día ha creado problemas y es por eso que hoy se busca definir y quitar la subjetividad del mismo.	misma que le hace ser tan versátil y complicado de establecer al momento de un conflicto.

	aspectos y nuevas modalidades de la misma. Es por eso que se deja abierta la figura para que la misma sea interpretada dentro de un caso específico.		
4. ¿Al existir varias interpretaciones acerca del estándar de trato justo y equitativo cree Usted que las mismas han influido al momento de tomar una decisión dentro de los casos que	Excelente pregunta. Si bien te comenté que el concepto y alcance de este estándar debe definirse caso por caso, es muy probable que dichos conceptos varíen así un proceso sea similar e incluso involucre a las mismas partes. Sin embargo esto no es un problema del estándar del trato justo y equitativo en sí, sino se trata de un problema de carácter procesal. Este problema es la naturaleza de los tribunales arbitrales. Como tú sabes los tribunales arbitrales del	Por supuesto siendo tan amplio, se ha visto totalmente diferentes falos en diferentes casos que han tenido situaciones en común pero los fallos de los tribunales han variado y han sido estos fallos los que han ido influenciando en la concepción de este tratado dándole la flexibilidad, siendo así que cada tribunal ha dado su definición apoyándose en fallos pasados que obviamente apoyan su criterio.	Por supuesto creo que deberá decir que es más son los mismos ellos los que han definido a este esta dar como al, fueron los laudos los que cada vez le daban más atribuciones las mismas que darían origen a un maro principio que incluiría cosas que a mi perspectiva nunca se imaginaron a tener los tribunales.

se han resuelto con dicho estándar?	CIADI por ejemplo son de carácter AD-HOC es decir se constituyen para ese fin y nada más y es por eso que lo criterios varían, porque tienes árbitros que ejercen su profesión como abogados litigantes pero de repente fungen como árbitros en un proceso similar, eso sin duda altera la concepción sobre un caso. A fin de cuentas, considero que el hecho de que los árbitros no tengan permanencia es lo que ha generado la gran variedad de percepciones que hay sobre este principio.		
5.Cuál cree Usted que es la posible solución para que no exista diversidad de interpretaciones para	Como te comenté para mí no se trata de un problema que tenga que ver con el trato justo y equitativo, ni considero que sea	Creo que reformar los TBIS estableciendo concretamente lo que barca este standard siendo el Estado el que define qué es lo	Lo que últimamente sea estado hablando puesto que este tema del estándar de Trato Justo y Equitativo ya fue visto como un problema

el estándar de trato justo y equitativo	necesario delimitar este principio a través de instrumentos jurídicos internacionales. En mi criterio, es necesario generar jurisprudencia a través de los procesos arbitrales. Si bien jurisprudencia ya hay, esta no es uniforme y esto se debe a que los árbitros no son permanentes y eso genera un cambio en su percepción. Si los centros internacionales de solución de controversias no establecerían arbitrajes ad-hoc, el alcance del estándar sería uniforme debido a que tienes árbitros que se dedican estrictamente a interpretar TBI´s y no se ven influenciados por otras corrientes o situaciones.	y lo que está dispuesto a proteger frenando así los abusos de los inversionistas, por otro lado es preciso que exista un órgano independiente, por ejemplo en el tratado Canadá Unión Europea para apelación se emplea un tribunal compuesto por árbitros a tiempo completo evitando así el conflicto de intereses, obviamente que esto es un ensayo que remodela el mundo del arbitraje opuesto no existe apelación en laudos arbitrales y en si también vemos que el problema con los TBI`S no solo afecta a los países en vías de desarrollo sino que ya potencias buscan encontrar	bastante notorio en Europa y la solución que concuerdo que han mirado son el establecer concretamente lo que define a este estándar no en si un significado como tal sino estableciendo que es lo que ha este le compone y lo que el Estado se encuentra en la capacidad de cumplir pues el puno de un buen arbitraje no es satisfacer solo a una parte sino a las dos y por mi parte sería preciso pensar en los nacionales como los primeros afectados.

	Hacer esto no solo llegarías a definir uniformemente un estándar de trato justo y equitativo, sino también de otros estándares que han traído consigo problemas como cuándo se expropia una inversión, qué es inversionista o qué es inversión.	respuestas a las posibles controversias.	
6. Considera Ud. que existe una correlación de este estándar con otros dentro de los TBI´S	Los TBI´S se desarrollaron de manera subjetiva siendo su partida de inicio los tratados de navegación, que después se desarrollarían para convertirse en tratados bilaterales, donde dejaban las normas en amplitud para que exista mayor facilidad e responder ante un conflicto, y es	Claro que se encuentran en una correlación o interacción pues debería decir que muchos estándares, al ser tan amplio y tener un concepto tan difuso, muchos otros estándares se interrelacionan con este, dándose un sentido mutuo, donde su principal cuidado es mantener al	Claro que se encuentran en una correlación o interacción pues debería decir que muchos estándares, al ser tan amplio y tener un concepto tan difuso, muchos otros estándares se interrelacionan con este, dándose un sentido mutuo, donde su principal cuidado es mantener al inversor con

	esa amplitud al formular sus estamentos que mezclaron e interrelacionaron los diferentes estándares.	inversor con expectativas reales con las que vino debe desarrollarse dentro de las mismas sin que están cambien su condición.	expectativas reales con las que vino debe desarrollarse dentro de las mismas sin que están cambien su condición.

3.2 Análisis de las entrevistas a profesionales expertos en derecho internacional de inversiones

Preguntas	Carlos Sevilla Abogado de la Coordinación de Normatividad y Controversias Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior	Diana Terán Abogada en el Dpto. de Relaciones Internacionales y Arbitraje Procuraduría General del Estado	Gustavo Prieto PhD in Corporate Law and Economics – Doctor Europeans, University of Verona (Italy)	ANALISIS
1. ¿Conoce Usted en qué consiste el estándar de trato justo y equitativo en los	Su definición no es uniforme clara debido a que se trata de principio de estándares generales	se centra principalmente en la protección de las expectativas legitimas del inversor a esto no solo se	Definir al estándar de trato justo y equitativo verdaderamente e complicado , pues su	Los tres expertos concuerdan en que no existe una definición de los que realmente es o lo

convenios sobre protección de inversiones?	cuya interpretación les ha correspondido en varias ocasiones a los árbitros de los tribunale arbitrales creados para solucionar una controversia Inversionist Estado.	refiere a lo que desea el inversor sino a todo aquello que he estado le puede propiciar al inversor todo ofrecimientos que este obtiene y cundo se modifica estas sea en el ámbito que sea desde justicia hasta licencia entraría en este estándar.	versatilidad es tanta que recae desde cosas simples como son la discriminación así mismo abarca cosas tan complejas como son las meras expectativas del inversor y podemos decir que incluso se encuentra dentro de su capacidad normativa otros estándares como son el de trato nacional, el estándar de protección la inversión extranjera entre otros	que realmente cabe dentro del marco del trato Justo y equitativo ya que este es no solo flexible sino multifacético y multidinamico puede defender derechos tan subjetivos en pro del inversionista como puede contener no solo otros principios sino que puede tener dentro del otros estándares, todo esto dependerá de la magnitud que el árbitro le dé al mismo
2. ¿Conoce Usted casos que se hayan resuelto en base a este estándar dentro	Diría que este estándar está presente en la mayoría de procesos arbitrales en donde alegue la violación	Depende de la visión del tribunal en mi perspectiva la mayoría de casos que se han sometido a arbitraje es	Por su puesto un caso muy particular donde el tribunal arbitral resuelve expresamente el conflicto	Debemos decir que para bien o mal el estándar de trato justo y equitativo se encuentra en la mayoría

de los diferentes centros de arbitraje?	de un TBI. Conozco que este estándar ha sido tratado en varios casos en donde el Ecuador ha sido parte como los casos de Chivaron, Perenco y Oxxy.	por este estado y es más se le ponen como auxiliar en muchos casos para poder ganar debido a su amplitud.	por medio de este estándar de trato justo y equitativo es el de Metalclad en contra de los estados unidos mexicanos, donde por medio de este estándar se prioriza el pactu sunt servanda.	de casos llevados por los distintos centros de arbitraje ya siendo porque en verdad este se ha visto afectado o siendo utilizado como una cláusula de socorro por la cual el inversionista se aseguraba su triunfo debido a su gran flexibilidad.
3. ¿En su consideración el estándar de trato justo y equitativo posee textura abierta?	Por supuesto que tiene una textura abierta y esto es así debido a la naturaleza de este estándar. No debemos olvidar que los TBI, instrumentos que contienen este estándar, se desarrollan normas de aplicación general, es decir principios.	Claro que sí, y esta textura abierta genera incertidumbre e inseguridad jurídica para el Estado, y es su textura abierta nacida del derecho consuetudinario puesto el origen de este estándar se basa en la contextura	Este estándar al ser tan flexible puede ser de un o de otra manera interpretado, por lo mismo debo decir que si posee textura abierta la misma que le hace ser tan versátil y complicado de establecer al momento de un conflicto.	Es evidente la textura abierta del estándar de trato justo y equitativo y se ve reflejada en los distintos ámbitos que han fallado los tribunales alegando el mismo y si bien para el inversionista esta es una ventaja

	Regular a través de un TBI todas las actividades de inversión sería una catástrofe porque no todas las actividades de inversión son iguales, no toda actividad de inversión es estática, siempre van a surgir nuevos aspectos y nuevas modalidades de la misma. Es por eso que se deja abierta la figura para que la misma sea interpretada dentro de un caso específico.	misma del nacimiento de los TBIS, dejando amplias concepciones para que cada caso sea atendido a sus necesidades y en un principio esto fue bueno, pero esto hoy en día ha creado problemas y es por eso que hoy se busca definir y quitar la subjetividad del mismo.		notoria pues le crea seguridad y se ve apoyado, para el estado es una arma donde deja a su derecho interno casi obsoleto dando así la seguridad jurídica de su sistema, pues es muy difícil reconocer en qué punto podemos o no perjudicar o irnos encontrar de este estándar
4. ¿Al existir varias interpretaciones acerca del estándar de trato justo y equitativo cree Usted que las mismas han influido al	Si bien te comenté que el concepto y alcance de este estándar debe definirse caso por caso, es muy probable que dichos	Por supuesto siendo tan amplio, se ha visto totalmente diferentes falos en diferentes casos que han tenido situaciones en	Por supuesto creo que deberá decir que es más son los mismos ellos los que han definido a este esta dar como al, fueron los laudos	Es claro que su textura abierta y la variedad de elementos que llegan a incluirse dentro de este estándar influyen

momento de tomar una decisión dentro de los casos que se han resuelto con dicho estándar?	conceptos varíen así un proceso sea similar e incluso involucre a las mismas partes. Sin embargo esto no es un problema del estándar del trato justo y equitativo en sí, sino se trata de un problema de carácter procesal. Este problema es la naturaleza de los tribunales arbitrales. Como tú sabes los tribunales arbitrales del CIADI por ejemplo son de carácter AD-HOC es decir se constituyen para ese fin y nada más y es por eso que lo criterios varían, porque tienes árbitros que ejercen	común pero los fallos de los tribunales han variado y han sido estos fallos los que han ido influenciando en la concepción de este tratado dándole la flexibilidad, siendo así que cada tribunal ha dado su definición apoyándose en fallos pasados que obviamente apoyan su criterio.	los que cada vez le daban más atribuciones las mismas que darían origen a un maro principio que incluiría cosas que a mi perspectiva nunca se imaginaron a tener los tribunales.	directamente dentro de laudos, siendo los árbitros quienes interpreten el mismo según el caso concreto pero aún más a su discrecionalidad.

	su profesión como abogados litigantes pero de repente fungen como árbitros en un proceso similar, eso sin duda altera la concepción sobre un caso.			
5. Cuál cree Usted que es la posible solución para que no exista diversidad de interpretaciones para el estándar de trato justo y equitativo	En mi criterio, es necesario generar jurisprudencia a través de los procesos arbitrales. Si bien jurisprudencia ya hay, esta no es uniforme y esto se debe a que los árbitros no son permanentes y eso genera un cambio en su percepción. Si los centros internacionales de solución de controversias no establecerían arbitrajes ad-	Creo que reformar los TBIS estableciendo concretamente lo que barca este standard siendo el Estado el que define qué es lo y lo que está dispuesto a proteger frenando así los abusos de los inversionistas, por otro lado es preciso que exista un órgano independiente, por ejemplo en el tratado Canadá Unión Europea	Lo que últimamente sea estado hablando puesto que este tema del estándar de Trato Justo y Equitativo ya fue visto como un problema bastante notorio en Europa y la solución que concuerdo que han mirado son el establecer concretamente lo que define a este estándar no en si un significado como tal sino estableciendo que es lo	Al escuchar los criterios de los expertos en derecho internacional de inversiones, debemos concluir que en nuestra consideración la composición y delimitación de este estándar dentro de los TBI´S debe ser precisa para así saber tanto el estado como el inversionista a lo que se

	hoc, el alcance del estándar sería uniforme debido a que tienes árbitros que se dedican estrictamente a interpretar TBI´s y no se ven influenciados por otras corrientes o situaciones.	para apelación se emplea un tribunal compuesto por árbitros a tiempo completo evitando así el conflicto de intereses, obviamente que esto es un ensayo que remodela el mundo del arbitraje opuesto no existe apelación en laudos arbitrales y en si también vemos que el problema con los TBI`S no solo afecta a los países en vías de desarrollo sino que ya potencias buscan encontrar respuestas a las posibles controversias.	que ha este le compone y lo que el Estado se encuentra en la capacidad de cumplir pues el puno de un buen arbitraje no es satisfacer solo a una parte sino a las dos y por mi parte sería preciso pensar en los nacionales como los primeros afectados.	comprometen a cumplir y cuidar, por otro lado secundario pero no insignificante es debido que los tribunales se integren de manera especificada donde los árbitros no sean parte de conflictos anteriores o se encuentre de alguna manera influenciados
6. Considera Ud. que existe una correlación de este	Los TBI´S se desarrollaron de manera subjetiva siendo su partida de inicio los	Yo considero que este estándar es tomado como autónomo, pero al ser tan	Claro que se encuentran en una correlación o interacción pues debería	Si bien este estándar es tan flexible y amplio que posee varias definiciones

estándar con otros dentro de los TBI´S	tratados de navegación, que después se desarrollarían para convertirse en tratados bilaterales, donde dejaban las normas en amplitud para que exista mayor facilidad e responder ante un conflicto, y es esa amplitud al formular sus estamentos que mezclaron e interrelacionaron los diferentes estándares.	flexible y grande que puede abarcar a todos los demás por ejemplo el estándar de seguridad y protección plena y va más allá de una seguridad física sin a una seguridad jurídica la misma que se enlaza subjetivamente con el estándar de trato justo y equitativo	decir que muchos estándares, al ser tan amplio y tener un concepto tan difuso, muchos otros estándares se interrelacionan con este, dándose un sentido mutuo, donde su principal cuidado es mantener al inversor con expectativas reales con las que vino debe desarrollarse dentro de las mismas sin que están cambien su condición.	las mismas que no son concretas pues va cambiando en relación a la producción de laudos, y dentro de su amplitud podemos encontrar otros estándares pues esta busca una protección integral del inversionista y aún más de lo que este espera.

3.2 Análisis de resultados

Mediante las entrevistas realizadas a los expertos en derecho internacional de inversiones, podemos establecer que el estándar de trato justo y equitativo, fue creado por motivación de tratados de navegación e incorporados a los TBI´S, desconociendo su amplitud y magnitud, la misma que en un inicio fue considerada como algo bueno que satisficieran a sus necesidades imperantes y futuras, más al crear algo tan extenso y abierto caemos en un problema que no fue visto hasta el momento de someter dicho estándar como un solucionador de conflictos, se vio que su amplitud genera deficiencias al momento de emitir laudos donde por un caso concreto similar se establece diferencias notables, pues al momento de aplicarlo los árbitros toman decisiones totalmente distintas, es por lo mismo que se ha dado la controversia de saber con certeza que es este estándar pues es tan subjetivo que causa controversia para definir si el problema en realidad es concebir su concepto y cerrarlo para poder tener fallos concretos o es falla de los árbitros que deben establecer un criterio más uniforme y no dar al mismo diferentes vistas.

También detectamos una opinión común en cuanto al arbitraje el mismo que es el causante de tal concepción abierta, y que es preciso que se generen centros arbitrales con árbitros independientes y permanentes, para así lograr uniformidad dentro de los laudos, que definan estándares de acuerdo a una sola línea o criterio para que no se contrapongan alcances en cuanto a la subjetividad de cada uno de estos, y si bien se interrelacionen los estándares entre ellos para lograr una mejor protección al inversionista, estos no lleguen a perturbar de manera extrema las necesidades de los nacionales, llegando por lo mismo a vulnerar derechos humanos causados por las externalidades de una inversión.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

- El estándar de trato justo y equitativo al ser tan flexible y poseer una textura abierta creada en función de sustentar o llenar lagunas jurídicas existentes dentro de los sistemas jurídicos, ha creado un problema notorio en el derecho internacional, pues el mismo se ha convertido en un amplio y multifacético principio donde se ve que tribunales arbitrales dan diferentes fallos en base a este estándar, creando precedentes contradictorios.

- Los fallos de los tribunales arbitrales dan la razón al inversor, en base a su discrecionalidad, en cuanto a lo que se refiere al estándar de trato justo y equitativo creando un estándar que abarca desde un significado doctrinario de las acepciones de esas palabras, hasta principios que de una u otra forma han hecho que se ligue o interrelacione con otros estándares haciendo del estándar de trato justo y equitativo TJE un macro estándar que su principal objetivo es cuidar y mantener al inversor en una posición prioritaria donde el cuidar el capital de inversión es prioritario.

- En realidad no se puede definir lo que es el estándar de trato justo y equitativo debido a todo lo que este implica, solo se lo puede delimitar y esto es labor del Estado quien debe establecer lo que esté está dispuesto de brindar y cumplir al inversionista tomando en cuenta que el incumplimiento no solo acarrea una demanda ante un tribunal internacional, sino que también puede crear una atmosfera de desconfianza para atraer a futuros inversores, es preciso sobre poner un principio a este como es el pacta "*sunt servanda*", donde el Estado debe comprometerse a "*cumplir lo pactado*" como muestra no solo de seguridad para el inversionista sino para sus habitantes, haciendo así un silogismo con la constitución, que es un pacto del gobierno con el pueblo, donde el pueblo cede parte de su libertad para que satisfaga sus necesidades; de igual manera el estado concesiona derechos y el inversionista cumple lo dispuesto.

- Si bien no se puede definir sino delimitar este estándar, que de acuerdo con nuestra investigación debería incluir los siguientes criterios:
  Implícita igualdad en justicia para nacionales y extranjeros, transparencia en el proceso, o derecho al debido proceso y respeto a sus legítimas expectativas, mientras estas no afecten los derechos fundamentales o intereses de los nacionales.

4.2 RECOMENDACIONES

- Se debe conformar tribunales arbitrales con árbitros permanentes que resuelvan la causa sin ningún interés o futuro interés, a los que se encuentran expuestos de manera directa o indirecta los árbitros ad hoc, permitiendo así desarrollar fallos más concretos con un índice de discrecionalidad menos espeso y variado sino más concreto sustentando de mejor manera los fallos definiendo de forma ordenada lo que implica los estándares su alcance y su flexibilidad, para que estos no afecten o vulneren derechos fundamentales de los nacionales.

- Reconocer cada estado al inversor, y conocer lo que se estipula dentro del TBI que va a regula la inversión, sabiendo lo mismo centrarse en lo que este Estado puede dar o cubrir en cuanto a las necesidades que este pueda tener y a los recursos que posee, así mismo como mantener transparencia dentro de los actos jurídicos internos que puedan afectar al inversor pues en la mayoría de casos tratados por este estándar se ve primeramente vulnerado por la situación económica en la que se encuentra atravesando ese estado, al hablar de países latinoamericanos debemos reconocer que esa situación económica es inferior que la de los estados con un índice de desarrollo mayor, por tal motivo es productivo cuidar las inversiones extranjeras, pero no por atraerlas debemos olvidar las futuras consecuencias y dar coberturas a inversiones que no van a poder ser realmente saciadas.

BIBLIOGRAFIA

Arsen (2008). Tratados Bilaterales del Ecuador: Consecuencias de la Denuncia. http://www.ecamcham.com/download/cam/TBIs%20DEL%20ECUADOR%20CONSECUENCIAS%2…

Bachand (2003). Droit de l´investissement et droits humains dans les Amériques. Annuaire français de droit international, (CNRS Editions), Vol. XLIX, París.

Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (1966) Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado" Washington

Cabrera (2008) Nota Técnica Recuperado de: http://www.eafit.edu.co/escuelas/administracion/consultorio-contable/Documents/CAPITALES%20GOLONDRINA.pdf

Caliari (2009). Comercio, Inversiones, Finanzas y Derechos Humanos: Tendencias, Desafíos y Oportunidades. Revista Sur. Vol. 6, n. 11, Sao Pablo

Carta de la Habana para una Organización de Comercio Internacional, suscrita en 1948

Cavazos (2008). The Fair And Equitable Treatment Standard International Investment Law: The Mexican Experience, Estados Unidos, VDM Verlag Dr. MüllerAktiengesellschaft.

Chailey (1932). Le Traite est la proceureconstitutionnelle suivant laquelle sont crees des norms juridiques droit, Paris.

Clapham, (2006). Human Rights Obligations of Non-State Actors. Oxford University Press, Nueva York.

Cob Guillén y Rodríguez (2013). 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 de países latinoamericanos.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de Octubre de 2008.

Convención De Viena de 1969

Díez de Velasco (1991). Instituciones de derecho internacional público, Tecnos, Madrid, 9. a edición.

Dolzer y von Walter (2007). Fair and Equitable Treatment-lines of Jurisprudence on Customary Law, en Federico Ortino, et al., Investment Treaty Law Current Issues, Londres, British Institute of International Comparative Law.

Dolzer y Schreuer (2004). The International Law on Foreign Investment, Cambridge, Cambridge University Press.

Dolzer y Schreue (2008). Principles Of International Investment Law, Oxford University Press, Gran Bretaña,

Escobar (1975). ¿Control Internacional De Las Inversiones? El Trimestre Económico, Vol. 42, No. 165(1)

Gann, (1985). *The US Bilateral Investment Treaty Program*, 21 Stanford Journal of International Law. California

García (2008). El Derecho Internacional Postcontemporáneo. Un nuevo orden normativo internacional en formación, Valencia, Tirant Lo Blanch

Global Policy Forum, http://www.roma1.infn.it/~mirabel/Quaderni/Archivio/World_Bank.html

Gaviria (1998). Derecho Internacional Público. 5ª ed. Bogotá: Temis S.A.

Ibáñez, (2013). ¿Existe una posible interrelación entre los derechos humanos y la economía? Disponible en www.pactoglobal-colombia.org/.../interrelacion-DD-HH-economia-Plira-Ibanez-CIPID.pdf

Jacob, (2010). International investment agreements and human rights, Universität Duisburg-Essen, INEF Research Paper Series Human Rights.

Jiménez de Aréchaga, (1959). Curso de derecho internacional público, Montevideo.

Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, en RO, Suplemento No. 257,Quito, 25 de abril de 2006.

Machicado, (2013). Qué Es Un Principio?, Apuntes Jurídicos, http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/07/principio.html Consulta: Lunes, 9 Octubre de 2017

Maffezini, Emilio Agustín contra el Reino de España (Caso ARB/97/7) [en línea] <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm> [consulta: 25 abril 2007]

Mayorga, (2004). Inversión Extranjera. Régimen Jurídico y Solución de Controversias. Aspectos Nacionales e Internacionales, Santiago, Editorial Lexis-Nexis,

Melendez (2012). Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia

Metalclad Corporation contra Estados Unidos Mexicanos, caso CIADI No. Arb [af]/97/1,laudo de 30 de agosto de 2000, en *Investment Treaty Arbitration* ‹http://ita.law.uvic.ca/documents/MetacladAward-Spanish.pdf›. Consultado el 6 de abril de 2012.

Montaño (2009). Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución, en La Nueva Constitución del Ecuador, Corporación Editora Nacional, Quito

Mourra (2008). Latin American investment treaty arbitration: The controversies and conflicts, Austin, Wolter Kluwer

Nota informativa de la CSI sobre los Tratados Bilaterales de Inversión

Olarte (2005). El Derecho Internacional De Las Inversiones En América Latina: El Reencuentro Con Los Derechos Humanos

Olivos (2007). Trato Justo Y Equitativo En Materia De Inversión Extranjera Universidad De Chile

Occidental Exploration and Production Company contra la República del Ecuador, 1 de julio de 2004, en *Investment Treaty Arbitration*, ‹http://italaw.com/documents/Oxy-Ecuador Final Award_001.pdf›, consultado el 13 de abril de 2012

Paradell (2007). The Bit Experience of The Fair And Equitable Treatment Standard, en Investment Treaty Law, Current Issues II, Reino Unido, Brithish Institute of International and Comparative Law,

Pasara (2008). El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia

Patiño Principios del Tatado Internacional Recuerado de: http://derechointernacional02.blogspot.com/2010/05/principios- del-tratado-internacional.html el 4 de mayo de 2010

Prieto (2013). El Trato Justo Y Equitativo En El Derecho Internacional De Inversiones Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador

Rodriguez El Debido Proceso Legal y La Convención Americana Sobre Derechos Humanos recuperado de : http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf

Salacuse, (2007). The Law of Investment Treaties,

Sornarajah,(2004). The International Law on Foreign Investment, Cambridge, Cambridge University Press,

Small (2008). Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments en Standards of Investment Protection, Oxford University Press, Reino Unido

Sommer (2015). Inversión extranjera y derechos humanos: conflictos e interacciones Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración Número 2

Vandelvelde, (1993). US Bilateral Investment Treaties, The Second Wave

ANEXO



CARRERA DE JURISPRUDENCIA

Tema: Textura Abierta Del Derecho Internacional De Inversiones, Análisis Del Estándar De Trato Justo y Equitativo

Entrevista dirigida a profesionales del derecho expertos en Derecho Internacional de Inversiones

1. ¿Conoce Usted en qué consiste el estándar de trato justo y equitativo en los convenios sobre protección de inversiones?

2. . ¿Conoce Usted casos que se hayan resuelto en base a este estándar dentro de los diferentes centros de arbitraje?

3. ¿En su consideración el estándar de trato justo y equitativo posee textura abierta?

4. ¿Al existir varias interpretaciones acerca del estándar de trato justo y equitativo cree Usted que las mismas han influido al momento de tomar una decisión dentro de los casos que se han resuelto con dicho estándar?

5. ¿Cuál cree Usted que es la posible solución para que no exista diversidad de interpretaciones para el estándar de trato justo y equitativo?

6. Considera Ud. que existe una correlación de este estándar con otros dentro de los TBI´S