

Annex A

Teco Guatemala Holdings LLC v. Republic of Guatemala, ICSID Case No. ARB/10/23, Non-disputing Party Submission of El Salvador, Oct. 5, 2012

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

(ICSID)

IN THE ARBITRATION BETWEEN

TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC

Claimant

and

THE REPUBLIC OF GUATEMALA

Respondent

ICSID Case No. ARB/10/23

=====
**NON-DISPUTING PARTY SUBMISSION
OF THE REPUBLIC OF EL SALVADOR**
=====

October 5th, 2012

Introduction

1. The Republic of El Salvador ("El Salvador"), exercising its right under Article 10.20.2 of the Free Trade Agreement between the Dominican Republic, Central America, and the United States of America (the "Treaty" or "DR-CAFTA"), makes this submission regarding the interpretation of a provision of the Treaty that has arisen in the arbitration between TECO Guatemala Holdings, LLC and the Republic of Guatemala. Specifically, El Salvador presents its position on the interpretation of Article 10.5 of the Treaty, with regard to the obligation of a State Party to afford a Minimum Standard of Treatment to investments covered by the Treaty.

2. El Salvador does not express any opinion about how the comments in this submission apply to the facts of the case, a matter on which El Salvador does not take a position. On the other hand, the absence of comments in this submission about any other questions of Treaty interpretation does not give rise to any inferences regarding El Salvador's interpretation of any provisions of the Treaty not specifically addressed in this submission.

Observations regarding the text of DR-CAFTA Article 10.5

3. Article 10.5 is titled "Minimum Standard of Treatment" and provides in its first paragraph that each State Party "shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security."

4. The second paragraph in Article 10.5 provides that "fair and equitable treatment" is a "concept" included in the Minimum Standard of Treatment, and that this concept of "fair and equitable treatment" does not require treatment beyond the Minimum Standard of Treatment to aliens in accordance to customary international law.

5. The second paragraph of Article 10.5 also mentions that the obligation to provide "fair and equitable treatment" referred to in the first paragraph "includes the obligation to not deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world."

6. Finally, Annex 10-B of the Treaty makes it clear that for the reference to customary international law in Article 10.5, the State Parties understand that customary international law "results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation."

7. In sum, the text of the Treaty makes it clear, first, that the concept of "fair and equitable treatment" used in Article 10.5 is part of the Minimum Standard of Treatment under customary international law, but that it does not require treatment beyond the Minimum Standard of Treatment. Second, the text of the Treaty makes it clear that the concept of "fair and equitable treatment" referred to in Article 10.5 of the Treaty includes the obligation to not deny justice. Finally, the text of the Treaty makes it clear that in order to determine if a norm is part of customary international law, two requirements must be met: 1) determine the general and consistent State practice, and 2) determine that such practice is followed by the States from a sense of legal obligation (*opinio juris sive necessitatis*, "*opinio juris*"). Therefore, customary international law must be established through State practice, not through decisions of arbitral tribunals. Decisions of arbitral tribunals that discuss State practice might be relevant as *evidence* of State practice, but they can never be a substitute for State practice as the *source* of customary international law.

The concept of "fair and equitable treatment" used in DR-CAFTA is different from the autonomous concept used in other treaties

8. In international investment arbitration, the term "fair and equitable treatment" refers to two concepts. The first concept of "fair and equitable treatment", for example the one included in Article 10.5 of DR-CAFTA, is used with reference to the Minimum Standard of Treatment under customary international law. The second concept of "fair and equitable treatment" has been included in many investment protection treaties in an autonomous manner, without reference to the Minimum Standard of Treatment under customary international law, and is therefore different from the first.

9. In accordance with Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, treaties must be interpreted in good faith, in accordance with the ordinary meaning of their terms. The terms of Article 10.5 of the Treaty clearly reflect the State Parties' intention to adopt the most limited concept possible of "fair and equitable treatment" as part of the Minimum Standard of Treatment under customary international law, not as an autonomous concept.

10. The party that alleges the existence of a norm of customary international law has the burden to prove the existence of State practice followed from a sense of legal obligation that has given rise to the alleged norm.¹ The general and consistent practice of States crystallizes as a norm in customary international law through the passage of time until it can be recognized as such.²

11. Given the text of Article 10.5 and the inapplicability of arbitral decisions, El Salvador rejects any argument that the concept of "fair and equitable treatment" included in DR-CAFTA as

¹ See, for example, *Case Concerning Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, 1952 I.C.J. 176, 200 (August 27) (Judgment) (citing *Asylum Case (Colombia v. Peru)*), 1950 I.C.J. 266, 276 (November 20) (Judgment) ("The Party which relies on a custom of this kind must prove that this custom is established in such a manner that it has become binding on the other Party.").

² See, for example, the fourth non-disputing Party submission presented by the Government of the United States of America in the *Pope & Talbot v. Canada* arbitration, November 1, 2000, para. 8 (stating that the Minimum Standard of Treatment "incorporat[es] a set of rules that have crystallized over the centuries into customary international law in specific contexts.").

part of the Minimum Standard of Treatment, is equivalent to or has converged with the autonomous standard of "fair and equitable treatment," as the Claimant argues in this arbitration.³

The concept of "fair and equitable treatment" used in DR-CAFTA is limited to the context of denial of justice, unless a party proves otherwise

12. As mentioned above, Article 10.5, second paragraph, specifically mentions that the concept of "fair and equitable treatment" as part of the Minimum Standard of Treatment includes the obligation to not deny justice. Beyond the obligation to not deny justice, a party alleging the existence of a norm of customary international law has the burden to prove the existence of the norm it alleges, based on general and consistent State practice and *opinio juris*. In the absence of arguments based on general and consistent State practice and *opinio juris*, as required by DR-CAFTA, it is not possible to establish the existence of additional obligations as part of the concept of "fair and equitable treatment" included in the Minimum Standard of Treatment.

The Minimum Standard of Treatment does not include protection of investors' legitimate expectations or protection against merely arbitrary measures

13. Due to the origin of the Minimum Standard of Treatment in customary international law, as an absolute floor to the treatment States may provide, only State actions of an extreme nature can violate the Minimum Standard of Treatment.

14. Because the focus must be on the conduct of the State, it is incorrect to make reference to the legitimate expectations of the investor to decide if the State has complied with the Minimum Standard of Treatment. State conduct is the only relevant factor for this purpose, because the Minimum Standard of Treatment must be an objective concept that evaluates the treatment a State accords to an investor, and not a concept that can vary depending on the investor's subjective

³ Claimant's Memorial, para. 244; Reply, para. 231.

understanding about the treatment it expects to receive based on what has been offered. Considering the investor's legitimate expectations would have the effect of eliminating States' regulatory capacity. That is why no evidence has been presented about the existence of a general and consistent State practice, followed out of a sense of legal obligation, of protecting the legitimate expectations of investors. On the contrary, the evidence indicates that even the State of nationality of the Claimant, the United States of America, does not recognize the existence of the alleged obligation in its internal law or as an international obligation.⁴

15. Likewise, the argument that conduct that is merely arbitrary constitutes a breach of the Minimum Standard of Treatment is not supported by evidence based on the general and consistent State practice followed out of a sense of legal obligation, as required by DR-CAFTA Article 10.5.⁵

16. Therefore, the concept of "fair and equitable treatment" used in DR-CAFTA is limited to the context of denial of justice (unless a party proves otherwise) and does not include the protection of an investor's legitimate expectations or the protection against measures that are merely arbitrary, two ideas that have not been established as norms of customary international law.

Conclusion

17. As discussed in this submission, El Salvador interprets that: 1) the concept of "fair and equitable treatment" in Article 10.5 of DR-CAFTA is used and must be understood with reference to the Minimum Standard of Treatment in accordance with customary international law; 2) customary international law can only be established based on State practice followed out of a sense of legal obligation (*opinio juris*); 3) the burden of proof to establish the existence of a norm in customary international law falls on the party that alleges its existence, and must be proven based

⁴ See, e.g., Counter-Memorial of the United States of America in the *Glamis Gold* arbitration, September 19, 2006, at 233-234.

⁵ See, e.g., Counter-Memorial of the United States of America in the *Glamis Gold* arbitration, September 19, 2006, at 227-230.

on State practice and *opinio juris*, not based on decisions of arbitral tribunals; 4) the text of Article 10.5 only includes the applicability of the concept of "fair and equitable treatment" to the context of denial of justice, unless a party proves otherwise based on general and consistent State practice and *opinio juris*; 5) the concept of "fair and equitable treatment" included in the Minimum Standard of Treatment in Article 10.5 of the Treaty is very different from the autonomous concept by the same name; and 6) the concept of "fair and equitable treatment" in Article 10.5 of the Treaty does not include the protection of an investor's legitimate expectations and does not include protection against merely arbitrary measures.

MARIO ROGER HERNANDEZ

VICEMINISTER OF ECONOMY

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)**

EN EL ARBITRAJE ENTRE

TECO GUATEMALA HOLDINGS, LLC

Demandante

y

LA REPUBLICA DE GUATEMALA

Demandado

Caso CIADI NO. ARB/10/23

**ESCRITO DE PARTE NO CONTENDIENTE
DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR**

5 de octubre de 2012

Introducción

1. La República de El Salvador ("El Salvador"), haciendo uso del derecho que le confiere el Artículo 10.20.2 del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (el "Tratado" o "DR-CAFTA"), presenta este escrito sobre la interpretación de una disposición del Tratado que ha surgido en el arbitraje entre TECO Guatemala Holdings, LLC y la República de Guatemala. Específicamente, El Salvador presenta su posición sobre la interpretación del Artículo 10.5 del Tratado, en lo concerniente a la obligación de un Estado Parte de proporcionar un Nivel Mínimo de Trato a las inversiones cubiertas por el Tratado.

2. El Salvador no expresa ninguna opinión sobre la forma en que los comentarios expresados en este escrito se aplican a los hechos en este arbitraje, algo sobre lo cual El Salvador no toma posición. Por otra parte, la ausencia de comentarios sobre cualquier otro asunto de interpretación del Tratado en este escrito, no deberá dar lugar a ninguna inferencia sobre la interpretación que El Salvador pudiese tener sobre cualesquiera disposiciones del Tratado que no sean específicamente abordadas en este escrito.

Observaciones sobre el texto del Artículo 10.5 del DR-CAFTA

3. El Artículo 10.5 tiene el título de "Nivel Mínimo de Trato," y establece en su primer párrafo que cada Estado Parte "otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas."

4. El segundo párrafo del Artículo 10.5 establece que el "trato justo y equitativo" es un "concepto" incluido en el Nivel Mínimo de Trato, y que este concepto de "trato justo y equitativo"

no requiere un trato que vaya más allá del Nivel Mínimo de Trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario.

5. El segundo párrafo del Artículo 10.5 también menciona que la obligación de otorgar un "trato justo y equitativo" incluida en el primer párrafo, "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."

6. Finalmente, el Anexo 10-B del Tratado deja claro que al referirse al derecho internacional consuetudinario en el Artículo 10.5, los Estados Parte entienden que el derecho internacional consuetudinario es el que "resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal."

7. En resumen, el texto del Tratado deja claro, primero, que el concepto de "trato justo y equitativo" utilizado en el Artículo 10.5 es parte del Nivel Mínimo de Trato según el derecho internacional consuetudinario, pero que no requiere un trato que vaya más allá del Nivel Mínimo de Trato. Segundo, el texto del Tratado deja claro que el concepto de "trato justo y equitativo" mencionado en el Art. 10.5 del Tratado incluye la obligación de no denegar justicia. Finalmente, el texto del Tratado deja claro que para determinar si una norma es parte del derecho internacional consuetudinario es necesario la presencia de dos requisitos: 1) determinar la práctica general y consistente de los Estados y 2) determinar que dicha práctica sea seguida por los Estados en el sentido de que existe una obligación legal de hacerlo (*opinio juris sive necessitatis*, "*opinio juris*"). Por lo tanto, el derecho internacional consuetudinario debe establecerse a través de la práctica de los Estados, no a través de decisiones de tribunales arbitrales. Decisiones de tribunales arbitrales que discuten la práctica de los Estados pueden ser relevantes como *evidencia* de la práctica de los

Estados, pero nunca pueden llegar a sustituir a la práctica de los Estados como la *fuentes* del derecho internacional consuetudinario.

El concepto de "trato justo y equitativo" utilizado en el DR-CAFTA difiere del concepto autónomo utilizado en otros tratados

8. En el arbitraje internacional de inversiones se mencionan dos conceptos bajo el nombre de "trato justo y equitativo." El primer concepto de "trato justo y equitativo," como por ejemplo el incluido en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA, se hace con referencia al Nivel Mínimo de Trato bajo el derecho internacional consuetudinario. El segundo concepto de "trato justo y equitativo" ha sido incluido en muchos tratados de protección de inversiones de manera autónoma, sin relacionarlo al Nivel Mínimo de Trato bajo el derecho internacional consuetudinario, y por lo tanto es diferente del primero.

9. De conformidad con el Artículo 31(1) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los tratados deben interpretarse de buena fe, de conformidad con el significado corriente de sus términos. Los términos del Artículo 10.5 del Tratado reflejan claramente la intención de los Estados Parte de adoptar el concepto más restrictivo posible de "trato justo y equitativo" como parte del Nivel Mínimo de Trato conforme al derecho internacional consuetudinario, no como un concepto autónomo.

10. La parte que alega la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario corre con la carga de la prueba para demostrar que existe una práctica general y consistente de los Estados seguida por un sentido de obligación legal, que ha generado la norma alegada.¹ La

¹ Ver, por ejemplo, el *Caso Relativo a los Derechos de los Nacionales de los Estados Unidos de América en Marruecos (Francia c. Estados Unidos)*, 1952 C.I.J. 176, 200 (Fallo del 27 de agosto) (citando al *Caso del Derecho de Asilo (Colombia c. Perú)*, 1950 C.I.J. 266, 276 (Fallo del 20 de noviembre) ("La Parte que invoca una costumbre de esta naturaleza debe probar que esta costumbre ha sido establecida de tal manera que ha llegado a ser obligatoria para la otra Parte.")).

práctica general y consistente de los Estados se cristaliza como una norma de derecho internacional consuetudinario a través del paso del tiempo hasta que puede reconocerse como una tal.²

11. Teniendo en cuenta el texto del Artículo 10.5 y la inaplicabilidad de las decisiones arbitrales, El Salvador rechaza cualquier argumento en el sentido de que el concepto de "trato justo y equitativo" que se incluye en el DR-CAFTA como parte del Nivel Mínimo de Trato, es equivalente o ha convergido con el concepto autónomo de "trato justo y equitativo," como lo argumenta el Demandante en este arbitraje.³

El concepto de "trato justo y equitativo" utilizado en el DR-CAFTA está limitado al contexto de denegación de justicia, a menos que una parte demuestre lo contrario

12. Como se ha mencionado anteriormente, el Artículo 10.5, segundo párrafo, hace referencia específica a que el concepto de "trato justo y equitativo" como parte del Nivel Mínimo de Trato, incluye la obligación de no denegar justicia. Más allá de esta obligación de no denegar justicia, corresponde a la parte que alega la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario correr con la carga de la prueba para establecer la existencia de la norma alegada, en base a la práctica general y consistente de los Estados y *opinio juris*. En la ausencia de argumentos basados en la práctica general y consistente de los Estados y *opinio juris*, como lo requiere el DR-CAFTA, no puede establecerse la existencia de obligaciones adicionales como parte del concepto de "trato justo y equitativo" incluido en el Nivel Mínimo de Trato.

² Ver, por ejemplo, el cuarto escrito de Parte no contendiente presentado por el Gobierno de los Estados Unidos en el arbitraje *Pope & Talbot c. Canadá*, 1 de noviembre de 2000, párrafo 8 (el Nivel Mínimo de Trato "incorpora un conjunto de reglas que han cristalizado a través de siglos en derecho internacional consuetudinario en contextos específicos.").

³ Memorial del Demandante, párrafo 244; Réplica, párrafo 231.

El Nivel Mínimo de Trato no incluye protección de las expectativas legítimas del inversionista ni protección contra medidas meramente arbitrarias

13. Debido al origen del Nivel Mínimo de Trato en el derecho internacional consuetudinario, como un piso absoluto del trato que pueden otorgar los Estados, solamente acciones de carácter extremo de parte de un Estado pueden violar el Nivel Mínimo de Trato.

14. Debido a que el enfoque debe ser la conducta del Estado, es incorrecto hacer referencia a las expectativas legítimas del inversionista para decidir si el Estado ha cumplido con el Nivel Mínimo de Trato. La conducta del Estado es el único factor relevante para este fin, puesto que el Nivel Mínimo de Trato debe ser un concepto objetivo que evalúa el trato que un Estado otorga a un inversionista y no un concepto que puede variar en función de la apreciación subjetiva del inversionista sobre el trato que espera recibir en base a lo que le ha sido ofrecido. Considerar las expectativas legítimas del inversionista tendría el efecto de eliminar la capacidad regulatoria de los Estados. Es por eso que no se ha presentado evidencia de que exista una práctica general y consistente de los Estados, seguida por un sentido de obligación legal, de proteger las expectativas legítimas de los inversionistas. Por el contrario, la evidencia demuestra que ni siquiera el Estado del cual el Demandante es nacional, los Estados Unidos de América, reconoce la existencia de esta supuesta obligación en su derecho interno ni tampoco como una obligación de carácter internacional.⁴

15. Igualmente, el argumento de que conducta meramente arbitraria constituye un incumplimiento del Nivel Mínimo de Trato no es apoyado con evidencia basada en la práctica

⁴ Ver, por ejemplo, el Memorial de Contestación de los Estados Unidos de América en el caso *Glamis Gold*, de fecha 19 de septiembre de 2006, páginas 233-234.

general y consistente de los Estados en el sentido de una obligación legal, como lo requiere el Artículo 10.5 del DR-CAFTA.⁵

16. Por lo tanto, el concepto de "trato justo y equitativo" utilizado en el DR-CAFTA está limitado al contexto de denegación de justicia (a menos que una parte demuestre lo contrario), y no incluye protección de las expectativas legítimas del inversionista ni protección contra medidas meramente arbitrarias, dos ideas que no han sido establecidas como normas de derecho internacional consuetudinario.

Conclusión

17. Como se ha expuesto en este escrito, El Salvador interpreta que: 1) el concepto de "trato justo y equitativo" en el Artículo 10.5 del DR-CAFTA se utiliza y debe entenderse solamente con referencia al Nivel Mínimo de Trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario; 2) el derecho internacional consuetudinario solamente puede establecerse en base a la práctica de los Estados seguida por ellos en el sentido de que existe una obligación legal (*opinio juris*); 3) la carga de la prueba para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario corresponde a la Parte que aduce su existencia, en base a la práctica de los Estados y *opinio juris*, no en base a decisiones de tribunales arbitrales; 4) el texto del Artículo 10.5 solamente incluye la aplicabilidad del concepto de "trato justo y equitativo" al contexto de denegación de justicia, a menos que una parte demuestre lo contrario en base a la práctica general y consistente de los Estados y *opinio juris*; 5) el concepto de "trato justo y equitativo" que forma parte del Nivel Mínimo de Trato en el Artículo 10.5 del Tratado es muy diferente del concepto autónomo con el mismo nombre; y 6) el concepto de "trato justo y equitativo" en el Artículo 10.5

⁵ Ver, por ejemplo, el Memorial de Contestación de los Estados Unidos de América en el caso *Glamis Gold*, de fecha 19 de septiembre de 2006, páginas 227-230.

del Tratado no incluye la protección de las expectativas legítimas del inversionista ni tampoco otorga protección contra medidas meramente arbitrarias.



MARIO ROGER HERNANDEZ
VICEMINISTRO DE ECONOMIA