

Arbitraje de Inversiones y el trato justo y equitativo

Dr. Jorge Santistevan de Noriega
II Congreso Internacional de Arbitraje
Lima, 29.4.08

SN
SANTISTEVAN
DE NORIEGA
A B O G A D O S

Arbitraje de inversiones

- Se origina en
 - Contratos suscritos localmente en el Perú
 - Convenios de Estabilidad Jurídica o Tributaria
 - Contratos Ley
 - Contratos de concesión (DS 059 y 060 -96-PCM)
 - Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones o TLC de segunda generación
- Se focaliza en
 - Reclamos de indemnización por daños (CIADI)

De la expropiación al TJE

- Los TPIs regulan detalladamente la expropiación
 - Directa
 - Indirecta
 - Progresiva
 - Regulatoria
- Sin embargo, los tribunales CIADI
 - Resuelven más favorablemente indemnizaciones por TJE que por expropiación

Trato justo y equitativo

- Cláusula general de carácter amplio

“Cada Parte concederá al las inversiones cubiertas un trato justo y equitativo”

- Referencia al derecho internacional

“Cada parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como la protección y seguridades plenas

Evolución jurisprudencial CIADI

- Casos paradigmáticos de expropiación
 - Azurix contra Argentina
 - Metalclad contra México
- Casos paradigmáticos de trato justo y equitativo (TJE)
 - MTD Equity contra Chile
 - Tecmed contra México
 - Waste Management contra México

TJE en la doctrina

Para el profesor Sornarajah

“(...) the fair and equitable standard was no more than the international minimum standard of customary international law.”

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. The international law on foreign investment. Cambridge: University Press, 2004, p. 236.

TJE en la doctrina

Para el profesor Weiler existen tres conceptos o nociones que emanan del estándar mínimo de tratamiento que debe observar el Estado receptor

*“First, the State must honor the **specific representations made by its officials to investors** and their investments, who have reasonably relied upon them in good faith. Second, the State must provide a **transparent and (accordingly) predictable regulatory regime to investors** and their investments. Third, the officials of a State must execute their **public functions in good faith** with respect to their treatment of investors and investments.”*

WEILER, Todd. “Good Faith and Regulatory Transparency: The story of Metalclad v. Mexico”. En: *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. (Edited by Todd Weiler) Cambridge University Press, 2005, p. 719.

MTD contra Chile (Juez Schwebel)

- Según el criterio del Juez Schwebel, el *trato justo y equitativo* importa un

“(...) broad and widely-accepted standard encompassing such fundamental standards as good faith, due process, non discrimination, and proportionality.” Citando nuevamente el Fundamento N° 109 del Laudo Arbitral CIADI recaído en la controversia *MTD Equity contra Chile* el Juez Schwebel refiere que *“(...) that meaning of what is fair and equitable treatment is defined when the standard is applied to a set of specific facts.”*

Waste Management contra Mexico

*“(...) el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta **es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria** si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales **o si involucra ausencia de debido proceso** que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales **o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo**. Al aplicar este criterio es pertinente **que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable (...)** (el énfasis es nuestro).”*

Tecmed contra Mexico

*“(...) 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.” **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 éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas (...) (el énfasis es nuestro).”***

Interdicción de la arbitrariedad

- Marcial Rubio Correa, luego de analizar los casos del Tribunal Constitucional :
- “(...) *consiste en que los órganos del Estado debe vedar la conducta del poder estatal que actúe con arbitrariedad (...). Arbitrariedad es lo contrario a la justicia, al derecho, a una fundamentación objetiva y a la congruencia con la realidad. El poder del Estado debe actuar en todo momento con respeto por sus atribuciones y sin exceder el poder, sin utilizarlo para afectar los derechos de las personas y sin arrogarse atribuciones de las que carece. Si lo hiciera, el principio establece que la acción será ilegal.*”

■

Interdicción de la arbitrariedad (TC)

- *“De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:*

a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.

*b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo **carente de fundamentación objetiva**; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.*

En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.”

El principio de la buena fe

- *Artículo 1362° del Código Civil.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes”.*
- Artículo IV, numeral 1.1 de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General:

“Principio de Razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando (...) establezcan restricciones al administrado, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.”

El principio de la buena fe

*Conforme lo señala Jiménez Vargas-Machuca, el concepto de la buena fe es generalmente asociado con la **rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, inocencia, etc.** teniendo siempre una connotación loable y sana, socialmente aceptable y deseable^[1]*

^[1] **JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA**, Roxana, “La Unidad del principio general de la buena fe y su trascendencia en el Derecho moderno”. En: *Contratación Privada*, Jurista Editores, Lima - Perú 2002, pp. 78-79.

Limitación al TJE en los TLCs-PIs

- *El artículo 1105 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte incorpora al principio del trato justo y equitativo de la siguiente manera:*

“1. Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

*2. Without prejudice to paragraph 1 and notwithstanding Article 1108 (8) (b), each Party shall accord to investors of another Party, and to investments of investors of another Party, **non-discriminatory treatment with respect to measures it maintains or adopts relating to losses suffered by investments in its territory owing to armed conflict or civil strife.***

3. Paragraph 2 shall not apply to existing measures related to subsidies or grants that are inconsistent with Article 1102.”

Limitación al TJE en los TLCs-PIs

El artículo 10.5 del Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos donde el trato justo y equitativo es recogido en los siguientes términos:

“1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas.

Limitación al TJE en los TLCs-PIs

Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:

*(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de **no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo;** y*

*(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte proveer el nivel de **protección policial** que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.”*

Conclusiones

- El TJE viene siendo aplicado por los tribunales arbitrales CIADI, en las disputas de inversiones con mayor frecuencia y comodidad que las alegaciones de expropiación (Azurix contra Argentina y Metalclad contra México)
- El concepto de TJE está en evolución en la jurisprudencia arbitral (no arbitrariedad, acceso a la justicia debido proceso, buena fe, transparencia, conducta coherente del Estado)

Conclusiones

- En ocasiones TJE se asimila a garantía y seguridades plenas y hay avances para incluir en él el principio de las legítimas expectativas
- Sin embargo, los más recientes TLC de segunda generación (Capítulo de Inversiones TLC Perú – USA) tienden a restringir su extensión
- ¿Tendencia de los Estados a contrarrestar convencionalmente los avances de los tribunales arbitrales?

Arbitraje de Inversiones y el trato justo y equitativo

Dr. Jorge Santistevan de Noriega
II Congreso Internacional de Arbitraje
Lima, 29.4.08

SN
SANTISTEVAN
DE NORIEGA
A B O G A D O S