

# VISIÓN CRÍTICA DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES DESDE LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR



POR LA DEFENSA JURÍDICA  
DEL ECUADOR





# VISIÓN CRÍTICA DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES DESDE LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR

La presente edición es un producto de la Procuraduría General del Estado, bajo la dirección y supervisión del Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado, coordinado por las doctoras Blanca Gómez de la Torre, Directora de Asuntos Internacionales y Arbitraje Nacional y Christel Gaibor, Subdirectora de Asuntos Internacionales, con el apoyo del equipo de abogados de la Dirección de Asuntos Internacionales y Arbitraje.

Quito, Agosto de 2016

# C O N T E N I D O

## *CAPÍTULO I*

<b>1</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>	17
1.1	El mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado	18
1.2	Desarrollo histórico	21
1.3	El Derecho Internacional de Inversiones	26

## *CAPÍTULO II*

<b>2</b>	<b>LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN (AII)</b>	32
2.1	Desarrollo histórico	34
2.1.1	Era de la infancia (finales de la Segunda Guerra Mundial hasta mediados de 1960)	35
2.1.2	Era de dicotomía (mediados de la década de 1960 hasta finales de la década de 1980)	36
2.1.3	Era de proliferación (década de 1990 hasta 2007)	38
2.1.4	Era de reorientación (2008 hasta la actualidad)	40
2.2	Nuevas tendencias	46
2.2.1	Los AII y el desarrollo sustentable	46
2.2.2	Mayor precisión en la definición de inversión	48
2.2.3	Mayor precisión en los conceptos de trato justo y equitativo, seguridad y protección plenas y expropiación indirecta	49
2.2.4	Preservación del derecho a regular de los Estados a través de la limitación de los objetivos de promoción y liberalización de las inversiones	49
2.2.5	Mayor transparencia entre las partes en el proceso de elaboración de normativa doméstica.	50
2.2.6	Una reforma de los mecanismos de solución de controversias	50
2.2.7	Acuerdos recientes	51
2.3	Modelos TBI	57
2.3.1	Estados Unidos	57

2.3.2	India	57
2.3.3	Brasil	58
2.3.4	Colombia	59
2.3.5	Bélgica	60
2.4	Estructura de los TBI	61
2.4.1	Preámbulo	62
2.4.2	Definiciones	63
2.4.3	Estándares de Protección de Inversiones	64
2.4.4	Reglas de Resolución de Disputas	64

## *CAPÍTULO III*

<b>3</b>	<b>LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS TBI Y AII DENTRO DEL SISTEMA DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA ESTADO LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR</b>	<b>68</b>
3.1	La Interpretación de los Tratados y la Visión de los Tribunales Arbitrales	68
3.1.1	La experiencia del Ecuador	72
3.1.1.1	Caso Perenco: Los travaux préparatoires	72
3.1.1.2	Caso Ecuador-Estados Unidos. Interpretación del TBI	74
3.2	Cobertura de los TBI y Definiciones	76
3.2.1	Definición de Inversión	76
3.2.1.1	La experiencia del Ecuador	84
3.2.2	Definición de Inversionista	89
3.2.2.1	Determinación de la nacionalidad de un Inversionista	90
3.2.2.2	La experiencia del Ecuador	97
3.3.	Estándares de trato y protección	99
3.3.1	Trato Justo y Equitativo, TJE (Fair And Equitable Treatment)	101



3.3.1.1	Denegación de Justicia	103
3.3.1.2	La experiencia del Ecuador	106
3.3.2	Expropiación	114
3.3.2.1	La experiencia del Ecuador	117
3.3.3	Trato Nacional	124
3.3.3.1	La experiencia del Ecuador	125
3.3.4	Cláusula paraguas	126
3.3.4.1	La experiencia del Ecuador	127

## *CAPÍTULO IV*

<b>4</b>	<b>CRÍTICAS AL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA - ESTADO - PROPUESTAS</b>	
4.1	Inconsistencia en las decisiones de los Tribunales	132
4.1.1	La insuficiencia de la acción de nulidad como mecanismo para corregir las inconsistencias de las decisiones de los Tribunales	142
4.1.2	El mecanismo de apelación como una propuesta para superar la inconsistencia	150
4.2	Mecanismo con actores limitados (árbitros que pueden ser abogados o peritos)	159
4.2.1	La recusación a efectos de asegurar la imparcialidad de las decisiones arbitrales	160
4.3	Costos elevados y tiempos excesivos	163
4.3.1	Disparidad de razonamientos frente a la condena en costas	164
4.4	Acceso ilimitado al mecanismo de solución de controversias y/o al arbitraje	167
4.5	Una reforma integral al sistema	169
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	173
	<b>LIBROS Y REVISTAS</b>	173
	<b>LAUDOS, DECISIONES Y SENTENCIAS</b>	175
	<b>NORMATIVA</b>	177
	<b>FUENTES EN INTERNET</b>	177



*Los documentos que constan en las notas al pie  
los encuentra completos en la página web  
**<http://www.pge.gob.ec>***

## PRÓLOGO

**E**n el octogésimo octavo aniversario de creación de la Procuraduría General del Estado, presentamos esta nueva publicación: “Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador”, en la que ponemos a disposición de la ciudadanía y de la comunidad internacional, una mirada particular sobre el Sistema de Solución de Controversias de Inversión, como producto del análisis de los elementos del sistema y de una experiencia acumulada en estos 8 años de gestión precisamente marcados por una etapa en la que las controversias internacionales originadas en Tratados de Protección de Inversiones tuvieron su mayor evolución.

Este libro forma parte de una trilogía de publicaciones institucionales sobre controversias de inversión que tiene como antecedentes la publicación hecha en 2014 “Caso Oxy: Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano” y en 2015 “Caso Chevron: Defensa del Ecuador Frente al Uso Indebido del Arbitraje de Inversión”.

Mientras las dos publicaciones anteriores abordaron casos específicos de arbitrajes de inversión en

los que era parte el Ecuador, esta nueva publicación aborda el análisis del sistema desde la óptica de la defensa del Estado ecuatoriano y de su particular experiencia en la defensa de los casos que ha enfrentado en estos últimos 8 años.

Cuando asumí el cargo de Procurador General del Estado, el Ecuador tenía siete arbitrajes de inversión en trámite. Los casos Oxy I y Encana habían concluido previamente. Se encontraban en su primera etapa los casos Oxy II y Chevron II; ya avanzados MCI, Duke Energy y Emelec, y acababan de iniciar los arbitrajes de Burlington y Perenco. Más adelante iniciarían los casos de Merck, Unete (Globalnet), Ullyseas, Chevron III, Copper Mesa y Murphy.

Desde entonces, tanto Oxy II como Chevron II concluyeron y los demás arbitrajes han avanzado al punto de haber terminado o estar en su última etapa de discusión. La experiencia lograda por la Procuraduría General del Estado en la defensa del Ecuador en los arbitrajes de inversión es, entonces, sustancialmente diferente a la que institucionalmente se tenía en abril de 2008. De hecho, en ninguna otra etapa de estos 88 años de existencia, la Procuraduría tuvo en su cartera de casos, procesos tan complejos

o de cuantías tan importantes como los que nos tocó manejar en estos años.

En esta etapa se consiguieron resultados importantes, como la desestimación de la solicitud de anulación del laudo del caso MCI, que planteó el inversionista luego de que el laudo favoreciera al Ecuador. El rechazo de la demanda arbitral de EMELEC, presentada por Miguel Lluco, con una pretensión de USD 1 072 694 359,17 o la de Ullyseas que pretendía una indemnización de USD 56 100 000,00.

También fueron avances y resultados importantes para la defensa del Ecuador, la discusión y decisión final del Tribunal Arbitral en Chevron II, cuando redujo el laudo parcial de USD 1 605 220 794,00 a USD 96 355 369,00, una reducción del 94% como consecuencia de haber acogido la tesis del Ecuador sobre el impacto de la legislación tributaria sobre el monto de la indemnización; así como los argumentos planteados frente al laudo en Oxy II, acogidos por el Comité de Anulación, cuando al anular parcialmente el laudo redujo la indemnización de USD 1 769 625 000,00 a USD 1 061 775 000,00, equivalente 40%, hasta ese momento el mayor monto de reducción de un laudo como consecuencia de su anulación.

De igual forma, resultan importantes las iniciativas que la defensa legal ecuatoriana ha planteado al haber demandado la interpretación del

Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones (TBI) suscrito con los Estados Unidos, para determinar el alcance del estándar de medios efectivos de administración de justicia, luego del laudo de Chevron II, que lamentablemente no fue resuelto por el Tribunal, con un contundente voto disidente del Prof. Vinueza; así como el planteamiento de contrademandas ambientales frente a los arbitrajes planteados por Perenco y Burlington, que operaron en consorcio dos bloques petroleros en el oriente ecuatoriano, en el que un Tribunal Arbitral ya encontró la existencia de indicios de la responsabilidad de la operadora del consorcio en los daños encontrados en la zona. Todos estos procesos han permitido vivir y sufrir las consecuencias de los problemas del sistema, entre ellas: inconsistencias, irrespeto a la ley ecuatoriana, desconocimiento del poder regulatorio del Estado.

En este período, además, dos Tribunales Arbitrales visitaron personalmente el Ecuador dentro de los casos Chevron III y Burlington, a fin de constatar los daños ambientales producidos por los operadores petroleros mientras estuvieron en Ecuador.

La experiencia ganada y la solidez de la defensa legal del Estado ecuatoriano son ahora conocidas y respetadas en todo el sistema.

Los casos del Ecuador han sido expuestos en di-

versos centros académicos de reconocido prestigio mundial, como Yale, Georgetown o Columbia en los Estados Unidos, la Universidad Paris 1 Pantheon Sorbone, UCL, Oxford, Cambridge y Utrecht en Europa y la Universidad de Chile, Católica de Chile y en la Universidad Externado de Colombia en Latinoamérica.

Con igual éxito se organizaron dos eventos con los equipos de defensa de los países de Latinoamérica, con la presencia de Procuradores y abogados de 14 países de la región, donde compartieron experiencias para el fortalecimiento de las estructuras y equipos de defensa legal en países hermanos. A ello se suma la colaboración estrecha con la Procuraduría de Bolivia, con quienes se ha intercambiado información tanto administrativa cuanto legal, para la defensa de los casos.

La labor de la defensa del Estado ecuatoriano ha generado un crecimiento del nivel profesional al interior del equipo de la Procuraduría General del Estado que, dentro de las limitaciones presupuestarias y la imposibilidad de competir con el rango salarial de los abogados privados, ha formado abogados con capacidad de enfrentar los inmensos retos que debemos enfrentar, con la suficiente solvencia profesional.

En ese contexto, la experiencia es un punto a favor de la defensa del Ecuador, que no puede perderse y que debe generar resultados más allá del manejo de los casos específicos a nuestro car-

go y de los límites del territorio ecuatoriano. Los casos y argumentos que hemos sostenido en la defensa del Estado y su efecto en las decisiones adoptadas por los Tribunales Arbitrales, seguirán siendo citados en otros casos a nivel mundial por mucho tiempo en el futuro. Otros países sustentarán sus posiciones en nuestros argumentos y en los laudos que resolvieron los casos del Ecuador. Académicos e investigadores se referirán a ellos.

Dos aspectos motivaron a la Procuraduría General del Estado a compartir sus conocimientos y experiencias en los contenciosos internacionales a través de esta publicación. Primero, la necesidad de que la ciudadanía ecuatoriana conozca un poco más del funcionamiento de este sistema y entienda cómo la defensa del Estado tuvo defendió los intereses del Estado en este complejo mundo del arbitraje internacional. Segundo, la necesidad de que estos conocimientos y la experiencia, termine siendo un aporte para que el Ecuador, como parte de la comunidad internacional, pueda plantear los cambios dentro del mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, de manera que este se convierta en un verdadero sistema de justicia más equilibrado y apegado al derecho y a los acuerdos de las partes, resolviendo en forma consistente las controversias existentes.

El Ecuador realiza observaciones y comentarios sobre el funcionamiento y deficiencias del sistema desde hace varios años. Personalmente, he gestionado observaciones y propuestas

sobre reformas al sistema en varios eventos internacionales en los últimos cuatro años. La voz aislada del Estado ecuatoriano, sin embargo, dejó de ser la única hace bastante tiempo, de tal manera que en los foros internacionales ya no se discute si el sistema tiene problemas, sino los cambios que este requiere. Algunos países y organismos internacionales han hecho similares críticas en los últimos años. Basta ver los informes de la UNCTAD y su iniciativa para reformar el sistema o las observaciones que la Unión Europea ha realizado en la discusión de varios instrumentos internacionales pendientes de suscribirse.

Esto tiene mucho sentido si pensamos que los problemas que ha enfrentado el Ecuador en los últimos ocho años, hoy los está empezando a enfrentar países que siendo exportadores de inversión, también la reciben. Las nuevas controversias que hoy enfrentan países de la Comunidad Europea y que mañana podrían sufrir otros, hacen necesaria la discusión a nivel internacional. Muchos verán con preocupación la forma como se mira el derecho local, las potestades regulatorias del Estado o la actuación de la justicia interna, cuando se analice la propia frente a la demanda de un inversionista.

Igual preocupación tendrán otros respecto a las actuaciones de los árbitros y su poder omnímodo para resolver sin que nadie pueda revisar sus laudos y la falta de jurisprudencia frente a decisiones contradictorias sobre los mismos hechos o la

aplicación ambigua de estándares de protección no suficiente y claramente definidos.

En esta publicación llevaremos a su conocimiento las principales críticas y observaciones de la defensa legal ecuatoriana, la práctica internacional y el trabajo de la academia, con ejemplos y referencias específicas de la experiencia en los casos que le ha tocado manejar, pero también con comentarios y propuestas para mejorar el sistema de solución de controversias de inversión.

**Dr. Diego García Carrión**  
Procurador General del Estado  
Quito, Agosto 2016





# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

### EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

La mayoría de los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) establecen varios mecanismos de solución de controversias entre los inversionistas y los Estados receptores, sea a través de negociaciones directas, acudiendo a “*los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia*”, “*a cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido*”<sup>1</sup> o acudiendo a un arbitraje administrado, o a un arbitraje ad hoc.

Sin embargo, y aunque las otras alternativas están disponibles, el arbitraje ha sido elegido como el principal método de solución de controversias. Con rasgos peculiares, el arbitraje inversionista-Estado, es posiblemente el único caso en el que el inversionista puede hacer uso de un convenio arbitral suscrito por un tercero, el Estado del que es

nacional, en contra de otro Estado, el receptor de la inversión. Distinto de una decisión judicial, el arbitraje resuelve la disputa presentada por un inversionista, a través de un tribunal, cuya decisión es final, única e irrecurable, salvo causales determinadas por nulidad.<sup>2</sup>

A la luz de este mecanismo se han resuelto una gran cantidad de controversias inversionista-Estado, un número que cada año crece de manera importante. Solo entre 2014 y 2015, según la UNCTAD, el número de casos conocidos pasó de 608 a 696, según información constante en su página web a la fecha de publicación de esta obra.<sup>3</sup>

Por otro lado, desde el año 2004, el Estado ecuatoriano ha afrontado 28 arbitrajes de inversión, conforme el siguiente detalle:

### PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO - ARBITRAJES DE INVERSIÓN

	DEMANDANTE	RESULTADO	INICIO	FIN
1	Encana	Terminado Favorable	14-mar-03	03-feb-06
2	OXY I	Terminado Parcialmente Favorable	11-nov-02	04-jul-07
3	IBM	Terminado Solución Amistosa	06-sep-02	22-jul-04
4	Unete	Terminado Solución Amistosa	10-jun-09	12-jun-13
5	Quiport	Terminado Solución Amistosa	12-ago-09	11-nov-11

1• Artículo 6, Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América Sobre Promoción y la Protección de Inversiones, 27 de agosto de 1993.

2• Sistema de Información de Comercio Exterior, OEA, [http://www.sice.oas.org/default\\_p.asp](http://www.sice.oas.org/default_p.asp); consultado el 27 de julio de 2016.

3• <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000>, consultado el 27 de julio de 2016.

6	Machala Power	Terminado Solución Amistosa	17-mar-05	20-may-09
7	City Oriente	Terminado Solución Amistosa	10-oct-06	12-sep-08
8	Repsol II	Terminado Solución Amistosa	05-oct-01	08-ene-07
9	Ulyseas	Terminado Favorable	08-may-09	12-jun-12
10	Murphy I	Terminado Favorable	15-abr-08	15-dic-10
11	Murphy II	Terminado Favorable	30-dic-10	19-ago-11
12	MCI	Terminado Favorable	16-dic-02	19-oct-09
13	Emelec	Terminado Favorable	13-dic-04	02-jun-09
14	Técnicas Reunidas S.A.	Terminado Desistimiento	31-oct-06	13-may-08
15	Chevron II	Terminado Desfavorable	21-dic-06	26-sep-14
16	TBI Ecuador - EUA	Terminado Desfavorable	28-jun-11	29-sep-12
17	OXY II	Terminado Parcialmente Favorable	17-may-06	02-nov-15
18	Duke Energy	Terminado Parcialmente Favorable	30-ago-04	18-ago-08
19	Merck Sharp & Dohme	Activo	29-nov-11	
20	RSM Company	Activo	13-may-10	
21	COPPER MESA	Activo	21-ene-11	
22	Zamora Gold	Activo	11-jul-11	
23	Chevron III	Activo	09-oct-07	
24	Burlington	Activo	21-abr-08	
25	Perenco	Activo	30-abr-08	
26	Murphy III	Activo	30-sep-11	
27	GLP	Activo	01-jul-15	
28	ALBACORA	Activo	04-abr-16	

Los rasgos distintivos de las controversias internacionales inversionista-Estado son varios:

- *“En una controversia entre un inversor y un Estado, sea el propio gobierno central o entidades subnacionales, éste participa en calidad de Estado soberano demandado (Muchlinski, 2007; Sornarajah, 2004). Así pues, las partes son distintas a las de otros tipos de arbitraje en que ambas son entidades mercantiles, como en el caso del arbitraje comercial. La controversia puede surgir a causa de medidas o actos adoptados en niveles inferiores del gobierno o por organismos públicos que, aunque no hayan suscrito los AII, deben respetar sus disposiciones. Esto puede producir divergencias interinstitucionales en el seno del gobierno, y hacer difícil que el Estado responda oportunamente al problema y que el inversor identifique al interlocutor adecuado.*
  - *El inversor extranjero impugnará los actos y medidas adoptados (o la falta de acciones apropiadas) por el Estado soberano o una subentidad estatal en su capacidad soberana. De ahí que las medidas o los actos impugnados sean también específicos. La controversia conllevará a menudo cuestiones de política pública y pondrá en entredicho la capacidad del Estado de reglamentar en favor del interés público, incluso cuando pueda perjudicar intereses particulares, en este caso los de una entidad extranjera. Una controversia puede convertirse*
- se fácilmente en una cuestión política para el Estado, pero también a nivel internacional, por ejemplo cuando se impugnan medidas ambientales o de emergencia para abordar una crisis financiera. Esto es aún más acusado cuando la cuantía de los fondos públicos en juego es elevada. Además, la tendencia reciente en el marco de los AII y de las normas sobre SCIE a aumentar la transparencia de las políticas de inversión facilita que la sociedad civil y otros grupos examinen los casos de SCIE y expresen sus preocupaciones.*
- *El derecho aplicable es también específico, ya que la controversia se rige por el derecho internacional y se basa en la violación de un instrumento internacional, que además constituye una de las fuentes del derecho internacional, a saber, un tratado de inversión.*
  - *Los recursos disponibles también son distintos. Contrariamente a los principios del derecho internacional y a las controversias ordinarias de orden jurídico, el sistema establecido para resolver las controversias entre inversores y Estados se basa en el arbitraje internacional como opción principal para el inversor extranjero perjudicado. La inmensa mayoría de los AII ofrecen al inversor extranjero, como elemento primordial de protección, la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional en el CIADI o al arbitraje ad hoc mediante el Reglamento de la CNUDMI. En ocasiones, los*

*All ni siquiera exigen recurrir a los tribunales nacionales del país receptor. También pueden encontrarse tipos similares de disposiciones sobre arreglo de controversias en contratos de concesión, planes de privatización, acuerdos de estabilización o contratos públicos ordinarios, con arreglo a las cuales las presuntas infracciones no se dirimirán en los tribunales nacionales sino ante un tribunal internacional.*

- *Otra peculiaridad de las controversias entre inversores y Estados, es que el tipo de relación entre los litigantes conlleva un compromiso a largo plazo, que a veces requiere una interconexión compleja entre las dos partes derivada de una situación de dependencia mutua. Por ejemplo, la población de un país puede depender de un inversor extranjero privado para la prestación de servicios públicos, mientras que el inversor habrá aportado un capital sustancial a la empresa cuyo rendimiento sólo será viable al cabo de varios años. En consecuencia, el inversor y el Estado pueden verse obligados a mantener una buena relación laboral a pesar de la controversia (UNCTAD, 2008a; Salacuse, 2007).*
- *Por último, las sumas en juego en las controversias entre inversores y Estados suelen ser muy elevadas, en promedio muy superiores a las de*

*los casos de arbitraje comercial. De ahí que las cuantiosas sumas de dinero que conllevan las controversias entre inversores y Estados constituyan a menudo una carga considerable para los gobiernos en cuestión (Salacuse, 2007)."*<sup>4</sup>

## 1.2 DESARROLLO HISTÓRICO

El arbitraje internacional como un mecanismo para resolver las disputas sobre inversiones, surgió como una alternativa ante la desconfianza de los inversionistas hacia los tribunales domésticos de los países anfitriones y la poca eficacia que, argumentaban, había demostrado la protección diplomática. Hasta 1959, año en el que se firmó el primer Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre Alemania y Pakistán, estas eran las dos únicas alternativas de un inversionista.

Una de las justificaciones utilizadas para ello, fue el resultado obtenido en el caso *Barcelona Traction*,<sup>5</sup> en donde la Corte Internacional de Justicia ante un reclamo presentado por el Gobierno de Bélgica para la indemnización de daños supuestamente causados a Barcelona Traction, Light and Power Company Limited por actos contrarios al derecho internacional cometidos por órganos del Estado Español, negó el reclamo a Bélgica al considerar que al ser la compañía de nacionalidad Canadiense, era al gobierno de Canadá a quien le correspondía amparar a su

<sup>4</sup>• CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Controversias entre inversores y estados: Prevención y alternativas al arbitraje*, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2010. pp. 9-11.

connacional y no se podía aceptar la intervención de Bélgica alegando la protección de derechos de los accionistas de la compañía. Para ello, consideró entre otras cosas lo siguiente:

- **El acceso a la justicia internacional sólo puede darse a través de la decisión discrecional del Estado del nacional que la solicita.-** La protección diplomática puede ser ejercida por un Estado por cualquier medio y en la cobertura que este considere adecuada, porque es el Estado el que está ejerciendo su derecho. Si las personas naturales o legales en cuyo beneficio interviene el Estado consideran que sus derechos no han sido adecuadamente protegidos, no tienen ningún recurso bajo el derecho internacional. El Estado es el único juez para decidir si otorga la protección y cuando interrumpirla. Tiene, en este punto, el poder discrecional para ejercerla.
- **Las entidades corporativas se someten a su jurisdicción doméstica.-** Los orígenes de la protección diplomática se encuentran estrechamente ligados al comercio internacional. Sin embargo, se han producido profundos cambios en la vida económica de las naciones que han dado origen a instituciones nacionales, mismas

que trascienden fronteras y han empezado a ejercer una influencia considerable en las relaciones internacionales. Uno de estos fenómenos está constituido por las entidades corporativas. Por ello, el derecho internacional ha tenido que reconocer a las entidades corporativas como una institución creada por los Estados en un ámbito esencialmente comprendido en su jurisdicción doméstica. Por lo que, cuando el derecho internacional debe tratar asuntos relacionados a ellas, debe referirse a la normativa nacional relevante.

- **Las compañías tienen una personalidad jurídica diferente a la de sus accionistas.-** El concepto y estructura de las compañías está fundada y determinada por una firme distinción entre la individualidad de la compañía y la del accionista, cada uno con un distinto cúmulo de derechos. La separación de los derechos de propiedad entre la compañía y el accionista es una manifestación importante de esta distinción.
- **El derecho de la compañía a reclamar un perjuicio no puede ser ejercido por el accionista.-** A pesar de la separación de las perso-

5• Corte Internacional de Justicia, Barcelona Traction, Light and Power Company Limited - Bélgica vs. España, 5 de febrero de 1970, párrafo 33. Texto español:

“Cuando un Estado admite que ingresen a su territorio inversiones extranjeras o nacionales extranjeros, sean estos personas naturales o jurídicas, está obligado a extenderles la protección de la ley y asume obligaciones concernientes al trato que ha de otorgarles. Sin embargo, estas obligaciones no son absolutas ni incondicionales. En particular, debe trazarse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado con respecto a la comunidad internacional como un todo y aquellas que surgen frente a otro Estado en el ámbito de la protección diplomática. Las primeras, por su naturaleza misma, conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, cabe considerar que [todos] los Estados tienen un interés legítimo en su protección; éstas son obligaciones erga omnes”.

nas societarias, un perjuicio a la compañía frecuentemente causa perjuicio a sus accionistas. Pero, el solo hecho de que el daño afecta tanto a la compañía como al accionista, no implica que ambos están facultados para reclamar una compensación. Desde el punto de vista legal la pregunta es si es legítimo identificar un ataque a los derechos de la compañía y el consecuente daño a los accionistas, con la violación directa de los derechos de estos últimos.

- **Solo el Estado del cual la compañía es nacional puede activar la protección diplomática.-** La normativa tradicional atribuye el derecho a la protección diplomática de una compañía al Estado, bajo cuyas leyes se constituyó y en cuyo territorio tiene su domicilio registrado. Si un acto ilegal es cometido en contra de una compañía de capital extranjero, la regla general de derecho internacional autoriza solo al Estado del cual es nacional la compañía a hacer el reclamo.
- **La protección a los accionistas requiere un acuerdo expreso entre el Estado y los inversionistas.-** En el presente desarrollo del derecho, la protección a los accionistas requiere que existan

estipulaciones específicas en los tratados o acuerdos especiales suscritos entre el inversionista y el Estado en donde la inversión se radique.

- **Otorgar protección diplomática a los accionistas de una compañía creará inseguridad jurídica.-** La Corte considera que la adopción de la teoría de dar protección diplomática a los accionistas como tales, abre la puerta a reclamos diplomáticos paralelos y podría crear una atmósfera de confusión e inseguridad en las relaciones económicas internacionales. El peligro será mayor en tanto las acciones de compañías con actividades internacionales son ampliamente dispersas y cambian frecuentemente de manos.

Con mayor precisión, la historia de la solución de disputas inversionista-Estado<sup>6</sup> puede detallarse en los siguientes momentos:

1. **Protección diplomática (Gunboat diplomacy):** Frente a una disputa en territorio del Estado anfitrión, los Estados de origen intervenían a favor de sus inversionistas<sup>7</sup>, pues tal como lo sostuvo la Corte Permanente de Justicia Internacional,

6• BISHOP Doak, CRAWFORD James y REISMAN Michael, Foreign Investment Disputes - Cases, materials and commentary, Kluwer Law International, 2005, pp. 2-7.

7• UNCTAD, Center for Settlement Of Investment Disputes, Course on Dispute Settlement International, New York and Geneva, 2003.

*“La protección diplomática es un método que se usa con frecuencia para la solución de diferencias relativas a inversiones. Requiere que el reclamo del inversionista reciba el apoyo de su país de origen y la persecución de dicho reclamo contra el Estado anfitrión. Este objetivo puede alcanzarse a través de negociaciones o litigios entre los dos Estados ante una corte internacional o un tribunal arbitral. Sin embargo, la protección diplomática tiene varias desventajas. El inversionista debe haber agotado todos los recursos locales en el país receptor. Además, la protección diplomática es discrecional y el inversionista no tiene ningún derecho a esta. La protección diplomática es también impopular con Estados contra los cuales se la ejerce y podría producir tensiones en las relaciones de los Estados en cuestión”*

la defensa de uno de sus ciudadanos constituía la defensa del Estado en sí mismo: “*Al asumir el reclamo de uno de sus ciudadanos y recurrir a la acción diplomática en su representación, el Estado está en realidad haciendo valer sus propios derechos, los de asegurar, en representación de sus ciudadanos, el respeto por las normas de derecho internacional (...).*”<sup>8</sup>

Esta protección diplomática perturbaba las relaciones internacionales entre Estados. Usualmente los países en vías de desarrollo eran víctimas de presión por parte de países industrializados que defendían a sus inversionistas. Esta presión se ejercía tanto a nivel bilateral como a nivel multilateral, a través de represalias económicas y otras prácticas de intimidación, comúnmente referidas como la “diplomacia de los cañones”.

**2. La Doctrina Calvo (1868):** El tratadista argentino Carlos Calvo, defendió la propuesta de que el Estado anfitrión reduzca la protección de propiedad extranjera, rechazó el tratamiento especial a la propiedad extranjera, negando por tanto el derecho a la protección diplomática. La Doctrina Calvo consideraba a esta última como “*una indeseable e incluso inadmisibles interferencia en los asuntos internos de un Estado.*”<sup>9</sup> Calvo abogaba por mantener el estándar de tratamiento a la propiedad de extranjeros asociada a la legislación

nacional de un Estado, de tal manera que si el Estado reduce protección para propiedad privada nacional, puede también reducir protección para la propiedad de extranjeros.

La Doctrina Calvo, ganó mucha popularidad en Latinoamérica a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, como una reacción a las medidas coercitivas, de intimidación o inclusive de amenaza del uso de la fuerza hecha por los países industrializados.<sup>10</sup>

Hasta mediados del siglo XX, la Doctrina Calvo ocupó un lugar importante como norma de derecho internacional y fue puesta en marcha por muchos Estados en las controversias con extranjeros. Tal es el caso de la Unión Soviética, que después de la Revolución Rusa de 1917, expropió propiedades de nacionales y extranjeros lo que produjo una serie de demandas internacionales, entre las que se destaca el arbitraje iniciado en su contra por la empresa británica Lena Goldfields, Ltd. En este proceso el concepto de tratamiento nacional para extranjeros, en la manera concebida por la Doctrina Calvo, fue usado como un argumento de defensa del Estado soviético.

**3. Convención Drago-Porter (1907):** Impuso limitaciones al uso de la fuerza militar para la recuperación de deudas públicas.

<sup>8</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional, Concesiones Palestinas Mavrommatis, Grecia c. Reino Unido, 30 de agosto de 1924, Serie A, No. 2, pp. 12

<sup>9</sup> DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, pp. 233.

<sup>10</sup> UTAMBURINI, Francesco, *Historia y Destino de la “Doctrina Calvo”*: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?, Valparaiso, Rev. estud. hist.-juríd. n.24, 2002, <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005> consultado el 27 de julio de 2016.



4. **Post I Guerra Mundial:** Luego de la Creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, se presentaron ante ella tres importantes casos sobre inversión: Oscar Chinn, Chorzow Factory y Mavrommatis Palestine Concessions.<sup>11</sup>
  5. **Post II Guerra Mundial:** Las controversias sobre inversiones nacieron a partir de la imposición de los modelos socialistas en Europa del Este. La independencia de antiguas colonias y los procesos de nacionalización que emprendieron algunos países tanto en Europa Occidental como en el Medio Oriente y en América. Muchos fueron los intentos por regular las inversiones extranjeras en base a instrumentos internacionales no del todo exitosos como la Carta de la Habana o el Convenio Económico de Bogotá. Durante los años 50 muchos países, incluido Ecuador,<sup>12</sup> emprendieron en la suscripción de Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación, que, como lo sugiere su nombre, regulaban varias materias incluyendo derechos humanos, comercio y protección de inversiones. Durante esta década y la siguiente, la Corte Internacional de Justicia (ICJ) se declaró incompetente en varios casos sobre inversiones presentada ante ella.
  6. En 1966 entró en vigencia el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales (conocido como el Convenio de Washington), con el cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con el objeto de administrar controversias sobre inversiones existentes entre los Estados parte del Convenio y los nacionales de otros Estados. El CIADI fue creado específicamente para administrar este tipo de controversias. Fue en 1987 que el CIADI administró la primera disputa inversionista-Estado con base en un TBI.
  7. A la par, las décadas de los 60 y 70, marcaron el inicio de una nueva etapa en la protección a las inversiones, pues empezaron a suscribirse acuerdos internacionales sobre inversión, motivados fundamentalmente por el incremento de concesiones petroleras para países en desarrollo.
- Así, el primer tratado bilateral de inversión (TBI) fue suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959. A Alemania le siguieron luego el resto de países de Europa exportadores de capital. Los primeros tratados suscritos eran fundamentalmente con países de África y Asia. En la década de los 80, esto se extendió a países del Sudeste Asiático y Europa del Centro y del Este. Para la década de los 90, ingresaron a esta

11• Corte Permanente de Justicia Internacional, reclamo contra Bélgica por subsidios del gobierno Belga a empresas Belgas, en detrimento del negocio de transporte fluvial de Oscar Chinn, Oscar Chinn – ciudadano Británico, vs. Bélgica Ser. A/B No. 70, 12 de diciembre de 1934. Chorzow Factory: Alemania c. Polonia, (1927) P.C.I.J., Ser. A, No. 9. Corte Permanente de Justicia Internacional. Mavrommatis Palestine Concessions: Grecia vs. Reino Unido; Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924.

12• Ecuador suscribió Tratados Bilaterales de Amistad, Comercio y Navegación con: México, Brasil, Bélgica, Colombia, España, Nueva Granada, Perú, Bolivia, Chile, Estados Unidos, Gran Bretaña, Costa Rica, Francia, Guatemala, Países Bajos, Italia, Japón, Nicaragua, Suiza, Alemania Federal, Polonia, El Salvador y Venezuela.

lista de suscriptores varios países de América Latina.<sup>13</sup>

La década de los 90 vio nacer varios acuerdos referentes a inversiones:

- La Convención de Lomé suscrita entre la Comunidad Europea y Estados de Africa, el Caribe y el Pacífico.
- El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) suscrito entre el Gobierno de Canadá, el de los Estados Unidos Mexicanos y el de los Estados Unidos de América para crear una zona de libre comercio.
- El Tratado sobre la Carta de Energía ratificada por la Comunidad Europea y sus Estados Miembros.

En su reporte Anual sobre Inversiones del año 2015, la UNCTAD revela la vigencia de 3 276 acuerdos sobre inversiones.

### 1.3 EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Desde su origen, el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) fue considerado como un “paquete sistemático” acordado entre países en desarrollo y desarrollados que han buscado promover el derecho económico.

Desde un punto de vista teleológico, la protección a inversores extranjeros siempre se ha justificado como una forma instrumental de promover el desarrollo económico.

Las normas del derecho internacional de inversiones extranjeras pueden ser aceptadas como principios del mismo siempre que se basen en una fuente aceptada de derecho internacional público. Estas fuentes de derecho internacional público constan en el artículo 38(2) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.<sup>14</sup>

#### Tratados

Los tratados multilaterales son fuente del derecho internacional. Y en el ámbito de las inversiones han sido varios los tratados que se han referido a este tema aunque con éxito limitado.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) creada en 1995, instó un precedente en inversiones extranjeras que no fue acogido por todos los Estados, al contener principios favorables únicamente a países exportadores de capital y no a favor de países en desarrollo.

En los años 90, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) intentó

<sup>13</sup>• GRANATO, Leonardo, *Protección del Inversor Extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión, Argentina*, editado por Juan Carlos Martínez Coll.

<sup>14</sup>• SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2004. pp. 87

crear un Acuerdo Multilateral de Inversiones que no fue acogido por los países desarrollados y que generó el rechazo de algunas ONG, que por su parte sostenían que dicho proyecto solo consideraba los intereses de las corporaciones multinacionales.

Hasta el momento, la Convención de Washington en 1965 ha sido la más aceptada, aunque su naturaleza es eminentemente procedimental, pues institucionaliza el mecanismo de solución de controversias de inversiones a través del arbitraje.

A nivel regional, es preciso considerar el North American Free Trade Agreement (NAFTA) entre Estados Unidos, México y Canadá, que creó un marco de movimiento libre de inversiones entre los signatarios. El tratado prevé un mecanismo de solución de controversias entre inversionista-Estado.

Otro acuerdo multilateral importante, es el Tratado Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) para la protección y promoción de Inversiones Extranjeras, que protege únicamente a inversiones aprobadas, por tanto da apertura a un fuerte control regulatorio de las inversiones extranjeras.

En América Latina, el MERCOSUR ha emprendido en una serie de esfuerzos encaminados a la protección e incentivo de las inversiones. En el año 1994, se adoptaron los Protocolos de Colonia para Promoción y Protección Recíproca de

las Inversiones y el Protocolo de Buenos Aires sobre Promoción y Protección de las Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR, sin embargo ninguno de ellos entró en vigor. En el año 2010, mediante decisión 30/10 del Consejo del Mercado Común, se aprobaron las Directrices para la Celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR, dejando sin efecto los Protocolos de Colonia y Buenos Aires. En el marco de esta decisión se solicitó al Subgrupo de Trabajo N° 12 “Inversiones” una propuesta bajo las siguientes directrices:

1. El ámbito de aplicación será inversión extranjera directa en bienes.
2. Entre las obligaciones principales se deben establecer reglas de tratamiento nacional, transparencia, reglamentación nacional y personal.
3. Se debe determinar el alcance de disciplinas relativas a la protección en materia de expropiación.
4. Se definirá la modalidad de consignación de compromisos.
5. Se establecerá una modalidad de liberalización de las restricciones que se consignarán en una lista.
6. Se acordará una clasificación común para la consignación de compromisos.
7. El mecanismo de solución de controversias debe basarse en el modelo Estado-Estado, con base en el Protocolo de Olivos.
8. Se deben establecer las condiciones para la libre transferencia de capitales.

9. En relación a la entrada en vigor, se preverá la vigencia bilateral.

Igualmente, en el marco de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) se han dictado regulaciones relativas a inversiones, así:

*“La Comunidad Andina cuenta con un **Régimen Común de Inversiones**, aprobado mediante **Decisión 291**, que garantiza un tratamiento igualitario y no discriminatorio a los inversionistas extranjeros y otorga a los Países Miembros la libertad de definir sus políticas de inversión a través de sus respectivas legislaciones nacionales.*

*Asimismo, se ha establecido un régimen especial para las llamadas **Empresas Multinacionales Andinas (EMAs)**, que de acuerdo a la **Decisión 292** se definen como aquellas en las cuales al menos el 60% del capital social pertenece a inversionistas de dos o más países de la Comunidad Andina. A estas empresas se les otorga trato nacional en materia de compras públicas de bienes y servicios, el derecho a la remisión en divisas libremente convertibles de la totalidad de los dividendos que se distribuyan, el trato nacional en materia tributaria y el derecho a establecer sucursales en otros países miembros.*

*Otro aporte importante al fomento de la inversión en la Comunidad Andina, se encuentra*

*en la **Decisión 578** que establece el **Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal**. Dicho régimen se aplica a las personas domiciliadas en cualquiera de los Países Miembros, respecto a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. El objeto de la norma es evitar la doble tributación de unas mismas rentas o patrimonios a nivel comunitario. En ese sentido, las rentas sólo serán gravables en el País Miembro en que tales rentas tengan su fuente productora y los demás países que tengan potestad de gravar las referidas rentas, deberán exonerarlas.”<sup>15</sup>*

*Sin embargo, la práctica más común de tratados en materia de inversiones ha sido a nivel bilateral y ya últimamente multilaterales o regionales.*

Según el reporte Mundial sobre Inversiones editado por la UNCTAD, existen 3 276 acuerdos de Inversiones suscritos.<sup>16</sup>

En la década de los 90, el Ecuador suscribió 29 Tratados de Protección de Inversiones, de los cuales a esta fecha se encuentran vigentes 16. Una aproximación de aquellos que han servido de fundamento para los procedimientos arbitrales iniciados en contra del Ecuador, así como la aplicación que han hecho los Tribunales será abordado en el capítulo III de esta publicación.

15• <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=91&tipo=TE&title=inversiones> consultado el 27 de julio de 2016.

16• [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf) consultado el 27 de julio de 2016.

## Costumbre

Constituye una fuente de derecho internacional al expresar la *opinio juris* que ha sido aceptada como obligatoria por la comunidad internacional.

Asimismo, en esta categoría se encuentran las resoluciones emitidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que constituye en ‘derecho consuetudinario instantáneo’ al evidenciar el *opinio juris* de la comunidad internacional, misma que es acogida en áreas no tratadas por leyes nacionales; es decir, de manera supletoria.<sup>17</sup>

Las opiniones de expertos y árbitros individuales constituyen también una fuente subsidiaria del DII.

## Principios generales de derecho

El alcance de estos principios es más limitado que las fuentes anteriores. Los principios generales del DII se basan en los principios generales de derecho, tales como las nociones de enriquecimiento ilícito en expropiaciones, de derechos adquiridos y equidad. Si bien los principios generales de derecho aportan positivamente, se debe recordar el alto grado de subjetividad

al que están expuestos, al ser utilizados a priori para demostrar argumentos esgrimidos por las partes.

Los tribunales arbitrales tienden a utilizar comúnmente principios generales de derecho aplicables a contratos de inversión. Los principios generales han adquirido un rol formativo de las reglas en el área de protección a las inversiones extranjeras.

## Jurisprudencia

Las decisiones judiciales son fuentes subsidiarias del derecho internacional. A pesar de su subsidiariedad, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia y sus predecesores han tenido a lo largo del tiempo una alta influencia en la conformación de los principios generales de derecho.

Laudos arbitrales emitidos a partir de disputas de transacciones de inversiones extranjeras también contribuyen en la materia, sobre todo los laudos emitidos por tribunales institucionales entregan evidencia de posibles normas que podrían utilizarse para la construcción de normas de DII, aunque en estricto sentido no puede hablarse de jurisprudencia obligatoria.

17• Las resoluciones más acogidas de la ONU han sido: (i) Resolución de soberanía permanente sobre recursos naturales, en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (Resolución 1803 (XVIII) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1962; y, (ii) Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, Resolución 3281 (XXXIX) de 12 de diciembre de 1974.



# CAPÍTULO II

LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE  
INVERSIÓN (AII)

DESARROLLO HISTÓRICO

Antes del surgimiento y expansión de los AII y en particular de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, la protección a las inversiones provenía casi exclusivamente del derecho internacional consuetudinario marcado por varios momentos que van desde la prevalencia de la protección diplomática y el trato nacional, pasando por la aplicación de la Doctrina Calvo y terminando con la aplicación del estándar mínimo internacional.

Este último fue una reacción, sobre todo de los países industrializados, a la aplicación de la Doctrina Calvo cuyas críticas fundamentales sostenían que un estándar atado al derecho local podía cambiar bruscamente de un régimen con fuertes garantías a un régimen sin ninguna protección para el inversionista, quien además, es vulnerable a las reformas de legislación local al no participar en el proceso político interno del país anfitrión, sea a través de elecciones, consultas populares, participación en los procesos de reforma legal entre otros.<sup>18</sup>

Así, y de forma paulatina, las cortes internacionales de la época reconocieron que en virtud del estándar mínimo internacional, existen reglas independientes a las normas internas del Estado anfitrión que protegen a los extranjeros.<sup>19</sup> En

materia de inversiones, esas reglas se encontraban en la costumbre internacional.

La costumbre internacional, proporcionó las normas fundamentales que serían recopiladas más tarde en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Uno de los ejemplos más claros de un estándar mínimo internacional que ha sido integrado en la mayoría de TBI alrededor del mundo es el de la “fórmula Hull” para casos de expropiación.

La fórmula Hull fue desarrollada en 1938 por el entonces Secretario de Estado de Estados Unidos, Cordell Hull. En el contexto del proceso de nacionalización de la industria petrolera mexicana impulsada por el presidente Lázaro Cárdenas, El Secretario Hull, remitió una famosa carta diplomática a su contraparte mexicano en la que sostenía que las reglas del derecho internacional permiten la expropiación de propiedad extranjera, pero sujeta a la existencia de una compensación pronta, adecuada y efectiva. Desde entonces, la fórmula Hull ha sido generalmente aceptada bajo el derecho internacional como uno de los requisitos para que un Estado tenga la posibilidad de expropiar un activo sin incurrir en responsabilidad internacional.

18• Corte Europea de Derechos Humanos, *James & Otros vs. Reino Unido*, solicitud N°. 7601/76; 7806/77, 1986, párrafo. 63.

19• NACIONES UNIDAS, *Reports of International Arbitral Awards*, L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. Estados Unidos, U.S. vs. México, México General Claims Commission, 4 R.I.A.A. 60 (1926), 15 de octubre de 1926.



Aunque hoy resultan más comunes los tratados regionales que contienen capítulos sobre inversiones, en su mayoría, las normas que rigen las relaciones entre inversionistas y Estados receptores de inversión extranjera se han desarrollado a nivel bilateral.

Desde el año 1959 y hasta 1999, los Tratados Bilaterales de Inversiones (TBI) emergieron como los primeros acuerdos internacionales exclusivamente enfocados en el tratamiento de la inversión extranjera y la principal fuente de regulación de las relaciones inversionista-Estado. La atención de los países industrializados que impulsaban la suscripción de TBI durante dicho período (Alemania, Estados Unidos, Suiza, Francia, entre otros), se centró en incluir todos los estándares de protección que se podían desprender del derecho internacional consuetudinario.

Desde esa fecha hasta ahora ha sido mucho el camino recorrido e incluso vario los cambios que se han implementado en los AII producto de las circunstancias y desafíos económicos, políticos, sociales y tecnológicos que ha enfrentado el mundo.

<b>Década de 1950 - 1964</b> <b>Era de la infancia</b>	<b>1965-1989</b> <b>Era de dicotomía</b>	<b>1990-2007</b> <b>Era de proliferación</b>	<b>2008- hasta la actualidad</b> <b>Era de reorientación</b>
Nuevos AII: 37 Total de AII: 37 Nuevos casos de ADIE: 0 Total casos ADIE: 0	Nuevos AII: 367 Total de AII: 404 Nuevos casos de ADIE:	Nuevos AII: 2663 Total de AII: 3067 Nuevos casos de ADIE:	Nuevos AII: 410 Total de AII: 3271 Nuevos casos de ADIE:

### La UNCTAD en su Informe Mundial Sobre Inversiones 2015, al referirse a esta evolución identifica cuatro fases:

<b>0</b> <b>Total casos ADIE: 0</b>	<b>1</b> <b>Total casos ADIE: 1</b>	<b>291</b> <b>Total casos ADIE: 292</b>	<b>316</b> <b>Total casos ADIE: 608</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Surgen los AII (poca protección, no ADIE)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mejor protección y ADIE en los AII</li> <li>• Códigos de conducta para los inversionistas</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Proliferación de AII</li> <li>• Componentes de liberalización</li> <li>• Expansión de los ADIE</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Viraje de TBI a AII regionales</li> <li>• Disminución de los AII anuales</li> <li>• Salida y revisión</li> </ul>
<p>GATT (1947).</p> <p>Borrador Carta de La Habana (1948).</p> <p>Tratado que establece la Comunidad Económica Europea (1957).</p> <p>Convenio de Nueva York.</p> <p>Primer TBI entre Alemania y Pakistán (1959).</p> <p>Códigos de Liberalización de la OCDE (1961).</p> <p>Resolución de las NN.UU. Soberanía Permanente de los Recursos Naturales (1962).</p>	<p>CIADI (1965).</p> <p>CNUDMI (1966).</p> <p>Primer TBI entre Los Países Bajos e Indonesia (1968) que contiene mecanismo CIADI.</p> <p>Borrador del Código de Conducta de las NN.UU. sobre las transnacionales (1973-1993).</p> <p>Declaración de las NN.UU. sobre el establecimiento del NOEI (1974).</p> <p>Borrador del Código de Conducta de las NN.UU. sobre Transferencia de Tecnología (1974-1985).</p> <p>Pautas de la OCDE para empresas multinacionales (1976)</p> <p>Convención del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) (1985).</p>	<p>Pautas del Banco Mundial para el tratamiento de la inversión extranjera directa (1992).</p> <p>TLCAN (1992).</p> <p>Principios de inversión de la Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) (1994).</p> <p>Tratado de la Carta de la Energía (1994).</p> <p>Borrador del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones de OCDE (1995-1998).</p> <p>OMC (GATS, TRIM, TRIPS) (1994).</p> <p>Grupo de Trabajo de la OMC sobre Comercio e Inversión (1996-2003).</p>	<p>Tratado UE Lisboa (2007).</p> <p>Principios orientadores de las NN.UU. sobre Comercio y Derechos Humanos (2011).</p> <p>Marco sobre Políticas de Inversión de la UNCTAD (2012).</p> <p>Convención de las NN.UU. sobre Transparencia (2014).</p>
Movimientos de independencia	Nuevo Orden Económico Internacional (NOEI)	Liberalización económica y globalización	Viraje en el paradigma de desarrollo
<b>FUERZAS SUBYACENTES</b>			

Figura IV.1 - Evolución del régimen de AII

Fuente: UNCTAD

Nota: Los años en paréntesis se refieren a la adopción y/o firma del instrumento en gestión

### 2.1.1 ERA DE LA INFANCIA (FINALES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL HASTA MEDIADOS DE 1960)

Esta etapa se inicia con un cambio paradigmático en las relaciones internacionales, que se desarrolla en varios frentes; por un lado un impulso importante al arbitraje como una fórmula para la solución de controversias que se refleja en la suscripción de la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Nueva York) el 10 de junio de 1958; por otro lado, el tratado que establece la Comunidad Económica Europea en 1957, y una serie de procesos independentistas en las antiguas colonias africanas europeas, que plantea en los inversionistas en dichos países la problemática de la protección de sus inversiones bajo nuevos regímenes diferentes a los europeos.

*“En la primera mitad del siglo XX, el derecho internacional consuetudinario fue la principal fuente de normas jurídicas internacionales que regían la inversión extranjera. El surgimiento de una serie de importantes controversias de inversión entre inversionistas extranjeros y los países receptores después de 1945, demostró las considerables limitaciones de la protección otorgada conforme al derecho internacional consuetudinario y mediante el sistema de protección diplomático del Estado de origen y*

*desencadenó un movimiento que apuntó hacia la elaboración de tratados internacionales de inversión.”*<sup>20</sup>

Dentro de esta lógica se inicia el desarrollo del régimen internacional de protección de las inversiones con un nuevo tipo de instrumento, el TBI sui generis en tanto en cuanto escapa de la lógica original de los tratados en que las obligaciones adquiridas por los Estados solo pueden ser reclamados por estos y se incorpora un tercer interesado (el inversionista) que puede sustentar sus quejas sin tener que acudir para ello a su país de origen.

Durante este período se suscribió el primer TBI entre Alemania y Pakistán en 1959, así como *“el Tratado de 1957 que establecía la Comunidad Económica Europea incluyó la libertad de establecimiento y el libre movimiento del capital como pilares fundamentales de la integración europea. Otras experiencias iniciales incluyen el Código de Liberalización de Movimientos de Capital de la OCDE y el Código sobre Operaciones Corrientes Invisibles de 1961. (...) En términos de contenido, los TBI o AII se centraban en proteger de la expropiación y la nacionalización, pues los inversionistas de países desarrollados percibían la expropiación y la nacionalización como los principales riesgos políticos a la hora de invertir en los países en vías de desarrollo. En gran medida, esos TBI de primera generación eran similares al Borrador del*

20•Naciones Unidas, *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015*, New York y Geneva, 2015, Capítulo IV [Era of infancy (end of World War II until mid-1960s)], pp. 121 - 125, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf) consultado el 28 de julio de 2016.

*Convenio Abs-Shawcross de 1959 sobre Inversiones en el Extranjero, una iniciativa privada, y el Borrador del Convenio sobre la Protección de los Bienes Extranjeros de la OCDE (revisado y adoptado en 1967, pero nunca habilitado para su firma) (Vandevelde, 2010).<sup>21</sup>*

A este período corresponde la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencia CIADI, que se ha decantado como la cara más visible para la solución de las controversias inversionista-Estado. CIADI se creó en virtud del Convenio que entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y del que son miembros 144 países.

Este Convenio ha sido denunciado por Bolivia, Ecuador y Venezuela.

El 2 de mayo de 2007, Bolivia envió al CIADI la notificación por escrito de la denuncia de dicho país al Convenio. Ecuador, lo hizo el 6 de julio de 2009 y Venezuela el 24 de enero de 2012.

Y aunque en sentido estricto el CIADI es una institución de administración de procedimientos arbitrales, no ha sido ajeno a la serie de críticas y cuestionamientos que se hacen al mecanismo de

solución de controversias y al que sin duda obedecen estas denuncias, que por lo demás están previstas en el derecho internacional y en el mismo Convenio.

### 2.1.2 ERA DE DICOTOMÍA (MEDIADOS DE LA DÉCADA DE 1960 HASTA FINALES DE LA DÉCADA DE 1980)

*“Las protecciones a la inversión contenidas en los TBI se optimizan, mediante disposiciones añadidas sobre el arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados (ADIE). Al mismo tiempo, fracasan las iniciativas multilaterales por establecer reglas sobre las responsabilidades de los inversionistas.”<sup>22</sup>*

Este período estuvo marcado por el aumento de AII, llegando a 400 TBI a finales de la década de 1980. Estos instrumentos internacionales se firmaron principalmente entre Europa y países de África, Asia y América Latina. Sin embargo uedaron fuera de esta corriente, la Unión Soviética, Europa Central, China, India y Brasil.

Desde una perspectiva política-económica, dos factores sistemáticos fundamentales explican el incremento de los AII en este período:

21• *Ibíd.*, pp. 122. Texto original: “(...) Another landmark development was the establishment of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in 1965, providing a specialized facility for the resolution of investment disputes between investors and host States. In 1958, the New York Convention on the cognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards was concluded, facilitating the enforcement of international arbitral awards (...)”.

22• *Ibíd.*, pp. 122. Texto original: “(...) Investment protections in BITs are enhanced, including by adding ISDS provisions. At the same time, multilateral attempts to establish rules on investor responsibilities fail (...)”.

**Primero.-** El movimiento descolonizador provocó que los inversores y emprendedores sintieran no solo la presión de no contar ya con la protección legal de los países colonizadores, sino también con movimientos nacionalistas de parte de las nuevas élites económicas de las ex-colonias.

**Segundo.-** La inversión se concentra en actividades extractivas y de procesamiento de materias primas.

Estos factores inciden en que los AII sean concebidos como instrumentos para proteger la propiedad privada de los inversionistas, protegiéndolos prin-

cialmente de la nacionalización o expropiación de sus inversiones.<sup>23</sup>

Los AII de este período recogieron con mayor frecuencia disposiciones sobre arbitraje para solucionar las diferencias entre inversionistas y Estados, hasta que este se convirtió en una disposición estándar de los TBI desde la década de 1990 en adelante.<sup>24</sup>

En 1987 se registra el primer caso de arbitraje CIADI bajo un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones, *Asian Agricultural Products Limited c. República Socialista Democrática de Sri Lanka*.<sup>25</sup>

23• YANNACA, *Katia*, *Arbitration Under International Investment Agreements, A guide to the key Issues*, Oxford University Press, 2010

24• Naciones Unidas, *Informe Sobre las Inversiones en el Mundo 2015*, New York and Geneva, 2015, pp. 121-125.

25• El arbitraje según los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio en América Latina. *Revista* N° 1 Jun.-Dic. 2004.

*“En 1983, Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL), una sociedad constituida en Hong Kong, se convirtió en accionista de una finca dedicada al cultivo de camarones en Sri Lanka. El 28 de enero de 1987, la armada de ese país lanzó una ofensiva militar contra toda instalación que se creía estaba siendo utilizada por el grupo rebelde Tamil, lo que causó un daño colateral significativo al cultivo. Como consecuencia de dicho ataque, AAPL alegó que el responsable por la pérdida total de su inversión era el Gobierno.*

*Previamente, en 1980, Sri Lanka había firmado un TBI con el Reino Unido —incluyendo el territorio de Hong Kong—, el Tratado entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de Sri Lanka para la Promoción y Protección de las Inversiones, que disponía en su artículo 8.1: “Cada Estado contratante se obliga a someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (...) para lograr una solución por medio de la conciliación o el arbitraje (...) de cualquier disputa de carácter legal que surgiera entre uno de esos Estados contratantes y un nacional, o una sociedad del otro Estado contratante relacionada con una inversión de cualquiera de estos últimos en el territorio del primero”.*

*Con base en esta disposición, AAPL inició de manera exitosa un procedimiento arbitral contra la República de Sri Lanka, ante el CIADI. De este modo, la compañía se convirtió en el pionero de los arbitrajes basados en los TBI al ser el primer demandante amparado bajo una cláusula arbitral de este tipo. El laudo emitido ordenó a Sri Lanka el pago de una compensación por no haber asegurado “plena protección y seguridad” a la inversión, como parte de las protecciones a la inversión previstas en el TBI”.*

### 2.1.3 ERA DE PROLIFERACIÓN (DÉCADA DE 1990 HASTA 2007)

Como consecuencia de la etapa anterior, el sistema de AII creció de manera exponencial al igual que los arbitrajes inversionista-Estado lo que permitió ver, ya en la práctica el verdadero alcance de estos instrumentos internacionales, pues sus disposiciones dejan de ser meras declaraciones y se convierten en obligaciones para los Estados, en muchos casos con alcances y contenidos no previstos o imaginados.

El número de los AII creció rápidamente y se convirtieron en instrumentos de política pública que, a criterio de muchos Estados les permitirían acceder no solo a los mercados mundiales sino también convertirse en receptores de los flujos internacionales de inversión. Aunque en la práctica esto no fue necesariamente cierto, países como China y la India multiplicaron la firma de AII al igual que muchos países latinoamericanos, entre ellos el Ecuador.

Al referirse a esta etapa, la UNCTAD en su informe de inversiones considera como acontecimiento histórico “*el establecimiento de la OMC en 1994, y los diversos convenios de la OMC que contenían reglas aplicables a la inversión extranjera (GATS, TRIM, TRIPS). En el mismo año, se firmó el Tratado de la Carta de la Energía. En la actualidad abarca más de 50 partes contratantes de Europa, Asia y Oceanía y uno de sus pilares es que contiene disposiciones detalladas sobre inversión. A nivel regional, los países firmaron el Acuerdo de Libre Comercio de*

*América del Norte (TLCAN) (1992) y adoptaron los Principios de Inversión no vinculantes del Foro de Cooperación Asia-Pacífico (APEC por sus siglas en inglés) (1994).”*  
(...)

*Si bien la inmensa mayoría de los TBI celebrados en este periodo cubrieron solo la fase posterior al establecimiento de la inversión, muchos Tratados de Libre Comercio (TLC) avanzaron un paso más e incluyeron en sus capítulos de inversión (y/o servicios) compromisos sobre tratamiento no discriminatorio del establecimiento de los inversionistas extranjeros como forma de facilitar el acceso al mercado. La década de 1990 también presenció el inicio de una movida hacia renegociar los TBI de la primera generación con el objetivo de mejorar todavía más la protección de las inversiones mediante la inclusión de elementos de protección que no existían. En 1990, se pronunció el primer laudo sobre una causa basada en un tratado, a esto le siguió una serie de nuevos casos durante la década de 1990 y un rápido aumento en la década de 2000.”*

Como datos históricos de esta etapa vale mencionar:

- En 1997, se registra el primer caso de arbitraje bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario, Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos.
- En 2001, se registra el primer caso de arbitraje CIADI bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía, AES Summit Generation Limited c. República de Hungría.

En esta etapa se desarrollaron una serie de reclamos arbitrales al amparo de estos tratados que incidirían después en un movimiento de reforma de los AII. Los países firmantes se dieron cuenta de que las provisiones de los Tratados, si no estaban bien definidas o tenían un contenido muy amplio, generaban obligaciones que no eran las originalmente esperadas a la firma de dichos instrumentos internacionales. Por su lado, los inversionistas ya no se conformaban con una protección de la inversión llana sino que requerían una adecuación a la globalización de la economía mundial en donde comercio e inversión se

complementan para competir en un mercado internacional globalizado.

Los TBI firmados por Ecuador, corresponden a esta segunda generación, así hasta el año 2007, Ecuador contaba con 27 acuerdos bilaterales de inversión. En 2008, se decidió dar por terminados 10 de esos acuerdos, ya que se determinó que los mismos no habían cumplido con su objetivo de promover las inversiones bilaterales. Asimismo, se iniciaron procesos para denunciar los restantes tratados. A la fecha, solo uno de ellos ha culminado todo el proceso in-



*Quito, 3-8 de diciembre de 2012, el Dr. Diego García Carrión durante la conferencia titulada “Las preocupaciones del Ecuador en torno al sistema de solución de disputas inversionista-Estado”, en el marco del curso avanzado sobre “La Nueva Generación de Políticas de Inversión y la Solución de Controversias Inversionista-Estado”, organizado por la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), con el apoyo de la Procuraduría General del Estado (PGE).*

terno, incluyendo la respectiva notificación a la contraparte y 16 se encuentran pendientes de concluir el trámite interno para su denuncia.

El ejercicio de la defensa estatal en los arbitrajes de inversiones ha permitido identificar los siguientes problemas en los TBI ya suscritos por Ecuador:

- Disposiciones ambiguas que han derivado en interpretaciones variadas, incluso contradictorias, que en muchos casos se han alejado de la intención de las partes suscriptoras respecto de conceptos tales como inversión, inversionista, protección y seguridad plena, entre otros.
- Procedimientos excesivamente extensos, tiempos demasiados largos, en algunos casos injustificados.
- Falta de un mecanismo de revisión de laudos, el recurso de nulidad es insuficiente al estar involucrados asuntos que van más allá de intereses comerciales.

#### 2.1.4 ERA DE REORIENTACIÓN (2008 HASTA LA ACTUALIDAD)

Esta etapa se encuentra caracterizada por dos tendencias. La primera, se refiere al creciente incremento de capítulos de inversiones dentro de acuerdos regionales de comercio y la liberalización de la inversión. La segunda, es la incorporación en los Tratados de Protección de Inversiones y en los

capítulos de inversión de los acuerdos regionales de comercio, de descripciones más detalladas de los estándares de protección, cláusulas de transparencia, protecciones a la salud, seguridad y ambiente, entre otras; así como de innovaciones al mecanismo de arreglo de disputas inversionista-Estado.

En referencia a la primera tendencia

Según el reporte de la UNCTAD<sup>26</sup> para finales de febrero de 2016, se han firmado más de 350 acuerdos regionales de comercio, dentro de los cuales se incluyen capítulos de inversión que no solo proveen protección a la inversión, sino que promueven fuertemente el derecho a que la inversión extranjera ingrese a la economía del país anfitrión. Mientras los tratados de protección de inversión son generalmente acuerdos de “post-establecimiento”, es decir, los derechos y garantías derivados del tratado solamente se concederán y podrán ser reclamados por el inversionista extranjero después que este haya establecido su inversión de conformidad con la legislación nacional del Estado anfitrión y parte en el tratado. Los capítulos de inversión en los acuerdos regionales de comercio son acuerdos de “pre-establecimiento”, es decir, que ciertos derechos y garantías derivadas del tratado se concederán y podrán ser reclamados por el inversionista extranjero, incluso antes que este haya establecido su inversión conforme a la legislación nacional del Estado anfitrión y parte del tratado.<sup>27</sup>

<sup>26</sup>• United Nations Conference on Trade and Development, *Investment Policy Monitor*, No. 15, March 2016, [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d01\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d01_en.pdf), consultado el 28 de julio de 2016.



La nueva generación de acuerdos de inversión incluye otorgar a los inversionistas extranjeros trato nacional y de nación más favorecida en relación al derecho a establecerse en el país anfitrión. Este derecho se regula a partir de listas negativas en donde los términos del acuerdo se aplican a todos los sectores y subsectores, excepto en aquellos para los que los países establecen reservas que buscan mantener regulaciones y normas que no concuerdan con las disciplinas del acuerdo; a este mecanismo se le añaden

dos anexos, uno de medidas disconformes esto es una lista de leyes existentes que son inconsistentes con una o algunas de las provisiones del acuerdo (con el efecto de que sólo estas sean aplicables y si se reforman sean para beneficio del inversionista) y el segundo anexo se refiere a medidas futuras que comprende una lista de las actividades económicas o sectores en donde las partes contratantes pueden mantener o adoptar medidas inconsistentes con una o varias de las obligaciones del acuerdo.<sup>28</sup>

27• CÁRDENAS, Andrés, La Peculiar Estructura del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Colombia y Japón: Seguridad jurídica para la inversión extranjera, 20 de Octubre de 2015, <http://demnegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-peculiar-estructura-del-tratado-bilateral-de-inversion-celebrado-entre-colombia-y-japon-seguridad-juridica-para-las-inversion-extranjera/> consultado el 27 de julio de 2016.

“Los Acuerdos de “pre-establecimiento” tienen una estructura más compleja que los de “post-establecimiento”, lo cual puede sintetizarse en los siguientes aspectos:

- *Los Acuerdos de “pre-establecimiento” establecen un mayor número de derechos y garantías al inversionista y sus inversiones con respecto a los que establecen los de “post-establecimiento”*

Tanto los Acuerdos de “post-establecimiento” como los de “pre-establecimiento” conceden las garantías generales de protección a la inversión extranjera, estas son: Trato Nacional, Trato de Nación más Favorecida, Trato Justo y Equitativo, Protección y Seguridad Plenas, Prohibición de Expropiación sin Indemnización, Compensación por Pérdidas, Libertad de Transferencias; en tanto que, los tratados de “pre-establecimiento” conceden adicionalmente las garantías de: Prohibición de Requisitos de Desempeño, y, Altos Ejecutivos y Juntas Directivas.

- *Los Acuerdos de “pre-establecimiento” contemplan medidas disconformes como excepción a los derechos que se conceden antes del establecimiento de la inversión, en tanto que los Acuerdos de “post-establecimiento” no las contemplan*

Las medidas disconformes concretan las manifestaciones anticipadas de los Estados sobre exclusiones a la aplicación del Trato Nacional, Trato de Nación más Favorecida, Prohibición de Requisitos de Desempeño o Altos Ejecutivos y Juntas Directivas durante la etapa de “pre-establecimiento” y en sectores económicos e industrias específicas. Las medidas disconformes se concretan en anexos al texto principal del tratado de protección de inversiones, los cuales contemplan de manera detallada estas exclusiones.

- *Los Acuerdos de “pre-establecimiento” establecen un Órgano Administrador del tratado, en tanto que esto no se contempla en los Acuerdos de “post-establecimiento”*

El Órgano Administrador de un Acuerdo de “pre-establecimiento” se compone de representantes de los Estados Parte y su función es resolver consultas sobre la interpretación y alcance del tratado que sean elevadas por los Estados parte. Los conceptos del Órgano Administrador, por regla general, son vinculantes para los tribunales de arbitraje internacional de inversión que se constituyen de conformidad al tratado.”

En este aspecto, en su reporte la UNCTAD establece que:

*“Aunque la elaboración de tratados bilaterales perdió mucho de su dinamismo, se aceleró la creación regional de AII. Eso es en parte reacción ante el fracaso para establecer reglas multilaterales de inversión con lo cual los enfoques regionales quedan como la “segunda mejor opción de solución”. Además, la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 activó la tendencia hacia intensificar y aumentar la elaboración regional de tratados de AII. Al transferir a la UE la competencia de la inversión extranjera directa de los Estados miembros de la UE, con posibles repercusiones para casi la mitad del universo de AII, el Tratado de Lisboa permite que la UE negocie AII con disposiciones posteriores al establecimiento (antes, los tratados de la UE cubrían solo las previas al establecimiento). Ejemplos de ello son el Acuerdo Integral Económico y de Comercio de Canadá y la Unión Europea (borrador CETA, 2014), el Tratado de Libre Comercio de la UE-Singapur y las negociaciones para la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión de la UE- Estados Unidos (TTIP por sus siglas en inglés) Fuera de la UE, existen negociaciones megaregionales en curso para la Asociación Trans-Pacífico (TPP), el Acuerdo de Asociación Regional Integral Eco-*

*nómico (RCEP) y las negociaciones para el Acuerdo Tripartito COMESA-EAC-SADC (capítulo III). Para la elaboración de tratados de AII, las negociaciones regionales e incluso megaregionales, ofrecen oportunidades de consolidar la red actual de tratados de múltiples facetas y capas. Sin embargo, sin una redacción detenida, también pueden crear nuevas incoherencias resultantes de la superposición con los acuerdos existentes (WIR14).”<sup>29</sup>*

El significativo incremento del número de disputas inversionista-Estado, ha tenido un impacto en el proceso de elaboración de los tratados de inversión. Así, las decisiones de los Tribunales Arbitrales han puesto en duda la legitimidad del mecanismo de resolución de disputas inversionista-Estado y del derecho internacional de inversiones, estas críticas se han concentrado específicamente en lo siguiente:

- Formulación amplia y vaga del concepto de inversión.- Casos como S.D. Myers contra Canadá<sup>30</sup> o Chevron contra Ecuador<sup>31</sup> ponen de manifiesto la interpretación extensiva dada por los Tribunales de este concepto, en el primer caso al determinar el Tribunal que el establecimiento de oficinas de ventas y el tiempo comprometido en ello constituye inversión, y en el segundo al sostener que a pesar de que las demandantes tenían lo que sería considerado como una inversión en Ecuador en sus actividades de

<sup>28</sup>• Las listas negativas fueron propuestas inicialmente en el modelo de TBI de los Estados Unidos, pero han sido usadas en otros acuerdos de Latinoamérica y Asia, como es el caso del capítulo de inversiones entre Chile y Corea del Sur.

<sup>29</sup>• Naciones Unidas. *Informe sobre las inversiones en el mundo 2015*, New York y Geneva, 2015.

exploración y extracción de petróleo desde 1960 hasta principios de 1990, los juicios que mantenía Chevron en Ecuador al relacionarse con la liquidación y el arreglo de reclamaciones relacionadas con la inversión formaban parte de la inversión y por tanto les era aplicable el TBI suscrito con EE.UU. A pesar de que dicho TBI entró en vigencia en 1997.



*Ginebra, Suiza, 16 de marzo de 2016, Palacio de las Naciones. Dra. Blanca Gómez de la Torre, Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje (PGE) en la Reunión Multianual de Expertos sobre Inversión, Innovación e Iniciativa Empresarial para el Fomento de la Capacidad Productiva y el Desarrollo Sostenible, Cuarto período de sesiones.*

- Formulación ambigua de los estándares de protección de los derechos de los inversionistas.- La redacción de estas cláusulas es tan ambigua que puede aplicarse virtualmente cualquier circunstancia que involucre una inversión.
- Superposición entre diferentes mecanismos de control e instituciones arbitrales.- La existencia de reclamos frívolos por parte de los inversionistas, los procesos paralelos y la búsqueda por parte de los inversionistas del foro más conveniente.
- Inconsistencia en las diferentes decisiones de los Tribunales.- Imprevisibilidad e incoherencia del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, al existir decisiones contradictorias sobre puntos similares de derecho y de hechos, como los casos Lauder.<sup>32</sup>
- Inequidad del régimen al defender la inversión por sobre los intereses no económicos y regulatorios de los Estados.
- Desbalance entre las obligaciones de los Estados que protegen intereses públicos y los derechos de los inversionistas que buscan la protección de su propiedad e inversión.
- La posibilidad de que sea sólo el inversionista quien pueda iniciar un arbitraje internacional.
- El reducido espectro del que se pueden escoger los árbitros en contraste con otros mecanismos internacionales de resolución de disputas.

Al respecto, la UNCTAD en su reporte ha establecido que:

*“La ‘fiebre de los AII’ de la década de 1990 disminuye gradualmente. Muchos países perfeccionan el contenido de los tratados. La exposición de los Estados a causas de arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados, la crisis financiera mundial, un cambio de paradigma hacia el ‘desarrollo sostenible’ y cambios importantes a niveles regionales marcan el inicio de una movida concertada hacia la reforma de los AII.*

(...)

*La experiencia Canadá y de Estados Unidos como demandados en los arbitrajes de inversión del TLCAN los llevó a crear, ya en 2004, nuevos modelos de TBI que apuntaron a aclarar el ámbito y el significado de las obligaciones de la inversión, que incluían el estándar mínimo de tratamiento y la expropiación indirecta. Además, esos nuevos modelos incluyeron texto específico que apuntó a dejar claro que los objetivos de la protección y la liberalización de la inversión de los AII no debe buscarse a expensas de la protección de la salud, la seguridad, el ambiente y la promoción de los derechos laborales reconocidos internacionalmente. Canadá y Estados Unidos*

*también incorporaron importantes innovaciones relativas a los procedimientos de arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados, como por ejemplo, audiencias abiertas, publicación de los documentos legales afines y la posibilidad de que partes fuera de la controversia presentaran escritos amicus curiae ante tribunales de arbitraje. También se incluyeron, después del TLCAN, regímenes especiales de protección sustantiva y solución de diferencias para inversiones en la industria de los servicios financieros, y también mecanismos especializados para las controversias de inversionistas basadas en medidas tributarias de países receptores. El Modelo de TBI de EE.UU. fue ligeramente modificado en 2012.*

*La crisis financiera y económica mundial que se produjo en septiembre de 2008, después de las crisis asiática y argentina ocurridas unos años antes, enfatizó la importancia de marcos regulatorios sólidos para la economía, incluida la inversión. El creciente descontento con el sistema existente de AII y su impacto en las facultades regulatorias de las partes contratantes para buscar los intereses públicos y mejorar el desarrollo sostenible, llevó a los países a reflexionar sobre las políticas relativas a los AII y a revisar y reconsiderar tales políticas.*

30• S.D. Myers, Inc. vs. Canada (“SD Myers I”), Reglas de la CNUDMI, Primer Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000.

31• Corte Permanente de Arbitraje, Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Corporation (EE.UU.) vs. Ecuador, Laudo Interino, 1 de diciembre de 2008, párrafo 180 – 189.

32• Estos casos involucraron una serie de hechos y medidas comunes sobre las que se alegaron interferencias inapropiadas por parte de la República Checa. En uno de ellos, el inversionista perdió el juicio, pero en el otro obtuvo un laudo a favor por más de USD 300 millones.

*El aumento en causas de arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados de 326 en 2008 a 608 causas conocidas a finales de 2014, en las que tanto países desarrollados como países en vías de desarrollo eran los demandados, contribuyó a ese cambio (UNCTAD, 2015). Además, las controversias de inversión se volvieron más complejas y plantearon cuestiones jurídicas difíciles sobre la línea límite entre las actividades regulatorias del Estado y la interferencia ilícita con los derechos del inversionista, por lo cual se debía pagar una indemnización. A medida que aumentó drásticamente la cantidad de casos de arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados, también aumentó el monto de indemnización pretendida por los inversionistas en sus reclamaciones y otorgado por los tribunales arbitrales en una serie de casos muy destacados.*

*Por consiguiente, los gobiernos han entrado en una fase de evaluar los costos y los beneficios de los AII y de reflexionar sobre los objetivos y estrategias futuras respecto de esos tratados. También tienen un papel importante las crecientes críticas de la sociedad civil, por ello, varios países han iniciado el proceso de reformar los AII revisando sus modelos de TBI con miras a celebrar una “nueva generación” de AII y renegociar sus TBI existentes. Esta movida se basa en parte en el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (IPFSD por sus siglas en inglés) de la UNCTAD, que se elaboró para brindar guías para la reforma*

*de políticas de inversión a los niveles nacional e internacional, y que los países en vías de desarrollo y los países desarrollados están empleando cada vez más. Los países han comenzado a clarificar y “afinar” el significado de las disposiciones individuales de los AII, y a mejorar los procedimientos de arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados, con el objetivo de que el proceso sea más elaborado, predecible y transparente y de dar a las partes contratantes una función más sólida. Una mayor transparencia es también el resultado de las Reglas sobre Transparencia en el Arbitraje entre inversionistas y Estados por Tratados de la CNUDMI y el Convenio sobre Transparencia de las NN.UU.*

*Algunos, un grupo muchísimo más pequeño, han anunciado una moratoria sobre negociaciones futuras de AII, mientras que otros han escogido el enfoque más drástico de empezar a dar por finalizados los AII existentes. Unos cuantos países también han renunciado a ser miembros del CIADI (UNCTAD, 2010).<sup>33</sup>*

Estos cuestionamientos han provocado que la tendencia en los nuevos AII se concentre en:

- Detallar de manera más precisa en qué consiste el término inversión.
- Aclaración del significado de obligaciones claves como los conceptos de trato justo y equita-

33• Naciones Unidas, *Informe Sobre las Inversiones en el Mundo 2015*, New York y Geneva, 2015.

tivo, seguridad y protección plenas y expropiación indirecta.

- Preservación del derecho a regular de los Estados, a través de la limitación de los objetivos de promoción y liberalización de las inversiones frente a los objetivos de política pública como la salud, seguridad, identidad cultural, ambiente y los derechos de los trabajadores.
- Mayor transparencia entre las partes en el proceso de elaboración de normativa doméstica.
- Una reforma de los mecanismos de solución de controversias con énfasis en un mayor control por parte de los Estados contratantes sobre la interpretación de los términos del tratado y la posibilidad de crear Tribunales Permanentes para la resolución de conflictos, así como mecanismos de apelación.
- Aseguramiento de inversión responsable con la inclusión de específicas responsabilidades por parte de los inversionistas de contribuir positivamente al desarrollo de los países y de evitar impactos negativos con su actividad.

## 2.2 NUEVAS TENDENCIAS

### 2.2.1 LOS AII Y EL DESARROLLO SUSTENTABLE

La agenda de políticas internacionales ha marcado un hito en la necesidad de asegurar el desarrollo sus-

tentable de los pueblos, esto ha provocado un escrutinio cada vez mayor sobre el comportamiento de los inversionistas en relación a este objetivo. Al respecto, se exige cada vez más que los inversionistas cumplan con parámetros internacionales en relación a su comportamiento tales como “Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos de las Naciones Unidas”, la versión revisada de las “Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales”, “Los Principios para la inversión agrícola responsable” preparado por la FAO, el Banco Mundial, la UNCTAD y el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (IFAD). Adicional de esto, este escrutinio se extiende a los parámetros desarrollados por otras organizaciones internacionales y las propias políticas corporativas de las empresas.

Esto, sumado a las críticas sobre la actuación de los inversionistas en los países en donde desarrollan su inversión respecto al medio ambiente, derechos humanos<sup>34</sup>, entre otros marcando una tendencia donde las inversiones deben promover el desarrollo sustentable; por tanto, los AII solo podrán promover y proteger aquellas inversiones que vayan en esa línea.

Esto implica ampliar el esquema actual; es decir, no solo proteger a los inversionistas y sus inversiones sino también establecer obligaciones respecto del Estado receptor de la inversión.

*“Dicho de otra manera, se establecerán las obligaciones y los derechos de los inversionistas. No es poco razonable exigir, a cambio de la protección extraordinaria proporcionada por los*

*All y sus mecanismos de solución de diferencias inversionista-Estado, que los inversionistas respeten ciertas normas mínimas básicas de comportamiento aceptable, como la revelación total de sus prácticas pasadas, la celebración de consultas y la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente, así como otras difundidas prácticas de responsabilidad social institucional. También es concebible que los AII asignen obligaciones a los Estados de origen, de donde proviene la inversión, para asegurar que en último término los inversionistas puedan ser responsabilizados en el propio país por los pasivos generados en el exterior.”<sup>35</sup>*

Al respecto, el Grupo de Trabajo sobre Desarrollo y Medio Ambiente en las Américas, fundado en 2004 y organizado por el Global Development and Environment Institute de Tufts University, en mayo de 2008, ya sostenía que:<sup>36</sup>

*“Por lo tanto, no sorprende constatar que prácticamente todos los nuevos gobiernos electos en América Latina están repensando el rol que la IED debe cumplir en sus economías. Mientras algunos países están recién comenzando a tener este debate, otros han ido mucho más lejos y han nacionalizado firmas extranje-*

*ras. Sin embargo, la mayoría de los gobiernos están buscando una política más balanceada. Una conclusión inevitable de este informe es que nuevas políticas son necesarias. En base a las investigaciones mencionadas más arriba, creemos que se pueden derivar tres lecciones como principios para implementar políticas en este ámbito:*

*La IED no es un fin sino un medio para alcanzar un desarrollo sustentable, la simple atracción de la IED no es suficiente para generar crecimiento económico de una manera sustentable. Este informe muestra que incluso en los países que recibieron la mayor parte de la inversión en la región (Brasil, México y Argentina), la IED per se no generó los derrames ni el crecimiento económico sustentable esperado. La IED tiene que ser, entonces, concebida como parte integral de una estrategia de desarrollo destinada a mejorar los estándares de vida de la población de un país con el menor daño posible al medio ambiente.*

*Las políticas hacia la IED tienen que ser conducidas en paralelo con importantes políticas domésticas destinadas a aumentar la capacidad de las firmas nacionales y a proveer altos estándares de protección medioambiental.*

34• Casos emblemáticos del Ecuador: son Chevron III en donde la contaminación provocada por la petrolera se constituye en una de las mayores tragedias ambientales de la historia o el caso Copper Mesa en donde se constata el manejo de la inversión en contra de los derechos humanos de los pobladores.

35• COSBEY, Aaron, MANN, Howard, PETERSON, Luke Eric, VON MOLTKE, Konrad, *Investments and sustainable development*, IISD, International Institute for Sustainable Development, pp. 7.

36• [https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDI\\_WG\\_May08\\_Span\\_Full.pdf](https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDI_WG_May08_Span_Full.pdf) consultado el 25 de julio de 2016

*Hay numerosos ejemplos de políticas que están siendo discutidas o implementadas en América Latina con el objetivo de superar externalidades de información o coordinación, problemas de acceso al crédito y los desafíos de competitividad que enfrentan sus firmas locales. En este sentido, aprender de la experiencia asiática puede ser muy útil, ya que muchos países en esa región implementaron políticas industriales focalizadas en vincular empresas domésticas con EMN con el objetivo que las firmas nacionales se convirtieran en competitivas internacionalmente.*

*Los tratados internacionales, ya sea en la OMC o a nivel de los acuerdos regionales o bilaterales de comercio e inversiones, tienen que dejar a los países en desarrollo el espacio para implementar las políticas necesarias y así promover el desarrollo a través de la IED.”*

*El régimen emergente de reglas que gobierna la inversión actualmente, restringe la habilidad de los países en desarrollo de implementar algunos de los instrumentos de política que han sido efectivos para maximizar la contribución de la IED al desarrollo en Asia y en otros lugares del mundo. Actuando colectivamente bajo los auspicios de la OMC, los países en desarrollo han, logrado en gran medida bloquear propuestas que restringirían aún más el espacio para*

*desarrollar esas políticas. Sin embargo, el movimiento lento de las negociaciones internacionales ha llevado a una proliferación de acuerdos regionales y bilaterales entre países desarrollados y en desarrollo, donde los primeros tienen mucha menos capacidad de negociación y terminan aceptando un menor espacio para implementar políticas a cambio de obtener acceso a mercados importantes.”*

También otros países ya han orientado su política de inversiones al desarrollo sustentable. Uno de ellos es la India, cuyo Modelo de Tratado de Inversiones en su preámbulo establece:

#### **“Preámbulo**

El Gobierno de la República de la India y el Gobierno de la República de \_\_\_\_\_ (en lo sucesivo, **“La Parte”** en forma individual, o **“Las Partes”** en conjunto):

(...)

Con el propósito de armonizar los objetivos de las inversiones con el desarrollo sostenible y el desarrollo incluyente de las Partes”<sup>37</sup>

### 2.2.2 MAYOR PRECISIÓN EN LA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN

A efectos de evitar la definición ambigua y general existente en los AII se están dando las siguientes alternativas:

37• Texto original en inglés:

“Preamble The Government of the Republic of India and the Government of the Republic of \_\_\_ (hereinafter referred to as “The Party” individually or “the Parties” collectively): (...)



Por un lado, usar una definición de “lista cerrada” que consiste en una amplia pero determinada lista de activos tangibles e intangibles a ser protegidos, en lugar de una definición general. Esta opción ha sido originada en el TLCAN y seguida por otros países como por ejemplo en el Tratado de Libre Comercio entre Japón y México y/o en el modelo de TBI de Canadá.

Otra alternativa, ha sido cualificar la definición general con el auxilio de términos económicos; es decir, que la inversión debe incluir el concepto de la expectativa de una ganancia, utilidad o la asunción de un riesgo y la que se complementa con la explícita exclusión de una determinada cantidad de bienes. Tal es el caso del acuerdo celebrado entre Corea del Sur y Chile.

### 2.2.3 MAYOR PRECISIÓN EN LOS CONCEPTOS DE TRATO JUSTO Y EQUITATIVO, SEGURIDAD Y PROTECCIÓN PLENAS Y EXPROPIACIÓN INDIRECTA

En referencia a los conceptos de trato justo y equitativo, la tendencia es definir de manera precisa los términos llegando incluso al detalle.

Por ejemplo, en el acuerdo negociado entre los Estados Unidos y Australia se define al trato justo y equitativo como aquel que incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales civiles o administrativos de acuerdo con el principio del debido proceso vigente en los sistemas legales alrededor del mundo. En cuanto a la protección y seguridad plenas se establece que este implica la obligación de

proveer el nivel de protección policial requerida bajo el derecho consuetudinario internacional al que también se lo define de manera expresa.

En relación al término expropiación, los nuevos AII clarifican dos aspectos específicos: en primer lugar, explicitar que las obligaciones relacionadas con expropiación reflejarán el nivel de protección otorgada por el derecho consuetudinario internacional y en segundo lugar, complementar lo primero con guías y criterios para determinar si en una situación particular una expropiación indirecta se ha dado. Este ha sido el caso del acuerdo de libre comercio suscrito entre Estados Unidos y Chile.

### 2.2.4 PRESERVACIÓN DEL DERECHO A REGULAR DE LOS ESTADOS A TRAVÉS DE LA LIMITACIÓN DE LOS OBJETIVOS DE PROMOCIÓN Y LIBERALIZACIÓN DE LAS INVERSIONES

Los nuevos AII se refieren específicamente a la protección de la salud, el ambiente, la identidad cultural, la seguridad y los derechos laborales a través de lenguaje específico que defina claramente que dichos objetivos no pueden ser sacrificados a fin de promover y liberalizar la inversión. Algunos países como Canadá y Estados Unidos han incluido en sus modelos de TBI una serie de excepciones para preservar los objetivos de política pública referentes a estas áreas. Otros Estados, han optado por incorporar lenguaje explícito para la protección de estos objetivos públicos como es el caso del TBI entre Japón y Vietnam, en donde específicamente se menciona en su preámbulo tal reserva. En casos como el acuerdo de

sociedad económica estratégica del Pacífico, el TLCAN ha negociado acuerdos paralelos en ambiente y derechos laborales. Otros han reservado artículos específicos dentro de los tratados para establecer tal reserva como en los casos de Estados Unidos con Chile, con Perú o Corea del Sur con Chile.

### 2.2.5 MAYOR TRANSPARENCIA ENTRE LAS PARTES EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE NORMATIVA DOMÉSTICA

Otra tendencia en los nuevos AII es incorporar cláusulas con las que los Estados se obligan no solo a ser transparentes sobre las normativas vigentes en el país, sino también a involucrar a los inversores en el proceso de discusión de las normativas a ser implementadas por el país anfitrión. Estas disposiciones se encuentran incorporadas, por ejemplo, en el modelo de TBI de los Estados Unidos y de Canadá.

### 2.2.6 UNA REFORMA DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Los AII han planteado dos alternativas. La primera, se refiere a una reforma del actual mecanismo de solución de controversias de arbitraje internacional conservando su estructura básica y la segunda se relaciona a remplazar el sistema actual de arbitraje inversionista-Estado.

La primera alternativa, que inició en los años 2000, presenta diversas variables. Así, la propuesta pasa por mejorar la transparencia de los procesos

arbitrales como la adoptada por Canadá en su modelo de TBI; mecanismos para evitar reclamos frívolos como el recogido en el capítulo de inversión del Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos y Chile; la posibilidad de consolidar procesos arbitrales como se recoge en el capítulo de inversiones del Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre México y Japón; reducir los asuntos sometidos a arbitraje estableciendo que asuntos como servicios financieros o medidas tributarias serán interpretadas por una comisión integrada por autoridades designadas por los Estados contratantes como lo propone el acuerdo entre Corea del Sur y Chile; la introducción del requisito de acudir primero a las cortes domésticas como en el caso del TBI suscrito entre Perú y Alemania; la introducción de la posibilidad de apelación tal como lo contempla el capítulo sobre inversión del Acuerdo de libre comercio suscrito entre Estados Unidos y Perú que establece la posibilidad de que en tres años, a partir de la vigencia del acuerdo, las partes considerarán la posibilidad de constituir un organismo de apelación para la revisión de los laudos. Finalmente, de la intervención de terceros como en el caso del modelo de TBI de Canadá.

La segunda alternativa, por su parte, involucra la creación de una corte internacional permanente de inversiones, tal como lo propone la Unión Europea en el marco del Acuerdo Integral Económico y de Comercio de Canadá y la Unión Europea CETA, y en el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Vietnam.

## 2.2.7 ACUERDOS RECIENTES

### 2.2.7.1 ACUERDO CETA

El 26 de septiembre de 2014, la Unión Europea y Canadá concluyeron la negociación del Acuerdo Integral Económico y de Comercio de Canadá y la Unión Europea (CETA), sin embargo dicho acuerdo aún no ha sido ratificado.

Dicho acuerdo introduce innovaciones importantes, garantizando un alto nivel de protección de los inversores, preservando al mismo tiempo el derecho de los gobiernos para regular y aplicar sus objetivos legítimos de política pública, tales como la protección de la salud, la seguridad o el medio ambiente.

Con el Acuerdo CETA se busca, por medio de la definición y limitación de los estándares de protección, eliminar las ambigüedades que permitieron, en el antiguo sistema, abusos o interpretaciones excesivas. Así, el acuerdo tiene algunos elementos nuevos como omitir la inclusión de la cláusula paraguas, disposiciones que limitan el estándar de Nación Más Favorecida, entre otras.

Respecto al sistema de solución de disputas, se crea un mecanismo de corte de inversión independiente, que consta de un tribunal permanente y un

tribunal de apelación, con los que se busca llevar los procedimientos de solución de diferencias de una manera transparente e imparcial. Es así que, en virtud del acuerdo CETA, los casos serán escuchados por un tribunal permanente, en el que sus miembros ya no serán nombrados ad hoc por el inversionista y el Estado involucrados en una disputa, sino de antemano, por las partes en el acuerdo. CETA también crea un sistema de apelación similar al que se encuentra en los sistemas jurídicos internos, lo que significa que las decisiones del tribunal serán revisadas y revertidas en caso de un error de derecho.

Además, CETA establece normas más claras en el desarrollo de los procedimientos, incluyendo la transparencia de todos los documentos, los cuales estarán disponibles públicamente, al igual que lo estarán sus audiencias. Existen también innovaciones significativas con la introducción de rigurosos requisitos de calificación y normas éticas que busca que los miembros del Tribunal tengan la necesaria imparcialidad, experiencia y conocimiento para poder resolver los casos.

En suma, con este acuerdo se pretende la promoción y protección de la inversión, haciendo énfasis en el derecho de regular el interés público dentro de sus territorios.<sup>38</sup>

38• CETA, Summary of the final negotiating results, febrero de 2016, [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc\\_152982.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc_152982.pdf), consultado el 27 de julio de 2016; MEYER, Nils, Comments on Investment Protection under CETA: ¿Good or bad; new or old?, <http://ecologic.eu/sites/files/publication/2014/comments-on-investment-protection-under-ceta-2014-meyer-ohlendorf.pdf> consultado el 28 de julio de 2016.

### 2.2.7.2 ACUERDO TRANSPACÍFICO DE COOPERACIÓN ECONÓMICA

Este Acuerdo ha sido negociado desde el año 2006, originalmente por Chile, Brunei, Nueva Zelanda y Singapur, no obstante con el paso del tiempo, siete países más mostraron su interés en formar esta asociación, por lo que se iniciaron rondas de negociación con ellos para promover la suscripción de un acuerdo macro.

El 5 de octubre de 2015, concluyeron las rondas de negociación y finalmente el 26 de enero de 2016, el acuerdo fue suscrito por: Japón, Australia, Brunei, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur, Canadá, Estados Unidos, México, Perú y Chile.

El acuerdo consta de treinta capítulos, cuyo objeto es el de crear una plataforma a fin de que se integre económicamente la región de Asia y Pacífico. Se debe tomar en cuenta que los países que han suscrito el documento son diversos, es decir, poseen diferencias tanto culturales, lingüísticas, geográficas y lo más importante económicas. Sin embargo, se busca aprovechar las ventajas del comercio internacional con la participación inclusiva de los países suscriptores.

Si bien es cierto, la mayoría de los países que forman parte del Acuerdo transpacífico de Asociación Económica (TPP por sus siglas en inglés) tienen

acuerdos previamente pactados entre ellos, el acuerdo fue diseñado con la finalidad de que puedan coexistir con otros acuerdos comerciales.

El TPP, abarca de manera principal cuestiones relacionadas con el comercio, buscando actualizar y generar una nueva visión con relación a los enfoques tradicionales de los tratados previamente suscritos en la materia.

Una de las novedades que trae consigo el TPP, a diferencia del resto de acuerdos internacionales, es la inclusión de nuevas visiones del comercio, es por ello que existen cuestiones relacionadas con “(...) el internet, la economía digital, participación de las empresas de propiedad estatal en el comercio internacional y la inversión, la capacidad de las pequeñas empresas para aprovechar las ventajas de los acuerdos comerciales, entre otros.”<sup>39</sup> Asimismo, se busca establecer reglas uniformes sobre propiedad intelectual, y regulación del medioambiente.

En materia de inversión, los países que forman parte del TPP, adoptan un enfoque de mercado totalmente abierto a la inversión extranjera. Se incluyen definiciones de los estándares aplicables para la protección de las inversiones, incluyendo: el trato nacional, trato de la nación más favorecida, nivel mínimo de trato, prohibición de expropiación sin debido proceso y justa compensación, libre

39• Resumen Ejecutivo del Acuerdo de Asociación Trans-Pacífico, [http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Negotiations/Summary\\_TPP\\_October\\_2015\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Negotiations/Summary_TPP_October_2015_s.pdf) consultado el 27 de julio de 2016.

40• [http://www.sice.oas.org/Trade/TPP\\_Final\\_Texts/English/Chapter9.pdf](http://www.sice.oas.org/Trade/TPP_Final_Texts/English/Chapter9.pdf), consultado el 25 de julio de 2016.

transferencia de fondos relacionados con una inversión<sup>40</sup>, entre otros.

Por ejemplo, al referirse al trato justo y equitativo dispone en el artículo 9.6 (2) (a) que este “incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.

Este acuerdo adopta, en cuanto a “definición de inversión” el criterio de muchos AII, esto significa que contiene una lista indicativa a efectos de determinar los tipos de inversión que está protegida por el TPP. En cualquier caso, el capital de un inversionista de un país parte del TPP que se realice en el territorio de otro país parte, deberá tener ciertas características tales como el compromiso de capital u otros recursos en el territorio del país receptor de la inversión; la expectativa de obtener o generar ganancias o utilidades; o la asunción de un riesgo.

El TPP también subsana un tema que ha tenido varias repercusiones en el arbitraje internacional (como en el caso iniciado por Chevron en contra del Ecuador) y que tiene que ver con la vigencia del Tratado, al incluir el siguiente texto en el artículo 9.2 (3):

*“3. Para mayor certeza, este Capítulo no vinculará a una Parte en relación a un acto o hecho que tuvo lugar o a una situación que cesó de existir antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado para esa Parte.”*

Seguramente como resultado de la tendencia a buscar un balance entre los derechos y obligaciones del inversionista y el Estado, el TPP contiene disposiciones relacionadas con la subrogación<sup>41</sup>, relaciona la inversión con medidas sobre salud y otros objetivos regulatorios y lo relativo a la responsabilidad social corporativa, además de los anexos sobre el concepto de derecho internacional consuetudinario y expropiación directa e indirecta.

En el capítulo relacionado con la inversión, el TPP incluye también al arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias, con las siguientes alternativas:

- Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para CIADI.
- Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI.
- Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o
- Cualquier otra institución de arbitraje u otras re-

**41• El artículo 9.13 establece que:**

*“If a Party, or any agency, institution, statutory body or corporation designated by the Party, makes a payment to an investor of the Party under a guarantee, a contract of insurance or other form of indemnity that it has entered into with respect to a covered investment, the other Party in whose territory the covered investment was made shall recognise the subrogation or transfer of any rights the investor would have possessed under this Chapter with respect to the covered investment but for the subrogation, and the investor shall be precluded from pursuing these rights to the extent of the subrogation.”*

glas de arbitraje, siempre que exista acuerdo de las partes.

Las reglas previstas en el TPP con relación al arbitraje, establecen salvo acuerdo en contrario, que el Tribunal esté conformado por tres árbitros y que deberá decidir de conformidad con lo establecido en el acuerdo y las reglas aplicables del derecho internacional. En cuanto al proceso arbitral, se establecen salvaguardias procesales que incluyen la posibilidad de presentar escritos de *amicus curiae*, que el Estado demandado pueda contrademandar, escritos de partes no contendientes, se establece un procedimiento de revisión de un laudo provisional, reglas para evitar el reclamo en procedimientos paralelos, entre otras.

En conclusión, el TPP es considerado como un acuerdo que establece un nuevo estándar en cuanto al comercio internacional, toda vez que incluye en su texto disposiciones relacionadas con situaciones propias de la nueva generación y de la tecnología y las regula con la finalidad de asegurar una integración comercial y económica de los países miembros.

### 2.2.7.3 ASOCIACIÓN TRANSATLÁNTICA DE COMERCIO E INVERSIÓN DE LA UE-ESTADOS UNIDOS

En junio de 2013, los miembros de la Unión Europea otorgaron a la Comisión Europea la autorización para empezar una negociación de un acuerdo comercial y de inversión con los Estados Unidos. Los antecedentes de tal autorización descansan en algunos hechos: i) el mantenimiento de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) y ii) la creación bajo su auspicio, en el 2007, de un Consejo Económico Transatlántico<sup>42</sup> del cual saldrían las recomendaciones de un grupo de expertos en febrero de 2011 sobre la apertura de las negociaciones de un acuerdo comercial y de inversiones.<sup>43</sup> Luego de ello se efectuaron declaraciones políticas en apoyo de tal acuerdo; así, el Presidente Obama en su Discurso del Estado de la Unión del 12 de febrero de 2013<sup>44</sup> se refirió, a la posibilidad de dicho acuerdo y al día siguiente el Presidente de la Comisión Europea de ese entonces, José Manuel Barroso, anunció el inicio de las negociaciones<sup>45</sup> que, hasta la fecha, y

42• Comisión Europea, UE-EE.UU.: Consejo Económico Transatlántico, [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/transatlantic-economic-council/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/transatlantic-economic-council/index_en.htm); consultado el 8 de junio de 2014.

43• <http://www.hispaniccouncil.org/wp-content/uploads/PolicyPaper2THC.pdf>; consultado el 25 de julio de 2016.

44• <http://www.bbc.com/news/business-21439945>; consultado el 27 de julio de 2016.

45• <http://www.reuters.com/article/us-eu-us-trade-idUSBRE91C0OC20130213> consultado el 26 de julio de 2016.

46• Les Echos, *Critiques de l'arbitrage TTIP: de la transparence à la vacuité*, 28 de enero de 2015, <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-121643-critiques-de-larbitrage-ttip-de-la-transparence-a-la-vacuite-1087723.php> consultado el 28 de julio de 2016. Texto original: "Elle révèle une méfiance persistante envers le mécanisme d'arbitrage envisagé pour résoudre les litiges entre investisseurs et États, qui est soupçonné de partialité, d'opacité et d'interférer avec la liberté des États d'adopter les politiques qu'ils jugent appropriées dans des domaines fondamentaux, en particulier en matière de santé et d'environnement."

pese a tenerse un avance importante en los textos del acuerdo, no han terminado.

Al respecto, los resultados de la consulta pública de la Comunidad Europea realizados entre marzo y julio de 2014, mostraron una oposición casi unánime al mecanismo de arbitraje inversionista-Estado, “(...) *el cual se percibe como parcializado, poco transparente y limitativo de la libertad de los Estados para adoptar las políticas que juzguen apropiadas en cuestiones fundamentales, particularmente en materia de salud y medio ambiente.*”<sup>46</sup>

En este clima de desconfianza hacia el mecanismo de arbitraje internacional, así como la reticencia respecto del acuerdo manifestada por las grandes empresas tanto en Europa como en Estados Unidos, el Parlamento Europeo mediante resolución de 8 de julio de 2015 exigió reformar el sistema actual de arbitraje inversionista-Estado en los siguientes términos:

*“(xv) para asegurar que los inversionistas extranjeros sean tratados en una forma no discriminatoria al beneficiarlos con no mayores derechos que a los inversionistas locales y para reemplazar el sistema de solución de controversias con un nuevo sistema para resolver las controversias entre inversionistas y Estados que esté sujeto a principios democráticos y escrutinio, en donde los potenciales casos sean*

*tratados de una manera transparente por jueces profesionales independientes públicamente nombrados en audiencias públicas y que incluya un mecanismo de apelación, en donde se asegure la consistencia de las decisiones judiciales, la jurisdicción de las cortes de la Unión Europea y de los Estados miembros sea respetada y en donde los intereses privados no puedan menoscabar los objetivos de política pública; (...)*”<sup>47</sup>

De concretarse, sería innegable el peso económico que podría tener esta Asociación, no solo porque es un acuerdo amplio que versa tanto sobre materia comercial como de inversiones, sino porque además los participantes del mismo tienen un enorme peso sobre la economía mundial. Juntos, los Estados Unidos y la Unión Europea, representan globalmente el 45% del PIB, reciben el 32% de todas las importaciones y efectúan el 26% de todas las exportaciones,<sup>48</sup> y su importancia superaría incluso el ámbito económico siendo relevante en todos los temas que aborda, entre ellos la protección a las inversiones y su propuesta en relación al mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, que ya hoy es reveladora porque hace visible los “miedos europeos al arbitraje” y porque devela que las críticas hacia el sistema, que se creía que solo venían de los países en desarrollo que habían sido demandados, no son meras suposiciones sino realidades palpables. De implementarse el mecanismo de solución de

47• Resolución del Parlamento Europeo, 8 de julio de 2015, [http://www.ecamcham.com/site/cam/conferencias/2016/Transatlantic\\_Trade\\_and\\_Investment\\_Protection\\_Treaty\\_los\\_temores\\_europeos\\_al\\_arbitraje\\_Luis\\_Enrique\\_Graham.pdf](http://www.ecamcham.com/site/cam/conferencias/2016/Transatlantic_Trade_and_Investment_Protection_Treaty_los_temores_europeos_al_arbitraje_Luis_Enrique_Graham.pdf) consultado el 28 de julio de 2016.

controversias bajo este tratado, los tribunales que se constituyan serían considerados como entre los más importantes a nivel global.

El proyecto de acuerdo en el capítulo de inversiones, plantea que los demandantes/inversionistas, cumplan con varios pasos previos para el sometimiento de su demanda. Estos pasos previos no son equiparables al “periodo de enfriamiento” tradicional sino que el demandante tendrá que ser mucho más activo, ya que no solo exige el paso del tiempo en ánimo de negociar la disputa como requisito previo al inicio de su reclamo. Según el acuerdo, antes del inicio del procedimiento corresponde un proceso de negociación directa, identificado como “solución amigable”. Posteriormente un proceso de consultas, el cual sí es similar al “periodo de enfriamiento” ya que transcurridos seis meses desde su inicio se podría presentar una notificación de demanda, pero existe la particularidad de que si iniciado el proceso de consultas la parte que se considera afectada no presenta su reclamo dentro de 18 meses se entenderá que ha renunciado a presentarlo.

Por otra parte, se contempla el establecimiento de un “Sistema de Tribunales de Inversiones” que se aparta de la idea conceptual de arbitraje; pues, si bien los órganos que conocerán la demanda se designan como “Tribunales Arbitrales”, en realidad son tribu-

nales de primera instancia, cuya decisión, podrá ser revisada a su vez por un Tribunal de Apelaciones.

El texto del acuerdo atiende dos de las críticas más frecuentes al actual sistema de solución de controversias inversionista-Estado, esto es: i) La falta de una definición clara de inversión. ii) La inconsistencia entre las decisiones de los Tribunales Arbitrales.

En relación con la primera, considerando que nunca antes los Estados Unidos o la Unión Europea han pretendido incluir en sus acuerdos los elementos del test Salini, es por lo menos elocuente que ahora, en el texto borrador de la Asociación, se encuentre una definición de “inversión” que contempla algunos de los elementos mencionados por el dicho test. El borrador del acuerdo dice:

*“Inversión, significa toda clase de activos que tengan las características de una inversión, la cual incluye cierta duración y otras características como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o beneficio, o la asunción de riesgo.”<sup>49</sup>*

En relación con la segunda, esto es la inconsistencia que existe en las decisiones arbitrales en las que, pese a interpretar términos similares e incluso hechos similares, arriban a conclusiones

---

48• [http://ec.europa.eu/priorities/publications/eu-us-free-trade-one-year\\_es](http://ec.europa.eu/priorities/publications/eu-us-free-trade-one-year_es) consultado el 25 de julio de 2016

49• Proyecto de texto de la TTIP – inversión. Capítulo II Inversión. Definiciones específicas para la protección de inversiones, [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm); consultado el 28 de julio de 2016.



completamente distintas, el proyecto del acuerdo de asociación transatlántica aborda este problema de una forma innovadora, ya que se contempla la constitución de dos tribunales, uno de primera instancia y otro de apelación, cuyos jueces serían permanentes y con dedicación exclusiva, lo que garantizaría homogeneidad de criterios e interpretaciones, asegurando la ansiada consistencia y la formación de precedentes.

## 2.3 MODELOS TBI

La evolución que se acaba de describir ha derivado en los cambios que los países han implementado a sus “Modelos TBI” y cuya revisión puede mostrar las tendencias existentes en el mundo:

### 2.3.1 ESTADOS UNIDOS

El país creó su programa de Tratados Bilaterales de Inversión en 1977 y su primer modelo fue desarrollado en 1982. Este modelo fue reformado en 1994 e introdujo provisiones sobre transparencia.

Entre los años 2003 y 2004, el gobierno estadounidense buscó la revisión del modelo, para lo cual el 5 de febrero de 2004, publicó el borrador de un nuevo modelo de TBI que comprendía 36 artículos y cuatro anexos.

The American Journal of International Law (2004), explicó que ese modelo contenía disposiciones más detalladas sobre asuntos procedimentales tales como acceso a la solución de controversias inversionista-Estado (arts. 23, 24), transparencia

en leyes nacionales (art. 11) y sobre determinados estándares de protección tales como: estándar mínimo de protección (art. 5 y anexo A) y estándar de aplicación sobre expropiaciones (art. 6 y Anexo B). Finalmente, los artículos 12 y 13 reconocían lo inapropiado de promover inversiones mediante el debilitamiento o la reducción de la protección otorgada por la legislación nacional en materia laboral y ambiental.

La última revisión al modelo fue en el año 2012 y contiene disposiciones sobre la posibilidad futura de mecanismos de apelación y requiere de las partes procurar asegurar que cualquier mecanismo incluya provisiones en transparencia y participación pública.

Este modelo pretende encontrar un balance de intereses, facilitar y proteger las inversiones y a su vez, proteger la capacidad gubernamental de regular con fines de interés público (UNCTAD, 2016).

### 2.3.2 INDIA

KAVALJIT Singh & BURGHARD ILGE (2016)<sup>50</sup> explican que en julio de 2012, un grupo de trabajo del gobierno central empezó a trabajar en revisar el modelo de TBI de 1993, en el que se cuestionó la naturaleza y conveniencia de los tratados de inversión. La intención fue hacer de los tratados de inversión no solo instrumentos de protección al inversionista, sino una herramienta útil para promover metas de desarrollo, transparencia en acuerdos corporativos y prevenir prácticas de negocio no éticas, así como incentivar una buena conducta corporativa.

El nuevo modelo de TBI en el preámbulo, reconoce la promoción y protección de las inversiones conducentes a la estimulación de actividades de negocios de beneficio mutuo, al desarrollo de cooperación económica entre sí y la promoción del desarrollo sustentable.

En cuanto a la solución de controversias contiene disposiciones exhaustivas y establece claramente qué controversias pueden ser conocidas mediante arbitraje. Recoge el derecho del Estado a presentar contrademandas, regula el agotamiento de los recursos internos y el mecanismo de consultas, establece que los tribunales no tienen jurisdicción para reexaminar las decisiones administrativas o judiciales tomadas por las autoridades pertinentes del Estado anfitrión, establece los tiempos en los que inversionistas podrán demandar; contiene disposiciones respecto de conflictos de intereses y recusaciones.<sup>51</sup>

### 2.3.3 BRASIL

En los años 90 Brasil firmó TBI con 14 países, pero debido a la fuerte oposición política del Congreso y Poder Judicial, estos no se ratificaron ni entraron en vigencia. Así, Brasil se convirtió en una de las pocas economías sin TBI y sin un modelo de acuerdo de inversión.

Sin embargo, en 2013 se aprobó el modelo de Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inver-

siones (ACFI). En marzo de 2015 Brasil firmó el primer ACFI y se encuentran actualmente vigentes los acuerdos suscritos con Angola, Chile, Colombia, Malawi, México y Mozambique.

Este acuerdo busca cubrir las necesidades de los países importadores de capital como de los exportadores; establece que la inversión extranjera deberá establecer como beneficios la transferencia de tecnologías y la capacitación. Busca generar un impacto general de las inversiones del país de origen en el receptor, tal como el empleo de mano de obra local, todo mediante compromisos especiales, programas adicionales y acuerdos complementarios al tratado principal. Busca la mitigación de riesgos y la prevención de controversias mediante el intercambio periódico de información. A diferencia de los TBI tradicionales, los ACFI no permiten a los inversionistas iniciar procesos arbitrales contra un Estado; al contrario, contempla el arbitraje Estado-Estado.

*“Los tratados firmados por Brasil contemplan tres etapas sine qua non para la solución de controversias: en primer lugar, se exhorta a las Partes Contratantes a acudir a mecanismos no judiciales para la solución amistosa de la controversia[9], donde deberá nombrarse a un Defensor del Pueblo en cada Estado para que oficie como mediador[10]. En segundo lugar, si la solución amistosa falla, la situación deberá ser re-*

50• KAVAJIT Singh & BURGHARD Ilge, *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, Holanda, 2016.

51• Modelo TBI India, Capítulo 14.

*mitida a un Comité Conjunto creado por ambas Partes[11]. En tercer lugar, si la controversia no es resuelta ante dicho Comité, las partes podrán someter la misma a un Tribunal ad hoc o a una institución arbitral permanente si así lo decidiesen por mutuo acuerdo[12].*

*Resulta interesante que estos acuerdos no prevean un procedimiento o reglas específicas para la instancia de arbitraje internacional, lo que confiere un mayor grado de autonomía y flexibilidad al mecanismo, orientado a la recuperación del rol prominente del Estado, propio de la década de los setenta[13]. Este último hecho genera -en opinión del autor- dos consecuencias, a saber, las cuales motivaron el título del presente comentario: primero, el mecanismo de solución de controversias Estado-Estado constituye una readaptación de la regla de protección diplomática en la medida en que, como una prerrogativa del Estado y no un derecho del inversionista, solo se activa en circunstancias en las que el Estado -del cual es nacional el inversionista- considera que el Estado receptor de la inversión ha violado una disposición del TBI o alguno de sus intereses estratégicos. Segundo, aunque los TBI tienen la finalidad de proteger la inversión extranjera directa (IED) por medio de una serie de garantías jurídicas, la imposibilidad que tienen los actores privados de acudir al arbitraje deja en el plano*

*del voluntarismo y el interés nacional la protección del inversionista, lo que ha generado una serie de debates acerca de la efectividad jurídica de dichos acuerdos.”<sup>52</sup>*

Adicionalmente, los acuerdos contienen cláusulas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC), alentando a los inversionistas extranjeros a respetar la legislación del Estado anfitrión, en relación al medioambiente y derechos humanos.

En conclusión, los ACFI no solo buscan la protección a las inversiones e inversionistas, sino la coordinación entre agencias y facilitación de inversiones conforme a agendas temáticas sobre cooperación y observación de la legislación interna.

### 2.3.4 COLOMBIA

Colombia ha desarrollado un modelo TBI que incluye innovaciones interesantes. “*La primera otorga un mayor grado de discreción al Estado al desarrollar políticas públicas, al establecer que el solo hecho de que una medida cause efectos adversos en el valor económico de una determinada inversión no implica automáticamente expropiación. Además, surgida una controversia, se establece un plazo de 12 meses antes de que la disputa pueda ser llevada a arbitraje. La idea es alentar la mutua resolución de la controversia y*

52• ACCOLD, Academia Colombiana de Derecho Internacional, *Debate Global, Brasil y los recientes Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones: ¿un resurgimiento de la protección diplomática?*, 20 de diciembre 2015, <https://debateglobal.wordpress.com/> consultado el 28 de julio de 2016.

*evitar el recurso a mecanismos jurisdiccionales, pero además cuando el arbitraje es inevitable, permite preparar de manera más adecuada la defensa del Estado. Finalmente, el tribunal arbitral que conozca del asunto deberá cerciorarse que el reclamo no adolezca de manifiesta falta de fundamento (frivolous claims). Con estas medidas se evidencia una búsqueda de equilibrio de derechos y obligaciones tanto de inversionistas como del Estado”.*<sup>53</sup>

Según la información consignada por el Ministerio de Comercio de Colombia (<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6126>) están vigentes Acuerdos Internacionales de Inversión con: México, Chile, Guatemala, El Salvador, Honduras, Estados AELC, Canadá, Estados Unidos, España, Japón, Suiza, Perú, China, India y Reino Unido.

### 2.3.5 BÉLGICA

Bélgica ha suscrito tratados de inversión con algo más de 90 países, que son en su mayoría países en desarrollo o en transición. Su primer TBI fue firmado en 1964 con Túnez, para luego firmar con otros países asiáticos y africanos igualmente en desarrollo. En los años 80, luego del colapso del comunismo y la caída de la Unión Soviética, Bélgica empezó a suscribir TBI con países de Europa Oriental y en los 90 se expandió incluso a América Central y del Sur.

El modelo de TBI que se mantuvo sin modificaciones hasta 2002, seguía el modelo europeo tradicional, corto y sin mayores detalles. Contenía una amplia definición de inversiones, al igual que una prohibición a los gobiernos de discriminar las inversiones extranjeras a favor de las domésticas o de terceros Estados; requería a los gobiernos otorgar un trato justo y equitativo, obligaba al gobierno anfitrión permitir que los inversionistas extranjeros transfirieran fondos y repatrien capital; exigía una compensación pronta y justa por la expropiación de su propiedad y permitía a los inversionistas a buscar protección por daños alegados a través de la presentación de reclamaciones directas contra los Estados anfitriones mediante el arbitraje internacional.

El modelo de TBI de Bélgica de 2002 incluyó provisiones sobre derechos laborales y ambientales, y dejó de lado el modelo europeo tradicional previo. En la práctica, el TBI suscrito con Madagascar en 2005 contiene disposiciones sobre la relación entre protección de inversiones y protección de derechos laborales<sup>54</sup> y ambientales<sup>55</sup> (BERNASCONI-OSTERWALDER & JOHNSON, 2010)<sup>56</sup>, referencias sobre protección laboral y ambiental han sido también incluidas en las renegociaciones de los TBI con Corea en 2006 que reemplazó al de 1976 y el suscrito con la República Democrática del Congo en 2005 que reemplazó al de 1977.

53 • TANZI, Attila, ASTERITI, Alessandra, POLANCO, Rodrigo, TURRINI, Paolo, International Investment Law in Latin America, pp. 127

## 2.4 ESTRUCTURA DE LOS TBI

De manera general, los actuales AII y en particular los TBI establecen obligaciones para los Estados anfitriones y derechos para los inversionistas.

*“Las cláusulas de los AII no son uniformes mientras que algunos de los principales países de la OCDE tienen sus propios modelos preferidos de acuerdos, estos evolucionan constantemente, de manera que el acuerdo “estándar” de mediados*

54• Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones entre Madagascar y Bélgica, año 2005, Art. 6:

1. Reconnaissant que chaque Partie contractante a le droit de fixer ses propres normes de protection du travail et d'adopter ou de modifier en conséquence ses lois ad hoc, chacune des Parties contractantes veillera à ce que sa législation fixe des normes de travail conformes aux droits universellement reconnus des travailleurs énoncés au paragraphe 6 de l'Article 1 et n'aura de cesse d'améliorer lesdites normes.
2. Les Parties contractantes reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'assouplir la législation nationale du travail aux fins d'encourager les investissements. A cet égard, chacune des Parties contractantes veillera à ce qu'il ne soit pas accordé d'exemption ni dérogé d'aucune autre façon à ladite législation, pas plus qu'il ne soit offert de possibilité d'exemption ou autre dérogation aux fins d'encourager la constitution, l'entretien ou l'expansion d'un investissement sur son territoire.
3. Les Parties contractantes réaffirment leurs obligations en tant que membres de l'Organisation internationale du Travail ainsi que leurs engagements en vertu de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux du travail et de son suivi. Les Parties contractantes veilleront à ce que lesdits principes et droits universellement reconnus des travailleurs énoncés au paragraphe 6 de l'Article 1 soient reconnus et protégés dans leur législation nationale.
4. Les Parties contractantes reconnaissent que la coopération mutuelle leur offre des possibilités accrues d'amélioration des normes de protection du travail. A la demande de l'une des parties, l'autre partie acceptera que les représentants de leurs gouvernements se réunissent à des fins de consultations sur toute matière tombant dans le domaine d'application du présent article.

55• Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones entre Madagascar y Bélgica, año 2005, Art. 5.- Environnement

1. Reconnaissant que chaque Partie contractante a le droit de fixer son propre niveau de protection de l'environnement et de définir ses politiques et priorités en matière d'environnement et de développement, ainsi que d'adopter ou de modifier en conséquence ses lois ad hoc, chacune des Parties contractantes veillera à ce que sa législation garantisse un haut niveau de protection de l'environnement et mette tout en œuvre en vue d'améliorer constamment ladite législation.
2. Les Parties contractantes reconnaissent qu'il n'est pas approprié d'assouplir la législation nationale en matière d'environnement aux fins d'encourager les investissements. A cet égard, chacune des Parties contractantes veillera à ce qu'il ne soit pas accordé d'exemption ni dérogé d'aucune façon à ladite législation, pas plus qu'il ne soit offert de possibilité d'exemption ou autre dérogation aux fins d'encourager la constitution, l'entretien ou l'expansion d'un investissement sur son territoire.
3. Les Parties contractantes réaffirment les engagements auxquels elles ont souscrit dans le cadre d'accords internationaux en matière d'environnement. Elles veilleront à ce que lesdits engagements soient pleinement reconnus et appliqués dans leur législation nationale.
4. Les parties reconnaissent que la coopération mutuelle leur offre des possibilités accrues d'amélioration des normes de protection de l'environnement. A la demande de l'une des parties, l'autre partie acceptera que les représentants de leurs gouvernements se réunissent à des fins de consultations sur toute matière tombant dans le domaine d'application du présent article.

*del siglo XX es muy diferente del acuerdo “estándar” de hoy. El resultado es una trama compleja de acuerdos, con cláusulas que difieren incluso entre diversas partes en acuerdos con el mismo país.”*<sup>57</sup>

En muchos países esa evolución se ha visto plasmada en la adopción de varios modelos de TBI sobre todo en países desarrollados como Estados Unidos de América o Canadá.

Sin embargo existen, sin embargo, disposiciones comunes que recogen los estándares de protección de las inversiones extranjeras y constituyen las obligaciones de los Estados anfitriones.

En la mayor parte de AII, se recogen además “definiciones” que delimitan el alcance de estos acuerdos y se establecen los mecanismos de solución de controversias tanto entre las partes suscriptoras del acuerdo como con los inversionistas, nacionales del otro Estado suscriptor.

De manera general, los TBI tienen una estructura más o menos común y son instrumentos relativamente cortos.

El contenido general que se acaba de describir normalmente se distribuye en cuatro secciones:

#### 2.4.1 PREÁMBULO

En el preámbulo, las partes manifiestan las intenciones y los objetivos que desean lograr a través de la firma del tratado. A pesar de ser una sección que señala las aspiraciones de las partes y que no contiene derechos y obligaciones substantivos, el preámbulo resulta importante al momento de determinar el contexto del acuerdo. Según las reglas generales de interpretación establecidas en el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“la Convención de Viena”), los tratados deben interpretarse “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.<sup>58</sup>

De hecho, muchos tribunales, aunque no siempre de la mejor manera, han recurrido a los preámbulos para dilucidar el contenido sustantivo de las obligaciones asumidas a través de los TBI o para determinar el alcance preciso de las disposiciones jurisdiccionales.<sup>59</sup>

56• BERNASCONI, Nathalie & JOHNSON Lise, *Belgium’s Model Bilateral Investment Treaty: A review, 6.0 Provisions Specifically Addressing the Environment, Labour and Sustainable Development*, iisd, DesLibris, marzo de 2010, pp. 20. <http://deslibris.ca/ID/227320> consultado el 28 de Julio de 2016.

57• COSBEY, Aaron, MANN, Howard, PETERSON, Luke Eric, VON MOLTKE, Konrad, *Investments and sustainable development*, IISD, International Institute for Sustainable Development, pp. 9.

58• *Bilateral Investment Treaties 1995-2006, Trends in investments rulemaking*, United Nations, New York and Geneva, 2007.

En algunos casos sin embargo, contrariando el Convenio de Viena, los Tribunales han transformado las políticas reveladas en los preámbulos de los tratados de inversión en principios de derecho que pueden dar forma a la aplicación sustantiva de los estándares de protección de inversiones.<sup>60</sup>

*“El mandato del tribunal de tratados de inversión no es nada más ni nada menos que la resolución de una controversia específica entre dos litigantes o más. Un demandante pretende establecer un derecho individualizado a una indemnización por concepto de las acciones de un Estado de acogida, mismas que perjudican su inversión. Mientras que el Estado de acogida demandado puede reclamar un derecho individual para regular dicha inversión sin pagar una indemnización por concepto del daño en las circunstancias de la controversia particular. Ambos sujetos sostienen que sus pretensiones son coherentes con nociones de una norma de “trato justo y equitativo” o una “expropiación” en virtud del tratado. Los objetivos comunes que motivan a los Estados partes a suscribir un tratado de inversión, según se articula en el preámbulo del mismo, no pueden ser elementos determinantes para la resolución del tribunal respecto de pretensiones contradictorias sobre derechos individua-*

*lizados. Si bien no existe una norma de decisión particular para la aplicación, lo que es el caso habitualmente en un arbitraje de tratados de inversión, el tribunal debe buscar principios jurídicos. Por ejemplo, un tribunal motiva de mejor manera sus decisiones mediante una referencia al principio de cosa juzgada o expectativas legítimas, para otorgar contenido a la norma de trato justo y equitativo, en vez de acudir a una justificación basada en políticas públicas dirigidas a una “mayor cooperación económica” entre los Estados firmantes del tratado. Tal motivación es, casi siempre, insincera: el tribunal no se encuentra en condiciones de determinar si una interpretación específica de una norma de trato justo y equitativo surtirá “mayor cooperación económica” entre Estados partes contratantes. Por tanto, el invocar una política en base a motivaciones de un preámbulo para resolver una controversia concreta, a menudo conlleva una sustitución de argumentos motivados por un discurso especulativo.”<sup>61</sup>*

## 2.4.2 DEFINICIONES

La segunda sección de los TBI contiene las definiciones, particularmente de los conceptos de inversión e inversionista. Algunos TBI contienen cláusulas que definen el ámbito de aplicación del tratado.

59• DOUGLAS Zachary, *The International Law of Investment Claims*, Cambridge, Cambridge University Press. 2009. pp. 82-84.

60• *Ibíd.* pp. 83.

Ese es el caso del TBI Modelo de EE.UU. (2012), en el que se utiliza conceptos como el de “inversión cubierta”<sup>62</sup> y se definen aspectos como la aplicación en el tiempo (*rationae temporis*) del tratado y el grado de discreción de las partes en la admisión de ciertos tipos de inversión.

### 2.4.3 ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

La tercera sección de un TBI típicamente contiene los estándares substantivos de protección de inversiones e inversionistas. Los estándares típicamente incluidos en esta sección son: trato justo y equitativo, protección y seguridad, tratamiento nacional, nación más favorecida, garantías contra medidas arbitrarias y discriminatorias, garantías en caso de expropiación y garantías para la libre transferencia de pagos. Algunos TBI incluyen una “cláusula paraguas” que extiende la protección

otorgada por el tratado, inclusive a transacciones que no son propiamente catalogadas como “inversión” de acuerdo a la definición del termino en el tratado (por ejemplo, una diferencia de carácter contractual).

### 2.4.4 REGLAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS.

La cuarta parte de un TBI corresponde típicamente a las reglas para la resolución de disputas. La mayoría de TBI establecen dos tipos de procesos separados de resolución de conflictos.

El primero aplicable para disputas entre Inversionistas y el Estado receptor de la inversión, una de cuyas alternativas es un arbitraje ad-hoc o bajo las reglas del convenio CIADI. Este método de arbitraje inversionista-Estado incluye una oferta de arbitraje o consentimiento adelantado por parte del país receptor que se perfecciona al momento en que un in-

---

61• Ibid., pp.84. Texto original:

“(…) The investment treaty tribunal’s mandate is nothing more and nothing less than the resolution of a concrete dispute between two or more litigants. A claimant seeks to establish an individuated right to compensation for acts of the host state causing prejudice to its investment, whereas the respondent host state may assert an individuated right to regulate that investment without paying compensation for that prejudice in the circumstances of the particular case. Both litigants maintain that their arguments are consistent with the concepts of ‘fair and equitable treatment’ or ‘expropriation’ found in the treaty. The collective goals that motivated the contracting states to conclude an investment treaty, as articulated in its preamble, cannot be decisive in the tribunal’s resolution of the conflicting assertions of individuated rights. Where there is no specific rule of decision to apply, which is invariably the case in investment treaty arbitration, the tribunal should search for principles of law. For instance, a tribunal would be on safer ground by making reference to the principle of estoppel or legitimate expectations to give content to the fair and equitable standard of treatment, rather than appealing to the policy of achieving ‘greater economic cooperation’ between the contracting states to the treaty. Such an appeal is, more often than not, disingenuous: the tribunal is not equipped to assess whether a particular interpretation of the fair and equitable standard will achieve ‘greater economic cooperation’ between the contracting state parties and thus to invoke a policy based upon the preambular statements to resolve a concrete dispute is often to substitute speculative discourse for principled arguments.”

62• Artículo 2, *Ámbito de Aplicación, Modelo EE.UU. Tratado Bilateral de Inversión, Tratado entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de [País] En cuanto a la promoción y la protección recíproca de las inversiones de 2012.*



versionista con la correspondiente legitimidad inicia el arbitraje.

El segundo método de resolución establece un proceso de arbitraje para las disputas surgidas entre los Estados parte del TBI en cuanto a la interpretación de alguna sección del tratado.



# C A P Í T U L O   I I I

LA APLICACIÓN E INTERPRETACION DEL LOS  
TBI Y AII DENTRO DEL SISTEMA DE SOLUCION  
DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA ESTADO

LA EXPERIENCIA DE ECUADOR

La aplicación e interpretación de los AII y en particular de los TBI se ha convertido, con el paso de los años, en uno de los temas más discutidos del sistema de solución de controversias de inversiones, por las contradicciones de los tribunales al interpretar o aplicarlos, por la falta de precisión en cuanto a las obligaciones derivadas de cada uno de los estándares de protección. Las pocas certezas en cuanto a su contenido e inclusive las críticas poco alentadoras provenientes de la academia.

Es cierto que esta incertidumbre también es consecuencia de los textos que constan en cada uno de los acuerdos, que en su mayoría son absolutamente escuetos y que no reflejan la intención o los límites con los que los Estados los incluyen en los instrumentos internacionales.

A continuación, se analizan los estándares más representativos y que mayor aplicación han tenido, sobre todo en los casos de Ecuador, así como las decisiones arbitrales más relevantes en cada uno de ellos. La conclusión, sin embargo, parece ser siempre la misma: los textos de los AII deben ser más claros y detallados, estableciendo cuándo y bajo qué circunstancias se genera una responsabilidad para los Estados partes que pueda ser atribuida por un Tribunal bajo el amparo de un tratado.

Ya en la práctica deberían tomarse ciertas medidas:

- Dependiendo del estándar del que se trate, debería establecerse claramente quién tiene la carga

de la prueba y el valor que deben darse a las resoluciones administrativas o judiciales del Estado demandado.

- Incluir listas taxativas de las obligaciones de los Estados receptores de la inversión para cada uno de los estándares.
- Incluir las obligaciones que deben cumplir los inversionistas para poder alegar la protección de un determinado estándar.
- Incluir la forma de reparación que deberá ser aplicada cuando se viole cada estándar.
- Detallar qué actos y de qué instituciones o dependencias públicas generan responsabilidad internacional del Estado.
- Incluir una lista exhaustiva de los sectores o aspectos que el Estado excluye de la protección.

Afortunadamente, parece que esta es la tendencia general hoy en día, porque como ya se dijo los nuevos textos incluyen puntualizaciones y definiciones de cada uno de los estándares.

### 3.1 LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS Y LA VISIÓN DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES

Las reglas específicas para la interpretación de los tratados se encuentran recogidas en la Sección 3 de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. *“A primera vista, estas disposiciones no ofrecen ninguna ambigüedad y son claras en cuanto a su aplicación. La Corte Internacional de Justicia (CIJ), que es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas han reconocido que las normas de Viena son aplica-*

*bles en principio a la interpretación de Tratados*<sup>63</sup> pues a su juicio “*está bien establecido que las disposiciones sobre interpretación de Tratados contenidas en los Artículos 31 y 32 de la Convención refleja el derecho internacional consuetudinario pre existente, y por lo tanto puede ser (a menos que haya indicaciones particulares en contrario)*”<sup>64</sup> aplicados incluso a aquellos tratados que entraron en vigencia aún antes de la Convención de Viena o independientemente de si los Estados parte en una controversia la han suscrita o no.

A esta fecha, no puede hablarse de la existencia de un único criterio o un “patrón particular”<sup>65</sup> definido para la interpretación de los tratados, más aún con la existencia de un gran número de convenios bilaterales, regionales o multilaterales y también un sinnúmero de decisiones dictadas por tribunales arbitrales o por la misma CIJ.

Muchos Tribunales han optado por la aplicación de la regla general de interpretación establecida en el artículo

31 de la Convención de Viena.”<sup>66</sup> “Buena fe”, “sentido corriente de los términos”, “contexto”, “objeto y fin” del tratado como guías generales para su interpretación.

En este contexto, se incluye “todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado”.<sup>67</sup>

En otras ocasiones, los tribunales han acudido al mecanismo de interpretación complementario establecido en el artículo 32 del Convenio de Viena. Este artículo permite al tribunal investigar los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*) del tratado y las circunstancias de su preparación, pero únicamente (i) para confirmar el sentido que arroje la interpretación del tratado bajo las reglas del artículo 31 (no para contradecir aquel resultado) o (ii) para determinar el sentido del tratado cuando la aplicación del artículo 31 arroja un resultado ambiguo u oscuro, o conduce a un resultado absurdo o irrazonable.<sup>68</sup>

63• NWAIGBO, Onyeka. Vienna Convention On The Law Of Treaties And Interpretation Of Treaty In Investment Dispute Arbitration. pp. 4. Texto original en inglés: “At first glance, these provisions are not ambiguous, but rather, they are clear as to application. The International Court of Justice (ICJ) which is the principle judicial organ of the United Nations has recognized that the Vienna rules are in principle applicable to the interpretation of the treaties.”

64• NACIONES UNIDAS, Reports of International Arbitral Awards, The Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, 24 de mayo de 2005, párrafo 45. Texto original: “(...) It is now well established that the provisions on interpretation of treaties contained in Articles 31 and 32 of the Convention reflect pre-existing customary international law (...)”.

65• Ibid.

66• Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980, Viena, suscrito el 23 de mayo de 1969.

67• Ibid, Art. 31(2) (b)

68• Ibid, Art. 32(a) (b)

En definitiva hay dos corrientes:

- Una interpretación demasiado extensiva del TBI, que aplica los derechos del inversionista con toda su fuerza y de forma amplia e irrestricta y que lleva a la limitación de la soberanía del Estado para regular sus asuntos, como en el caso *Methanex v. Estados Unidos*.
- Una interpretación demasiado restrictiva que reduce la fuerza y las garantías de los inversionistas bajo el TBI y que fue aplicada por el Tribunal en el caso *SGS c. Pakistán*.

Esta situación ha derivado en una inseguridad jurídica a la hora de pensar en la aplicación de los tratados. Los tribunales de manera impredecible y como un vaivén, se han inclinado por varios métodos en muchas ocasiones sin una justificación objetiva para ello. Incluso se ha llegado al absurdo de interpretar una misma norma, tomando como base el método establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena para obtener conclusiones diferentes.

Pero lo más grave es el resultado de estas interpretaciones: mayoritariamente, y en ocasiones irrazonablemente, favorables a los inversionistas.<sup>69</sup>

Veamos algunos ejemplos de este vaivén interpretativo:

- En el caso *Enron c. Argentina* se privilegió exclu-

sivamente la aplicación del artículo 31 del Convenio de Viena

*“32. Además, la interpretación del Tribunal es acorde con las normas que rigen la interpretación de los tratados estipuladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El Artículo 31.1 de esa Convención estipula que “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. También el artículo 32 se refiere al recurso a medios complementarios de interpretación, incluidos “los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración”. No hay duda de que el tratado se celebró con la finalidad específica de garantizar los derechos de los inversionistas extranjeros y promover su participación en el proceso de privatización. En vista del texto explícito del tratado y de su finalidad y objeto, no resulta necesario recurrir a medios complementarios de interpretación, como los trabajos preparatorios, lo cual solo sería necesario si no hubiera suficientes elementos de interpretación en virtud de la norma estipulada en el Artículo 31 de la Convención.”<sup>70</sup>*

- En el caso *Plama c. Bulgaria* en el que el inversionista buscó ampliar el ámbito de la cláusula de nación más favorecida del TBI Bulgaria-Chipre

<sup>69</sup>• DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, p. 30.

<sup>70</sup>• CIADI, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de agosto de 2004, párrafo 32.

para utilizar un procedimiento de arbitraje establecido en otro TBI suscrito por Bulgaria. El tribunal tomó al preámbulo del TBI Bulgaria-Chipre como la base de su interpretación :

*“192. El “contexto” puede apoyar la interpretación de la Demandante ya que la disposición de NMF se establece entre las disposiciones del tratado relativas a la protección de la inversión sustantiva. Sin embargo, el contexto por sí solo, a la luz de los otros elementos de interpretación considerados en este documento, no persuaden al tribunal que las partes entendían esta interpretación. Y el tribunal no tiene ante sí pruebas de la historia de la negociación del Convenio Bilateral para convencerse de lo contrario.*

*193. El objeto y la finalidad del TBI Bulgaria-Chipre son: “la creación de condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de una de las Partes en el territorio de la otra Parte” (...). Estas declaraciones son innegables en su generalidad, pero son legalmente*

*insuficientes para concluir que las Partes en el TBI Bulgaria-Chipre tuvieron la intención de abarcar, con la cláusula NMF, acuerdos para arbitrar en otros tratados en los que Bulgaria (y Chipre) son Parte. En este caso, el Tribunal es consciente de la advertencia de Sir Ian Sinclair sobre “el riesgo de que poner un énfasis indebido en el ‘objeto y finalidad’ de un tratado alentará métodos de interpretación teleológicos, los que, en sus forma más extremas, inclusive negarían la relevancia de la partes”*

*194. El Tribunal no encuentra orientación en las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 31 de la Convención de Viena, ya que no existen hechos o circunstancias que apunten a su aplicación. Lo mismo ocurre con el párrafo 4 del artículo 31 de la Convención de Viena (“Un significado especial se dará a un término, si se demuestra que las partes tal fue la intención”)<sup>71</sup>*

Dentro de la fase de Jurisdicción, la defensa del Ecuador alegó ante el Tribunal su falta de competencia pues

71 • CIADI, Plama Consortium Ltd vs. Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, párrafo 192, 193 y 194.

Los textos originales en inglés son:

**“192.** The “context” may support the Claimant’s interpretation since the MFN provision is set forth amongst the Treaty’s provisions relating to substantive investment protection. However, the context alone, in light of the other elements of interpretation considered herein, does not persuade the Tribunal that the parties intended such an interpretation. And the Tribunal has no evidence before it of the negotiating history of the BIT to convince it otherwise.

**193.** The object and purpose of the Bulgaria-Cyprus BIT are: “the creation of favourable conditions for investments by investors of one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party.”(Preamble, see also title which refers to “mutual encouragement and protection of investments”). The Claimant places much reliance on the foregoing and on the Report of the Executive Directors on the ICSID Convention of 1965, according to which: “the creation of an institution designed to facilitate the settlement of disputes between States and foreign investors can be a major step toward promoting an atmosphere of mutual confidence and thus stimulating a larger flow of private international capital in those countries

### 3.1.1 LA EXPERIENCIA DE ECUADOR

*Ecuador ha sido también “testigo” y “víctima” de ese vaivén interpretativo.*

#### 3.1.1.1 CASO PERENCO: LOS TRAVAUX PRÉPARATOIRES



*La Haya, 10 de septiembre de 2013, Palacio de Justicia. Previa Audiencia Reconvencional de Perenco, Dr. Diego García Carrión junto a la Dra. María Claudia Procopiak (Dechert LLP).*

which wish to attract it” (Exhibit C60, at paragraph 9). The Claimant further relies on UNCTAD’s study “Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s” which contains language to the same effect (Exhibit C104 atp. 5). The Claimant also points to the Maffezini decision in which it is observed: “dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors, as they are also related to the protection of rights of traders under treaties of commerce”. Such statements are as such undeniable in their generality, but they are legally insufficient to conclude that the Contracting Parties to the Bulgaria –Cyprus BIT intended to cover by the MFN provision agreements to arbitrate in other treaties to which Bulgaria (and Cyprus for that matter) is a Contracting Party. Here, the Tribunal is mindful of Sir Ian Sinclair’s warning of the “risk that the placing of undue emphasis on the ‘object and purpose’ of a treaty will encourage eleological methods of interpretation[which], in some of its more extreme forms, will even deny the relevance of the intentions of the parties”

194. The Tribunal finds no guidance in the provisions of paragraphs 2 and 3 of Article 31 of the Vienna Convention, as there are no facts or circumstances that point to their application. The same goes for paragraph 4 of Article 31 of the Vienna Convention (“A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended”).”



la compañía Perenco no es “francesa” en el sentido del artículo 1(3) (ii) del tratado suscrito entre Ecuador y Francia e invocado por la compañía.

Ecuador argumentó que a la luz del texto del artículo 1(3)(ii) una compañía podría ser beneficiaria del TBI siempre y cuando estuviere “controlada por los nacionales de una Parte Contratante”:

3.- El término "sociedades" designa: //i) A toda persona jurídica constituida en el territorio de una de las Partes Contratantes, conforme a su legislación y que tiene en el mismo, su domicilio social; o, //ii) Toda persona jurídica controlada ~~directa o indirectamente~~ por nacionales de una de las Partes Contratantes, o por personas jurídicas que tengan su domicilio en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas conforme a su legislación.

*“Art. 1.- Para la aplicación del presente convenio:*

*3. El término “sociedades” designa: ii) Toda persona jurídica controlada por nacionales de una de las Partes Contratantes, o por personas jurídicas que tengan su domicilio en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas conforme a su legislación.”*

En aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados y al no hacerse una distinción respecto del control directo e indirecto, era claro que una compañía solo podía ser beneficiaria de la protección del TBI si el control era directo.

Esta conclusión fue apoyada por los travaux préparatoires del TBI. Efectivamente, el modelo en base al cual se iniciaron las negociaciones en 1986 distin-

guía el control como directo e indirecto. El texto era el siguiente:<sup>72</sup>

Como puede verse en la imagen, la mención de “directa e indirectamente” fue eliminada y así quedó la versión final del artículo 1(3) (ii), transcrito más arriba.

Más aún, cuando las partes decidieron extender los beneficios del TBI a un tipo indirecto lo hicieron de manera expresa, como al definir inversiones donde se estipuló expresamente que se consideraba tal a “todos los activos pertenecientes [possédés, de Propiedad] directa o indirecta de los nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes (...)”<sup>73</sup>.

El 12 de septiembre de 2014, el Tribunal Arbitral decidió que al referirse al control, el texto empleado por los Estados Contratantes es llano: “controlado” lo que a su criterio se refiere a directo e indirecto.

Es imposible entender, que el Tribunal haya concluido algo diferente al sentido literal de los términos en base a los trabajos preparatorios, que claramente y tal cual lo establece el Art. 32 de la Convención de Viena, solo podían confirmar la conclusión obtenida a la luz del sentido ordinario de los términos.

Con su decisión el tribunal forzó al Ecuador a litigar un procedimiento que claramente no debía

72• Trabajos preparatorios (Caso Perenco: Los travaux préparatoires) aportados por la compañía dentro del procedimiento arbitral en versiones español y francés con una traducción al inglés. Identificado dentro del arbitraje como CE 188 (Claimant’s Exhibit), pp. 6.

73• Ibid, párrafo 26.

existir y en el que a la fecha de esta publicación, el tribunal ya concluyó que el Estado es responsable de la violación de un TBI que ni siquiera ampara a la Demandante.

### 3.1.1.2 CASO ECUADOR-ESTADOS UNIDOS. INTERPRETACIÓN DEL TBI

En su mayor parte los AII y en particular los TBI contienen mecanismos de solución de controversias entre las partes contratantes, cuya estructura es similar al mecanismo previsto para las controversias inversionista-Estado; es decir, se prevé un período de negociación luego de lo cual se podría iniciar un arbitraje.

A través de este mecanismo, se dilucidan las controversias derivadas entre las partes, los Estados suscriptores, en relación con la aplicación e interpretación del tratado. Sea de paso, estas controversias no se han suscitado, salvo en el caso planteado por Ecuador en contra de Estados Unidos por la interpretación del TBI suscrito entre ambos Estados.

En general, los procesos de interpretación de tratados han sido escasos, como el del TLCAN o al no tener resultados positivos no han trascendido o quizá como en muchos otros temas, al no existir reglas claras respecto de estas disputas Estado-Estado muchos actores posiblemente no se arriesgan a un resultado imprevisible. Con base en la experiencia del Ecuador

en la disputa que respecto de la interpretación de una disposición del TBI surgió con EE.UU., en este momento se puede afirmar categóricamente que esos temores existen y son justificados.

A raíz de un laudo dictado en un arbitraje iniciado por las compañías Chevron-Texaco, en el cual el tribunal hizo una aplicación del artículo II (7) del TBI, el Estado ecuatoriano por no estar de acuerdo con la interpretación hecha por el tribunal respecto del estándar de medios efectivos, al amparo del artículo VII (2) del TBI, notificó a EE.UU. su intención de hacer una interpretación de este artículo para definir su alcance y los límites de su aplicación.

Esa interpretación era necesaria, a juicio de Ecuador, porque los tratados de inversión, al igual que los tratados en general, reflejan las obligaciones que los Estados adquieren y sus textos deben reflejar fielmente la intención de las partes para garantizar que el trato que se otorgue a sus respectivos nacionales y propiedades no sea inferior al estándar mínimo internacional.<sup>74</sup>

En esencia, esta experiencia puede calificarse como frustrante para Ecuador. Después de que el Ecuador notificara a los Estados Unidos, por escrito su intención de iniciar este proceso de interpretación y al no recibir una respuesta a su comunicación, en la que manifiesta cuál era su lectura del tratado, inició un proceso

---

74• J.C. Thomas, *Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators*, 17 ICSID R. - FOREIGN INVESTMENT L. J. 21 (2002), pp. 26.



*Quito, 15 de abril de 2015, sala de reuniones. Equipo de Asuntos Internacionales y Arbitraje, reunión de trabajo.*

arbitral bajo reglas CNUDMI, el 28 de junio de 2011.

Luego de constituido el tribunal y de haberse cumplido con el calendario procesal, en el que EE.UU. objetó la jurisdicción del tribunal, apenas un par de días antes de que se iniciara la audiencia de fondo, de manera abrupta, el tribunal dictó su laudo de jurisdicción declarándose incompetente para conocer la controversia planteada por el tribunal.

De manera decepcionante, en su laudo de 29 de septiembre de 2012, la mayoría del tribunal concluyó que las alegaciones del Ecuador no tenían ninguna relevancia práctica y que no existía ninguna contro-

versia entre Ecuador y EE.UU. puesto que este no había expresado una interpretación distinta a la de Ecuador.

Para la mayoría del tribunal, los problemas en el caso fueron entre Ecuador y la estadounidense Chevron, no entre Ecuador y los EE.UU. pues ninguna de las partes acusó a la otra de una violación del artículo II (7) del TBI. En criterio de la mayoría, la jurisdicción del tribunal bien podría existir en caso de surgir una controversia específica entre las partes.

No obstante, de manera contradictoria, el tribunal también estableció que si los EE.UU. se hubiesen

opuesto a los argumentos del Ecuador respecto del artículo II (7) o hubiese apoyado activamente la perspectiva del tribunal Chevron, el “resultado bien podría haber sido diferente aquí”.

El tribunal sostuvo que Ecuador no podía concluir que existía un desacuerdo con EE.UU. debido a su silencio ante el requerimiento de interpretación, pues a su juicio este silencio tenía una explicación alternativa, esto es que EE.UU. prefería no interferir con la decisión de un tribunal en el marco de un TBI independientemente de si esta fuese correcta o incorrecta.

También estos son temas que deben ser regulados en el marco de los AII porque entonces la posibilidad de una interpretación se vuelve algo etérea. La opinión disidente dictada por el árbitro Raúl Vinuesa es la mejor crítica a esta decisión, dentro de un procedimiento arbitral en el que claramente el tribunal se adhirió a la posición de EE.UU. a quien no le interesaba entrar en una discusión sobre el alcance del estándar de medios efectivos en razón de su situación como Estado demandando pero también por su calidad de país exportador de inversión.

El Profesor Vinuesa en los párrafos 36, 37 y 38 de su opinión disidente claramente establece que si una de las partes “deliberadamente no quiere aclarar el significado de un tratado” esto da la “posibilidad al otro Estado a recurrir al mecanismo acordado en el artículo VII del tratado; es decir, recurrir al arbitraje”.

Manifiestamente, el tribunal de este caso tomó una postura cómoda al aceptar simplemente y sin mayor explicación, la posición de EE.UU. de que si las partes de un tratado desean aclarar su significado, deben llegar a un acuerdo entre ellas mediante el proceso previo de consultas. Al aceptar la posición de EE.UU., el tribunal omitió considerar qué pasa si una de las partes no accede a ese proceso de consultas como lo hizo EE.UU.

### 3.2 COBERTURA DE LOS TBIs Y DEFINICIONES

A pesar de las reservas que hoy pueden generar los AII, es claro que son instrumentos utilizados por los Estados (no de todos, hoy quizá con mayor criterio y conocimiento que en décadas anteriores y por supuesto con las particularidades de cada uno) dentro de su política de desarrollo económico para promover, proteger y regular la inversión extranjera.

El ámbito de aplicación de estos acuerdos está definido en gran medida por los conceptos de “inversión” e “inversionista”.

#### 3.2.1 DEFINICIÓN DE INVERSIÓN

*“Los acuerdos de inversión a menudo definen la “inversión” de una manera que es a la vez amplia y abierta. Las definiciones más amplias abrazan todo tipo de activo. Incluyen, en particular, muebles e inmuebles, participaciones en sociedades (incluidas tanto la cartera como la inversión directa),*

los derechos contractuales (por ejemplo, acuerdos de servicio), propiedad intelectual, de propiedad y concesiones comerciales.

*Cada uno de estos tipos de inversión tiene diferentes implicaciones de desarrollo para los países de origen y receptores. Las partes en un acuerdo de inversión podrían por tanto no desear liberalizar, promover, proteger o regular todos los flujos de inversión de la misma manera o en la misma medida. Por ejemplo, las políticas de desarrollo económico de las partes del tratado pueden llevar a excluir de su cobertura determinados activos en un acuerdo de inversión en particular o tratar ciertos activos de manera diferente bajo el acuerdo.*<sup>75</sup>

Al revisar los acuerdos de inversiones (multilaterales o bilaterales) y los acuerdos de comercio que contienen capítulos de inversión, puede concluirse que existen cuatro maneras de abordar este tema:

- i. La definición basada en activos, se incluye una definición amplia de inversión: “cualquier clase de activos”, a la que sigue normalmente una lista no exhaustiva de ejemplos de “inversión”.
- ii. Una definición tautológica: “inversión es toda inversión”.
- iii. Una lista exhaustiva de aquello que constituye inversión.
- iv. Adoptando cualquiera de los métodos anteriores se establecen exclusiones de aquello que no se considera inversión.

Esta definición es fundamental a la hora de una controversia, pues en la medida en que una actividad económica, una transacción, un bien, un contrato, entre otros, sea considerada una “inversión” estará protegida por los estándares de protección incluidos en un TBI y los tribunales arbitrales conformados en virtud de la cláusula de solución de diferencias, podrán asumir competencia y tendrán jurisdicción *ratione materiae* para conocer de la controversia. “El hecho de que una transacción califique como una inversión puede significar la diferencia entre litigar un reclamo por incumplimiento de contrato contra un Estado en las cortes nacionales de este último o tener la posibilidad de llevar esta disputa a un tribunal internacional que decidirá en virtud del TBI relevante.”<sup>76</sup>

75• UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreement, Scope and definition*, New York and Geneva, 1999. Pag. 1. Texto original:

*“Investment agreements often define “investment” in a way that is both broad and open-ended. The broadest definitions embrace every kind of asset. They include in particular movable and immovable property, interests in companies (including both portfolio and direct investment), contractual rights (such as service agreements), intellectual property, and business concessions.”*

*“Each of these types of investment has different economic and development implications for home and host countries. The parties to an investment agreement thus may not wish to liberalize, promote, protect or regulate all investment flows in the same manner or to the same extent. For example, the economic development policies of treaty parties may call for excluding certain assets from coverage by a particular investment agreement or for treating certain assets differently under the agreement.”*

Como se ha visto los TBI y los AII no necesariamente son explícitos al momento de conceptualizar una inversión y esto en la práctica ha permitido que los tribunales tengan un alto grado de discrecionalidad y considerar ciertas circunstancias específicas del caso al momento de determinar si la transacción en cuestión se encuentra protegida como una inversión. Esta discrecionalidad ha generado inconsistencias en la interpretación del concepto de inversión.

Esta discrecionalidad se agrava aún más si se trata de un arbitraje bajo el convenio CIADI o si se trata de un arbitraje sometido a otras instituciones y a otros reglamentos o si se trata de un arbitraje ad-hoc.

*“Para aceptar la jurisdicción bajo el convenio CIADI, los tribunales usualmente han adoptado un enfoque doble: ellos consideran si hay una “inversión” tanto bajo el artículo 25 (1) de la Convención como bajo el acuerdo de inversión relevante llamado por algunos como un “enfoque de doble vía” o la “prueba de doble vía.”<sup>77</sup>*

En definitiva, bajo el convenio CIADI existen dos filtros que un inversionista debe pasar a la hora de determinar si una controversia puede o no ser conocida por un tribunal constituido de acuerdo a sus reglas. De hecho, han existido casos en los que los tribunales han declinado su competencia si no cumplen los criterios establecidos en el artículo 25 del convenio CIADI. Por ejemplo, en el caso *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD c. Malasia* el tribunal estableció que: *“Bajo la prueba de doble vía, la conclusión de que el Contrato satisfizo la definición de inversión bajo el TBI no podría ser suficiente para que este Tribunal asuma jurisdicción si el Contrato falló en satisfacer el criterio objetivo de “inversión” dentro del concepto del artículo 25.”<sup>78</sup>*

En los otros casos, arbitrajes ad hoc o bajo otros Reglamentos, la cuestión es de alguna manera más simple pues el TBI se convierte en el único elemento a base del cual se determina si la transacción, el contrato, la compañía, los bienes, y demás son o no una inversión.

<sup>76</sup> MASLO, Paul B., *Definition of Investment: Gatekeeper to Investment Treaty Arbitration*, 2011, Publicist, online Publication of Berkeley Journal of International Law.

<sup>77</sup> YANNACA, Katia, *Definition of Investment: An open-ended search for a Balance Approach*, Oxford University Press Inc., 2010, pp. 249.

<sup>78</sup> CIADI, *MALAYSIAN HISTORICAL SALVORS SDN, BHD vs. MALASIA*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión de Jurisdicción, 10 de mayo de 2007, párrafo 55. Texto original:

“(…) Under the double-barrelled test, a finding that the Contract satisfied the definition of “investment” under the BIT would not be sufficient for this Tribunal to assume jurisdiction, if the Contract failed to satisfy the objective criterion of an “investment” within the meaning of Article 25.”

Esto que a primera vista podría ser inofensivo, quizá puede ser usado por algún inversionista, que con cierta agudeza y si existen dudas sobre si su inversión entra o no en el concepto previsto en el convenio CIADI, optará por un arbitraje ad hoc porque seguramente las opciones de que un tribunal arbitral se declare competente serán mayores.

Ni la doctrina ni las decisiones arbitrales han logrado establecer al menos criterios mínimos a partir de los cuales puede definirse la “inversión”. El criterio establecido mediante el *Test Salini* (Caso Salini c. Marruecos), a pesar de dar luces sobre los requisitos de una inversión, no ha resuelto el problema y aunque han habido tribunales que han adoptado este criterio muchos también se han apartado de él.

Pero aún dentro de los tribunales CIADI existen al menos dos posturas en relación con la definición de inversión. Por un lado, se encuentran aquellos tribunales que consideran necesario identificar la existencia de ciertas características y concluir a partir de ellas la existencia de una inversión. Por otra parte, se encuentran aquellos tribunales que consideran innecesario hacer una definición de inversión a la luz del Convenio de Washington, porque este no incluye una y obedece a que cuando se discutía el convenio expresamente se la eliminó para que los países tuvieran la más absoluta libertad a la hora de definir el término en sus AII.

A continuación un detalle somero de esta situación:

**TEST SALINI - INCONSISTENCIAS EN INTERPRETACIONES DE TRIBUNALES <sup>79</sup>**

**Salini v. Marruecos:** El requerimiento de inversión debe ser respetado como una “condición objetiva”. Existen cuatro elementos que caracterizan a una inversión: **(i)** una contribución económica; **(ii)** una cierta duración de la ejecución del proyecto o contrato; **(iii)** participación en los riesgos de la transacción; y **(iv)** contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión.

**CASOS QUE HAN ADOPTADO/CONSISTENTES CON EL TEST SALINI**

**Joy Mining v. Egipto:** El Tribunal señaló que la medida en que se cumple con la fórmula de Salini es específica para cada caso, ya que depende de las circunstancias específicas de cada situación.

**Algunos tribunales sea en casos CIADI o en otros foros, han seguido el Test Salini, a saber:**

- Patrick Mitchell v. Congo.
- Bayindir v. Pakistán.
- Saipem v. Bangladesh.
- Noble Energy v. Ecuador.
- Kardassopoulos v. Georgia.
- Jan van de Nul v. Egipto.
- Helnan v. Egipto.
- Milicom v. Senegal.
- Ulysseas v. Ecuador.

**CASOS QUE HAN ADOPTADO UNA FORMULACIÓN MODIFICADA O DIFERENTE AL TEST SALINI**

**Abaclat v. Argentina:** Considerando que el criterio de Salini nunca fue incluido en la convención CIADI y que su aplicación es controversial ya que ha sido aplicado por los tribunales de maneras diferentes y en una medida diferente, este tribunal no encuentra suficiente mérito para seguir y copiar el criterio de Salini. El criterio de Salini puede servir para describir las características que ciertas contribuciones pueden o deberían tener. Sin embargo, no debería servir para crear una restricción, la cual ni la convención CIADI ni las partes contratantes de un TBI específico han intentado crear.

<sup>79</sup>• Extractos realizados por SABAHI, Borzu y DUGGAL, Kabir, *Notion of “Investment”*, 2014. Texto original en inglés.



**Alpha Projectholding v. Ucrania:** El convenio CIADI no define el término “inversión”. Dada la ausencia de esta definición, las dos partes se refieren a criterios ilustrativos desarrollados en varios laudos arbitrales, siendo el más notable el de *Salini v. Marruecos*. Sin embargo, los elementos del denominado *Salini Test*, que han sido aplicados por algunos tribunales de forma obligatoria y cumulativa (si una característica no está presente, la supuesta inversión se declararía fuera de la jurisdicción del CIADI), no se encuentran en el artículo 25 (1) de la convención del CIADI. Al utilizar el criterio de esta manera, aquellos tribunales han buscado una definición universal de “inversión” bajo la convención CIADI, a pesar de que los redactores y signatarios de la convención decidieron que no debería haber tal definición. Este tribunal no seguirá ese enfoque y no impondrá requerimientos adicionales a aquellos expresados en el texto del artículo 25 (1) de la convención CIADI y en el TBI.”

**Phoenix v. República Checa:** El tribunal señala que existen seis elementos en una inversión: (i) contribución en dinero u otros activos; (ii) una cierta duración; (iii) un elemento de riesgo; (iv) una operación realizada con el objeto de desarrollar la actividad económica del Estado receptor; (v) activos invertidos de acuerdo con las leyes del Estado receptor; y (vi) activos invertidos en buena fe. [Contrastar con el enfoque realizado por el tribunal en *Fakes*].

**Saba Fakes v. Turquía:** (La fórmula de tres criterios objetivos) El tribunal señala que existen tres elementos en una inversión: (i) contribución; (ii) una cierta duración; y (iii) un elemento de riesgo. Rechaza el elemento de contribución al desarrollo del Estado receptor (basado en el preámbulo del convenio CIADI) porque una inversión que se espera sea fructífera puede tornarse en un desastre económico pero aquellas inversiones no pueden quedar fuera del ámbito de aplicación de la convención por este motivo. También rechaza los elementos de buena fe (ya que no está contemplado en el texto del convenio CIADI) y de legalidad de la inversión (ya que estas condiciones deberían estar incluidas en el TBI). Este enfoque fue tomado también para los casos *KT Asia v. Kazhakhstan* y *Deutsche Bank v. Sri Lanka*.

**Pantechniki v. Albania:** Tribunal de un árbitro señaló que dos elementos que caracterizan a una inversión bajo el *Test Salini* (“una cierta duración” y “contribución al desarrollo del Estado receptor”) son inaceptablemente subjetivos. A pesar de que *Salini* hace un intento respetable para definir las características de una inversión, se incluyen elementos subjetivos que: (a) transforman a los árbitros en diseñadores de políticas públicas; y (b) incrementan la imprevisibilidad del CIADI para resolver estas disputas.

**Quiborax v. Bolivia:** “El tribunal estima que el elemento de contribución al desarrollo del Estado receptor es generalmente considerado como uno de las cuatro partes del conocido Test Salini. Pero, esta contribución podría ser una consecuencia de una inversión exitosa, no un requerimiento para la misma. Si la inversión fracasa, podría no producir una contribución al desarrollo del Estado receptor. Esto no significa que no es una inversión.”

**Biwater Gauff v. Tanzania / Anulación de Malaysian Historical Salvors v. Malasia:** Tanto el tribunal de Biwater como el Comité de Anulación en Malaysian Salvors señalaron que no existe base para aplicar el Test Salini en todos los casos y que no surge del convenio CIADI. Una aplicación rígida del Test Salini es problemática ya que se corre el riesgo de excluir a cierto tipo de transacciones. Estos tribunales recomendaron que el enfoque para el significado de “inversión” debe estar determinado en referencia al acuerdo entre las partes en lugar de una definición autónoma y estricta como el Test Salini.

**Inmaris v. Ucrania:** A pesar que varios tribunales han adoptado algunas o todas las características del Test Salini como una definición obligatoria y restrictiva para propósitos del convenio CIADI. Este tribunal considera que es apropiado dar deferencia a la articulación de los Estados parte en el instrumento de consentimiento (ejemplo: el TBI) sobre qué constituye una inversión.

**MCI v. Ecuador:** El tribunal señala que los requerimientos que fueron tomados en cuenta en algunos precedentes arbitrales para propósitos de determinar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como los elementos de duración y riesgo de la supuesta inversión) deben ser considerados como meros ejemplos y no necesariamente como elementos que se requieren para la existencia de una inversión.

**SGS v. Paraguay:** “Iría tan lejos como sugerir que cualquier definición de inversión acordada por los Estados en un TBI (o por un Estado y un inversionista en un contrato) debe constituir una inversión para efectos del artículo 25 (1). Los Estados parte en un TBI acuerdan proteger ciertos tipos de actividad económica, y cuando estos señalan que las disputas entre inversionistas y Estados relativas a aquellos tipos de actividades pueden ser resueltas a través de, arbitraje CIADI; aquello significa que los Estados creen que esas actividades económicas constituyen una “inversión” también en el contexto del convenio CIADI. [...] Un Tribunal debería tener razones muy fuertes para sostener que una definición de inversión mutuamente acordada no debe ser considerada.”

**Phillip Morris v. Uruguay:** “Los cuatro elementos constitutivos del Test Salini no constituyen requisitos jurisdiccionales con el efecto de que la ausencia de uno de estos elementos implicaría una ausencia de jurisdicción. Estos elementos son características típicas de inversiones bajo el convenio CIADI, no una “lista de requisitos legales obligatorios.” Como tales, estos elementos pueden ayudar a identificar, o excluir, en casos extremos, la presencia de una inversión, pero no pueden anular el concepto amplio y flexible de inversión bajo el Convenio CIADI, en la medida en que tal limitación no se encuentre en el TBI relevante (...)”

Existen también tribunales que, a pesar de no estar sujetos al convenio CIADI, han adoptado los criterios del Test Salini o lo suelen considerar. Por ejemplo, en el caso iniciado por la compañía norteamericana Ulysseas en contra del Estado ecuatoriano, el tribunal en su laudo de 12 de junio de 2012 afirmó que:

*“251. El tribunal comparte la opinión de la Demandada. Como muchos tribunales CIADI resolvieron, la concepción habitual de una inversión incluye varias características básicas, en particular: (a) debe comprender un aporte con valor económico; (b) debe realizarse durante un plazo determinado; (c) debe existir una expectativa de retorno de la inversión, sujeta a un elemento de riesgo; (d) debería contribuir al desarrollo de la economía del Estado receptor. Si bien la última condición ha sido objeto de críticas, las demás han sido generalmente aceptadas por otros tribunales y comentaristas en el ámbito del arbitraje en virtud de tratados de inversión. Independientemente de la definición de “inversión” en virtud del artículo I (1) (a) del TBI, estos factores influyen en la determinación del momento en el que la Demandante “invirtió”*

*en Ecuador en el sentido corriente y comenzó a invocar las expectativas legítimas que podría haberse formado.*

*252. Para que surja una “inversión” en este sentido, debe existir una transferencia efectiva de dinero u otro valor económico de un nacional (ya sea una persona natural o jurídica) de un Estado extranjero al Estado receptor mediante la asunción de algún tipo de compromiso que garantice la eficacia del aporte y su duración durante un período de tiempo. (...)”*

Y hay otros tribunales no CIADI que en cambio, han establecido claramente que los criterios establecidos en base al convenio CIADI no son aplicables, por ejemplo en el caso GUARACACHI AMÉRICA, INC. y otra c. El Estado Plurinacional de Bolivia, en el que el tribunal afirmó:

*“350. La Demandada citó el caso Quiborax v. Bolivia en apoyo del argumento que no existe ninguna inversión por intermedio de una participación accionaria si no existe ningún pago por esas acciones. Sin embargo, el tribunal ad-*

vierte que *Quiborax v. Bolivia* fue un caso ante el CIADI en el cual el tribunal decidió analizar si el “inversionista tenía una inversión de acuerdo a lo que dispone el artículo 25 de la Convención de Washington. De hecho, con respecto al TBI aplicable, el tribunal en *Quiborax* concluyó sin más detalles que “Bolivia no cuestiona que las Demandantes han hecho una “inversión” dentro del significado del TBI.”<sup>80</sup>

### 3.2.1.1 LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR

La amplitud que tienen los Tribunales a la hora de definir una inversión deriva también en una serie de interpretaciones que pueden considerarse desatinadas.

Ecuador ha experimentado esos desatinos pues a pretexto de definir si una inversión está o no cubierta por un TBI, se ha violentado otro principio que rige los Tratados Internacionales como es el de la irretroactividad.

Esto ha sucedido precisamente con la definición de inversión en el TBI suscrito entre el Ecuador y los EE.UU.

La definición de inversión se encuentra en el artículo I (1) a del tratado.

#### **“I. A efectos del presente Tratado:**

a. “Inversión “significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:

i) Los bienes corporales e incorporales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;

ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos;

iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;

iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a: las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras, los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano, los diseños industriales, las obras de estampado de semiconductores, los

80• Corte Permanente de Arbitraje, GUARACACHI AMERICA, INC. y RURELEC PLC vs. Bolivia, Caso CPA No. 2011-17, 31 de enero de 2014, párrafo 350. Texto original:

“350. The Respondent cited the case of *Quiborax v. Bolivia* in support of the contention that no investment exists through a shareholding if there is no payment for those shares. The Tribunal notes, however, that *Quiborax v. Bolivia* was an ICSID case where the tribunal decided to analyze whether the ‘investor’ had an investment under Article 25 of the Washington Convention. In fact, as regards the applicable BIT, the *Quiborax* tribunal concluded without further elaboration that ‘Bolivia does not contest that the Claimants have made an ‘investment’ within the meaning of the BIT’.”

*secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y*

*v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley”<sup>81</sup>.*

Como puede apreciarse la definición es bastante amplia, lo que ha dado lugar para que los Tribunales arbitrales de los casos MCI, Chevron II y III, hayan asumido competencia, contrariando todo principio legal, a pesar de que las inversiones se extinguieron antes de la vigencia del TBI.

El Tribunal en el caso MCI hizo la siguiente interpretación:

***“164. Para el Tribunal, la definición de inversión del artículo I (a) del TBI es amplia y abarca los derechos e intereses alegados por las Demandantes a las consecuencias del proyecto Seacoast que subsistieron como una inversión protegida después de la entrada en vigor del TBI, en cuanto, entre otros, a las alegaciones sobre los activos intangibles de las cuentas por cobrar y a la existencia de un permiso para operar. (El resaltado me pertenece).”<sup>82</sup>***

Es decir, que para el tribunal la existencia de una

inversión se configura por la subsistencia de cualquier consecuencia de la inversión, sea de la naturaleza que fuere (como unas cuentas por cobrar) o por la sola vigencia de un permiso que no tiene ningún efecto porque el proyecto y la inversión asociados a él ya no existen y dejaron de ser tales antes de la vigencia del TBI cuya protección se invoca. Así el tribunal asumió competencia sobre los reclamos de la Demandante.

Posteriormente en el año 2008, el tribunal que conoció del arbitraje planteado por la compañía Chevron en contra de la República del Ecuador, caso denominado como “Chevron II”, confirmó la posición de la petrolera norteamericana en el sentido que:

“181. Los Demandantes subrayan en sus presentaciones que la definición de “inversión” en el TBI es amplia y cubre “todo tipo de inversión.” Aparte de ser 181. Los Demandantes subrayan en sus presentaciones que la definición de “inversión” en el TBI es amplia y cubre “todo tipo de inversión.” Aparte de ser amplia en sus términos generales, la definición enumera una multitud de formas de inversión que están cubiertas. Primero estipula que cubre formas de inversión “tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión”. Luego da otra lista no exhaustiva de formas que puede tomar una in-

81• Tratado entre Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y la Protección de Inversiones, 27 de agosto de 1993.

82• CIADI, M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo Arbitral, 31 de julio de 2007, párrafo 164.

versión. La lista cubre, entre otras cosas, varios otros activos incorporeales y habla de una variedad de derechos, reclamaciones e intereses que un inversionista puede tener en ellos. Además, el artículo I (3) del TBI estipula que “ninguna modificación en la forma en que se invierten o reinvierten los activos alterará el carácter de los mismos en cuanto inversión. (...)”

***183. Tomadas juntas, las susodichas disposiciones indican al Tribunal que una vez que una inversión se ha establecido, el TBI tiene la intención de cerrar cualquier brecha posible en la protección de esa inversión mientras transcurre el tiempo y potencialmente cambia de forma. Una vez que una inversión se ha establecido, continúa existiendo y siendo protegida hasta***

***que su “enajenación” final haya concluido – es decir, hasta que se haya liquidado.***

*184. Las inversiones de los Demandantes se vendieron mayormente cuando transfirieron el derecho de propiedad en la concesión a PetroEcuador y sobre la conclusión de varios Acuerdos de Transacción con Ecuador. A causa de las reclamaciones monetarias pendientes, surgiendo directamente de las actividades de extracción y producción de petróleo bajo los contratos con Ecuador y su sociedad petrolera estatal, esas inversiones no estaban todavía, ni están completamente liquidadas. Estas reclamaciones se excluyeron de cualquiera de los Acuerdos de Transacción (R II. pár. 169 C II. pár. 40). Los Demandantes siguen manteniendo intereses subsistentes en su*



Washington D.C., 8 de mayo de 2015, sala de reuniones del Banco Mundial. El Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión con parte del equipo de defensa del Estado ecuatoriano en el proceso arbitral Chevron III: Eric Bloom (Winston & Strawn LLP), Eduardo Silva R. (Dechert LLP) y Ricardo Ugarte (Winston & Strawn LLP), durante el desarrollo de la Audiencia de Clausura.

*inversión original, pero en una forma diferente. Por esto, las inversiones de los Demandantes no han cesado de existir, sus juicios continuaron su inversión original pasada la entrada en vigor del TBI y hasta la fecha del comienzo de este arbitraje.”<sup>83</sup>*

Es decir, el tribunal aceptó competencia a pesar de reconocer que la inversión hecha por Chevron había concluido a la fecha de entrada en vigor del TBI con Estados Unidos y a pesar de reconocer que la compañía había interrumpido sus actividades en el Ecuador antes de este evento. El razonamiento del tribunal es ajeno a toda lógica: una inversión que ha concluido no puede por tanto subsistir, ni cambiar de forma, menos ser objeto de protección.

Igualmente en febrero de 2012, el Tribunal a cargo del arbitraje conocido como Chevron III, en su laudo de jurisdicción, también a partir de la definición de inversión del mismo TBI Ecuador-EE.UU. hizo una interpretación amplia asumiendo jurisdicción sobre una supuesta controversia que surgió luego de que la compañía terminara sus inversiones en el Ecuador y más todavía, con el agravante de que estas nunca estuvieron protegidas por este TBI que entró en vigencia luego de que la compañía terminara sus operaciones en el Ecuador.

*“4.32 El tribunal opina que, como ya decidió anteriormente en cuanto al amplio alcance de la interpretación de “inversión” conforme al artículo I (1) (a) del TBI, existe un vínculo inextricable entre el Contrato de Concesión de 1973 y el Contrato de Transacción de 1995, en los cuales TexPet y la Demandada fueron partes firmantes designadas. Repetimos, el último no habría llegado a existir sin el primero; por consiguiente, el tribunal de igual manera determina que, para los fines de aplicar el artículo VI (1) (a), no es posible separar una parte de la otra. En opinión del tribunal, el Contrato de Transacción de 1995 debe tratarse como una continuación del acuerdo de concesión previo, de manera que también forme parte del “acuerdo de inversión” general invocado por TexPet conforme al artículo VI (1) (a) del TBI.*

*4.33 El tribunal deniega el argumento de la Demandada de que el Contrato de Transacción de 1995 ocurrió mucho después del Contrato de Concesión de 1973, unos tres años después (en 1992). En opinión del tribunal, no podría dudarse de que si el Contrato de Transacción de 1995 se hubiera hecho durante el plazo contractual del Contrato de Concesión de 1973 (supongamos en 1975), podría haberse considerado simplemente una elaboración de dicho acuerdo y por*

83•Corte Permanente de Arbitraje, Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Corporation (EE.UU.) vs. Ecuador, Laudo Interino, 1 de diciembre de 2008, párrafo 184.

*ende claramente parte de un acuerdo de inversiones general. Una concesión petrolífera a largo plazo inevitablemente debe implicar grandes costos de limpieza y responsabilidades afines ante otros por las consecuencias ambientales de sus actividades, sobre todo al final o después de finalizar esas actividades. También se conoce científicamente que las consecuencias de la contaminación ambiental causada por la producción de petróleo por lo general se miden a lo largo de varios años, e incluso décadas. Como declaró acertadamente el abogado de las Demandantes en la Audiencia Jurisdiccional: “La remediación ambiental es una parte normal y natural de un proyecto de concesión petrolífera” (D1.129).*

*4.34 El Tribunal por lo tanto desestima cualquier distinción cronológica entre acuerdos de remediación celebrados el día antes y el día después del vencimiento de un acuerdo de concesión; y de igual manera, no existe ningún motivo lógico para tratar de diferente manera un periodo mucho más largo después del vencimiento del acuerdo de concesión, siempre y cuando exista el mismo vínculo entre ellos (como ocurre en este caso).*

*4.35 Además, el requisito de “una controversia de inversiones” conforme al artículo VI (1) (a) del TBI (que introduce el Acuerdo de Arbitraje) se define ampliamente para que signifique una*

*controversia “que surge de o está relacionada con” un acuerdo de inversión. El tribunal opina que dicha redacción no limitaría una controversia de inversiones a una inversión que resultara en virtud de un acuerdo específico de inversión, sino que incluiría un rango más amplio de controversias “relativas al” acuerdo de inversión. El tribunal opina que las reclamaciones de TexPet conforme al TBI sí “se relacionan” con el Contrato de Concesión de 1973, incluso si (contrariamente a la decisión del tribunal que figura más arriba) se aislara el Contrato de Concesión de 1973 del Contrato de Transacción de 1995 y la controversia de las partes no surgiera conforme ni se derivara en absoluto de ese acuerdo de concesión.”*

La conclusión de los tribunales es en estos casos injustificable, pues se contrarían de manera flagrante sobre todo dos disposiciones del TBI: la definición de inversión y el artículo XII.1 que se refiere a la temporalidad el tratado.

### **“Artículo XII”**

- 1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por un período de 10 años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo. El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de*



*su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.”*

En la definición del tratado de ninguna manera se habla de que puede considerarse como “inversión” cualquier consecuencia derivada de ella, sea cual fuere. Pero más grave aún, puede haber alguna “consecuencia de una inversión” cuando esta ha finalizado. La respuesta inmediata parece ser no.

Justo ese es el caso de Texpet, cuya inversión concluyó en 1992 año en el que de manera expresa la compañía finalizó sus operaciones y salió del Ecuador. ¿Cómo, si la inversión terminó pueden seguir teniendo esa categoría los juicios que quedaron pendientes en el país? Nuevamente la respuesta es negativa: no existe manera de que un proceso judicial pueda revivir una inversión.

Esa supuesta conexión que encuentran los árbitros entre la inversión y los juicios no existe, porque los contratos que la compañía tenía en el Ecuador concluyeron antes de la entrada en vigor del TBI de la misma forma que los juicios se iniciaron antes de la entrada en vigor del Tratado.

Un TBI no puede amparar una inversión que concluyó antes de su entrada en vigor. El texto del artículo XII es claro en determinar que el TBI rige para el futuro, para inversiones existentes al momento de su entrada en vigor, que no era el caso de la petrolera norteamericana.

### 3.2.2 DEFINICIÓN DE INVERSIONISTA

El régimen de inversiones desarrollado a través de los TBI se basa en la premisa de que su protección es aplicable únicamente a las personas naturales o jurídicas (“inversionistas”) nacionales de un Estado contratante que realiza inversiones en el otro Estado contratante. Usualmente los TBI y en general los AII incluyen una definición de inversionista. Cuando se trata de personas jurídicas en su mayoría los TBI adoptan como criterio para definir la nacionalidad de estas, el lugar de registro. Igualmente se incluyen en estas definiciones de inversionista a las subsidiarias del inversionista extranjero registradas en el Estado anfitrión que estén sujetas al control (directo o indirecto) de este último.

En otras palabras, una de las presunciones fundamentales de los Estados receptores de inversión es que las protecciones establecidas en estos tratados no son aplicables a (i) ciudadanos y/o nacionales del mismo Estado receptor de la inversión, o (ii) ciudadanos y/o nacionales de un tercer Estado que no es parte del tratado. La realización de los fines y objetivos establecidos en los TBI (atracción de *inversión extranjera de la otra Parte contratante* para promover el desarrollo económico) depende en gran medida de la aplicación precisa y equitativa de estos conceptos.

Sin embargo, la aplicación práctica del concepto de “inversionista” en el sistema de arbitraje de inversiones se ha caracterizado por su inconsistencia,

por resultados abismalmente diferentes y por interpretaciones que extienden los límites del ámbito de protección más allá de lo determinado por las partes contratantes en un TBI, usualmente en detrimento de los intereses del Estado receptor.

Los problemas relacionados con el concepto de inversionista comienzan con el enfoque que se ha utilizado para definir el término en la mayoría de TBI. Una de las críticas más severas que ha recibido el sistema de inversiones se relaciona con las definiciones abiertas y poco precisas contenidas en los TBI, tanto para los estándares substantivos de protección como para definir las condiciones que debe reunir “un inversionista” para gozar de aquellas protecciones. La falta de precisión en estos conceptos ha llevado a tribunales a llegar a conclusiones completamente diferentes sobre temas aparentemente similares.<sup>84</sup> Las definiciones del concepto de inversionista en la mayoría de TBI, como se apreciará en los siguientes párrafos, no escapan a este problema generalizado.

### 3.2.2.1 DETERMINACIÓN DE LA NACIONALIDAD DE UN INVERSIONISTA

El concepto de inversionista es un desarrollo particular de la noción de “nacionalidad” en el contexto del régimen de tratados de inversión.

Previo al desarrollo del sistema privado de arreglo de disputas en materia de inversiones, la nacionalidad de un individuo o entidad era el primer requisito para poder solicitar protección diplomática a su Estado de origen. La decisión del Estado de entablar un reclamo en representación de su ciudadano era, como lo señaló la CIJ en *Barcelona Traction*, completamente discrecional. En este contexto, la CIJ desarrolló una larga jurisprudencia sobre la pregunta jurisdiccional, en qué ocasiones el Estado tenía derecho a adoptar un reclamo en representación de una persona natural o jurídica privada bajo el derecho internacional.<sup>85</sup>

En el régimen actual de protección de inversiones, la nacionalidad del inversionista tiene dos implicaciones importantes. Primero, las protecciones substantivas establecidas en un TBI son aplicables únicamente a los nacionales de los respectivos Estados contratantes. Si un individuo o entidad pretende invocar los beneficios de un TBI tiene que demostrar que posee la nacionalidad de uno de los Estados contratantes (no del Estado receptor). Y segundo, la jurisdicción *ratione personae* (o carencia de la misma) de un tribunal constituido en virtud de un TBI se determina en base a la nacionalidad del reclamante. La extensión del consentimiento otorgado por el Estado receptor de la inversión en un TBI se limita a los nacionales del otro Estado contratante que hayan realizado una inversión en

---

<sup>84</sup>•UNCTAD, *World Investment Report*, 2014, [http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014\\_overview\\_es.pdf](http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf) consultado el 28 de julio de 2016.

<sup>85</sup>•CAMPBELL MCLACHLAN QC, SHORE, Laurence, and WEINIGER, Matthew, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, párrafo 5.08, 2007, Oxford University Press.

el Estado receptor. Estas implicaciones resaltan la importancia de una definición precisa y que pueda ser sujeto de interpretación consistente.

### 3.2.2.1 PERSONAS NATURALES

En el caso de personas naturales, los TBI usualmente establecen que la nacionalidad de un individuo se determina conforme a las leyes de ciudadanía e inmigración de los Estados contratantes. Algunos TBI exigen la residencia permanente además del requisito de ciudadanía. El TBI suscrito entre Alemania e Israel, por ejemplo, requiere que los nacionales de Israel sean residentes permanentes de Israel para ser considerados inversionistas.<sup>86</sup> En contraste, en aplicación de la definición de inversionista contenida en el TLCAN, el Tribunal en *Feldman c. México* concluyó que posee jurisdicción *ratione personae* sobre un reclamo planteado por un ciudadano de Estados Unidos a pesar de que el reclamante tenía su residencia permanente en México.<sup>87</sup>

En el caso de personas naturales con doble nacionalidad de los Estados partes de un TBI, el tratamiento que se otorgue a este hecho depende en gran medida de si se trata de un arbitraje ad hoc o un arbitraje instalado bajo reglas diferentes al convenio CIADI y aquellos arbitrajes llevados bajo este último.

En aquellos arbitrajes no CIADI, el factor crítico en la determinación de nacionalidad o doble nacionalidad se encontraría en el TBI relevante en cuyo análisis se centran los tribunales a la hora de dilucidar este asunto. Por ejemplo, el tribunal que conoció la demanda planteada por Serafín García Armas y Karina García Gruber en contra de la República Bolivariana de Venezuela invocando en su favor el TBI suscrito por esta última con España, al referirse al asunto de la doble nacionalidad estableció que:

*“199. A juicio del tribunal, basado en las reglas de interpretación establecidas en el artículo 31 de la CVDI, la lectura que hace la Demandada del artículo 1 del APPRI no corresponde al sentido común de los términos de ese artículo y es inconsistente con el objeto y propósito del APPRI. Entiende el tribunal que el vocablo “una” no tiene, en este caso, una función de numeral, sino de pronombre adjetivo, y se opone a “otro”, no a cualquier otro número. En ese sentido, el texto literal del artículo 1 (a) incluye a los nacionales de una parte, pero sin excluirlos en el caso de que fuesen simultáneamente nacionales de la otra parte. De conformidad con las reglas internacionales que se aplican a la interpretación de los tratados, el tribunal concluye que no puede adicionarse al APPRI una condición no existente en cuanto a la restricción de la nacionalidad de los inversores protegidos por ese tratado.*

86• Art. 1(3)(b), Tratado relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones entre Alemania e Israel, 24 de junio de 1976.

87• DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, pp. 47.

200. Por consiguiente, el tribunal considera irrelevante la caracterización que efectúa Venezuela de la nacionalidad española de los Demandantes como “meramente formal”. A los fines del APPRI, es suficiente con que posean la nacionalidad española. Su texto no impone ninguna limitación a los dobles nacionales y no resulta posible privar de efectos a la nacionalidad otorgada libremente por un Estado y aceptada como válida por el otro.”<sup>88</sup>

Este escenario cambia cuando se trata de un arbitraje CIADI cuyo convenio imposibilita niega la jurisdicción del centro a personas en estas circunstancias:

“(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del artículo 28 o en el apartado (3) del artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; **pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas,**

**también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia;** (énfasis añadido)

En definitiva el inversionista podía invocar la protección del TBI en calidad de nacional de España si gozaba de tal nacionalidad en dos momentos: a la fecha en la que las partes consintieron la jurisdicción del CIADI y a la fecha del registro del arbitraje.

### 3.2.2.1.2 PERSONAS JURÍDICAS

En el caso de personas jurídicas, la determinación de su calidad de inversionista y su nacionalidad es un tema que encierra mayor complejidad.

“Las compañías funcionan en la actualidad de manera que hacen que sea muy difícil determinar la nacionalidad debido a las varias capas de accionistas, tanto personas naturales y jurídicas precisamente, que operan desde diferentes países y en diferentes países. (...) Los tratados de inversiones definen específicamente los criterios objetivos que hacen que una persona jurídica sea un nacional, o un inversionista, de una Parte para los fines de los acuerdos y especifican todos los requisitos adicionales que los Estados contratantes desean

88• Corte Permanente de Arbitraje, Serafín García Armas y Karina García vs Venezuela, Caso No 2013-3, 15 de Diciembre de 2014.

89• YANNACA, Katia, Who is Entitled to Claim? Nationality Challenges in Arbitration Under International Investment Agreement, pp. 219. Texto original: “Companies today operate in ways that make it very difficult to determine nationality because of the several layers of shareholders, both natural and legal persons themselves, operating from and in different countries. (...) Investment treaties specifically define the objective criteria which make a legal person a national, or investor, of a Party for purposes of the agreements and specify any additional requirements that the contracting States wish to see applies to determine the standing of claimants.

*que se apliquen para determinar la posición de las demandantes. (...)*<sup>89</sup>

Uno de los cuestionamientos al sistema de tratados de protección de inversiones radica en la interpretación flexible y liberal de los tribunales arbitrales respecto del concepto de inversionista, sobre todo en situaciones donde el presunto beneficiario de un TBI ha obtenido la nacionalidad del Estado contratante del cual invoca protección pero mantiene una relación tenue o artificial con el mismo. Esta liberalidad en la interpretación, ha servido de base para que ciertos actores económicos obtengan ventajas indebidas y abusen del sistema de protección de inversiones.

La complejidad de las transacciones comerciales y financieras globales genera incentivos para que los actores económicos busquen ventajas competitivas a través de reestructuraciones corporativas y organizacionales. Ciertas iniciativas que buscan la eficiencia financiera desde un punto de vista corporativo constituyen, desde el punto de vista del interés público, acciones cuestionables que pueden producir grandes perjuicios a una sociedad. Un ejemplo es el fenómeno denominado “*race to the bottom*” en el cual ciertos países en desarrollo compiten por la atracción de inversión privada extranjera a través de reformas que reducen o eliminan estándares de regulación en aspectos ambientales, laborales, tributarios, entre otros. En el régimen de inversiones, la permisividad en la interpretación del concepto de inversionista ha estimulado la práctica denominada ‘*forum-treaty-*

*shopping*’ que consiste en el diseño y planificación de estructuras organizacionales y societarias con múltiples niveles de propiedad, con el objeto de obtener la protección de la mayor cantidad posible de TBI.

*“Algunos tribunales arbitrales han expresado su preocupación por la búsqueda del tratado más conveniente y los peligros que los reclamos basados en inversiones pueden plantear para el espacio de las políticas públicas. Sin embargo, al mismo tiempo, han admitido que si bien se está haciendo uso de los TBI de tal manera que se los considere dudosos desde el punto de vista moral, también se consideran a sí mismos atados por las definiciones generales sobre las cuales los signatarios de los TBI han estado de acuerdo.*

*En el caso de Saluka Investment BV v. the Czech Republic, el tribunal expresó “cierta simpatía hacia el argumento de que una compañía que no tenga conexión real con un Estado parte en un TBI, y que en realidad sea una mera compañía fantasma controlada por otra compañía que no esté constituida en conformidad con las leyes de ese Estado, no debe tener derecho a invocar las disposiciones de ese tratado”. El tribunal estaba preocupado de que “Esa posibilidad se preste a abusos del procedimiento arbitral, y a prácticas de ‘búsqueda del tratado más conveniente’ que tengan en común muchas de las desventajas de la práctica de ‘búsqueda del tratado más conveniente’ que ha sido objeto de numerosas*

críticas”. No obstante, el tribunal mantuvo la opinión de que las disposiciones del tratado deben guiar su decisión, y que no podía imponer una definición más restringida de “inversionista” que aquella que los Estados partes en el acuerdo habían suscrito.

En *Mobil v. Venezuela*, una diferencia que se centró en la nacionalización de proyectos de gas y petróleo por parte del Estado de Venezuela, el tribunal advirtió que Mobil reestructuró sus inversiones por intermedio de los Países Bajos con el solo propósito de obtener acceso a arbitraje ante el CIADI para impugnar la nueva política energética de Venezuela a través del TBI entre los Países Bajos y Venezuela. El tribunal concluyó que éste era “un objetivo perfectamente legítimo pues tenía que ver con diferencias

futuras”. Sin embargo, el tribunal se opuso a este enfoque con respecto a diferencias preexistentes; expresó que “reestructurar inversiones solo con la finalidad de obtener jurisdicción al amparo de un TBI para esas diferencias constituiría (...) una manipulación abusiva del sistema internacional de protección de inversiones dentro del significado de la Convención del CIADI y los TBI” (...) <sup>90</sup>.

En los tratados de inversión, la nacionalidad de corporaciones y personas jurídicas está definida típicamente por (i) el lugar de incorporación; (ii) la sede de la empresa (sieve social); (iii) la nacionalidad del accionista que controla la empresa; o (iv) una combinación de los tres criterios.<sup>91</sup>

En el caso del Ecuador las definiciones de inversio-

90•KNOTTNERUS, Roeline & VAN OS, Roos, The Netherlands: A Gateway to ‘Treaty Shopping’ for Investment Protection, 12 de enero de 2012, <https://www.iisd.org/itn/2012/01/12/the-netherlands-treaty-shopping/> consultado el 26 de julio de 2016. Texto original:

“(…) Some arbitration tribunals have shown concern over treaty shopping and the dangers that investment claims can pose to public policy space. [6] At the same time, however, they have conceded that while BITs are being used in a way that may be perceived as morally doubtful, they also consider themselves bound by the wide definitions that the signatories to BITs have agreed to.

• In the case of *Saluka Investment BV v. the Czech Republic* the tribunal expressed “some sympathy for the argument that a company which has no real connection with a State party to a BIT, and which is in reality a mere shell company controlled by another company which is not constituted under the laws of that State, should not be entitled to invoke the provisions of that treaty.” The tribunal worried that “Such a possibility lends itself to abuses of the arbitral procedure, and to practices of ‘treaty shopping’ which can share many of the disadvantages of the widely criticized practice of ‘forum shopping’.” [7] Nonetheless, the tribunal remained of the opinion that the provisions of the treaty should guide its decision, and that it could not impose a narrower definition of “investor” than that which the state parties to the agreement had concluded. [8]

• In *Mobil v. Venezuela* – a dispute that centred on the nationalisation of oil and gas projects by the state of Venezuela – the tribunal noted that Mobil restructured its investments through the Netherlands with the sole purpose of gaining access to ICSID arbitration to contest Venezuela’s new energy policy through the Netherlands-Venezuela BIT. The tribunal concluded that this was “a perfectly legitimate goal as far as it concerned future disputes.” However, the tribunal took exception to this approach with regard to pre-existing disputes, stating that “to restructure investments only in order to gain jurisdiction under a BIT for such disputes would constitute (...) an abusive manipulation of the system.

nista constantes en sus tratados adoptan diferentes formas. Un ejemplo de ello lo constituyen los TBI suscritos con España y con Canadá. Igual que el Ecuador, el resto de países del mundo tendrán variaciones en lo que a definición de inversionista se refiere.

El TBI Ecuador–España contiene una definición del término con apego a la legislación domestica de cada Estado más el criterio de “sede”. El artículo 1 de su texto señala:

*“1. Por «inversionistas» se entenderá: a) Personas naturales que, en el ‘caso del Reino de España, son considerados sus nacionales con arreglo a su legislación y, con respecto a la República del Ecuador, las personas naturales que, de conformidad con la legislación ecuatoriana, son considerados nacionales del Ecuador,*

*b. Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte Contratante.”<sup>92</sup>*

El TBI Ecuador–Canadá contiene igualmente una definición diferenciada para el caso de Canadá y

para el caso de Ecuador en el caso de personas naturales. Sin embargo, una diferencia relevante se refleja en la definición de inversionista para empresas canadienses y para empresas ecuatorianas, al respecto, el artículo 1(h) señala que “inversionista” significa:

*“En el caso de Canadá:*

*(ii) Cualquier empresa incorporada o legalmente constituida de acuerdo con las leyes aplicables de Canadá, que efectúa la inversión en el territorio del Ecuador; y,*

*En el caso de Ecuador: (...)*

*(ii) Cualquier empresa constituida de conformidad con las leyes y reglamentos del Ecuador, **con domicilio** en el territorio del Ecuador que efectúa la inversión en el territorio de Canadá y que **no posee la ciudadanía canadiense**” [énfasis añadido]*

También los TBI, al mismo tiempo que usan los criterios ya mencionados, establecen que las compañías o personas jurídicas registradas en el Estado receptor están protegidas en tanto sean controladas por compañías o personas jurídicas registradas o constituidas en el otro Estado. Hay tratados que establecen expresamente el tipo de control requerido, esto es directo o indirecto, pero hay otros que simplemente se refieren al control

91• THORN, Rachel & DOUCLEFF, Jennifer, *Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and The Concept of “Investor”*, pp.6. citado en *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010.

92• Acuerdo Para la Promoción y Protección de Inversiones entre España y Ecuador, 26 de junio de 1996.

de una manera general, abriendo la puerta para que los tribunales señalen el alcance que a su juicio debe tener ese control y la definición de inversionista.

En los arbitrajes CIADI, entra en juego un elemento adicional a la hora de definir si una persona jurídica está o no protegida por el convenio, pues se considera nacional conforme el artículo 25 (2) (b)

*“toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero la persona jurídica debe cumplir dos condiciones: i) debe tener la nacionalidad de Estado contratante distinto al Estado parte en la disputa en el momento en que las partes consintieron someterla a la jurisdicción del CIADI; ii) Que haya un acuerdo entre el inversionista extranjero y el Estado receptor”.*

Los tribunales han adoptado diversas posiciones

aplicando los criterios ya mencionados.

Por ejemplo, en el caso *Tokios Tokelés vs. Ucrania*, el tribunal sostuvo que una compañía incorporada en Lituania podía iniciar un arbitraje en contra de Ucrania en base al TBI suscrito entre los dos Estados, al considerar que la compañía era, a efectos del tratado, un inversor lituano a pesar de estar controlado en un 99% por nacionales ucranianos. El Tribunal concluyó que:

*“De acuerdo al significado ordinario de los términos del Tratado, la Demandante es un “inversionista” de Lituania si es algo que tiene existencia real que se ha fundamentado sobre una base firme en el territorio de Lituania con conformidad con sus leyes y normativas. El Tratado no incluye ningún requisito adicional para que una entidad cumpla las condiciones necesarias para caracterizarla como un “inversionista” de Lituania.”<sup>93</sup>*

Desde la perspectiva del interés público, el Estado es el encargado de asegurar que los objetivos de los TBI se cumplan por lo que las decisiones de los tribunales que solo se limitan a considerar que el inversionista es el nacional de un Estado o la persona

93• CIADI, Tokio Tokelés vs. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión de Jurisdicción, 29 de abril de 2004, párrafo 28. Texto original:

*“(…)according to the ordinary meaning of the terms of the Treaty, the Claimant is an “investor” of Lithuania if it is a thing of real legal existence that was founded on a secure basis in the territory of Lithuania in conformity with its laws and regulations. The Treaty contains no additional requirements for an entity to qualify as an “investor” of Lithuania (...).”*



jurídica organizada según la legislación del Estado anfitrión y domiciliada en ese lugar, no necesariamente contribuyen a ese objetivo estatal, y permiten en ocasiones prácticas ilegales o incluso ilegítimas de búsqueda de foro que pueden prosperar por lo laxo del razonamiento de un tribunal.

### 3.2.2.2 LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR

Uno de los casos en los que se ha discutido el tema de la definición de inversionista a efectos de determinar si es o no beneficiario de la protección del TBI es aquel iniciado por tercera ocasión en contra del Ecuador por la compañía Murphy International.

Este arbitraje fue iniciado con fundamento en el TBI suscrito entre Ecuador y EE.UU., cuyo artículo VI (1) expresamente limita la jurisdicción de un tribunal arbitral a “disputas en inversiones”.

La reclamación tuvo su origen en la aplicación de la Ley 42-2006, mediante la que el Ecuador reguló las ganancias extraordinarias obtenidas por sus Contratistas para la exploración de crudo que operaban bajo la modalidad de Contratos de Participación. Una vez que esta ley fue aplicada, Murphy Ecuador (miembro de un Consorcio Petrolero que operaba un bloque de la región amazónica) decidió no continuar en el Ecuador vendiendo su participación en el antedicho consorcio. La Demanda fue presentada por la compañía Murphy International, de nacionalidad estadounidense, y

no por Murphy Ecuador que mantenía el contrato con el Estado ecuatoriano.

Murphy Ecuador no es una “inversión en el territorio de” Ecuador, en la medida en que no es “una compañía legalmente constituida” en Ecuador.

Según el artículo I (1) (b) del TBI para que una “compañía” constituya una “inversión en el territorio de” Ecuador, esta debe encontrarse “*legalmente constituida bajo las leyes y la regulaciones*” del Ecuador. Murphy Ecuador no estaba legalmente constituida bajo las leyes y regulaciones de Ecuador, por tanto no podía ser considerada como una inversión en el territorio ecuatoriano y no facultaba a su matriz a interponer una demanda.



*New Haven, Connecticut, 7 de noviembre de 2013, Universidad de Yale. El Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión, brindó una conferencia sobre el caso Chevron-Texaco vs Ecuador ante un auditorio conformado por estudiantes de posgrado, docentes y profesionales del Derecho vinculados con la prestigiosa comunidad educativa.*

Aun cuando Ecuador reveló que Murphy Ecuador no era una “inversión” protegida dentro del significado del TBI y que sus derechos contractuales bajo el Contrato de Participación tampoco calificaban como una inversión y por lo tanto no existía el elemento necesario para que opere la cláusula paraguas, el tribunal omitió referirse a este argumento indicando que en función de sus hallazgos no era necesario resolver sobre ese asunto asumió jurisdicción respecto de la demanda presentada por Murphy y obligó al Estado a involucrarse en un arbitraje que nunca debió prosperar y cuyo laudo concluye que es responsable de la violación del TBI. Resta ver, en este caso, si el mecanismo de anulación del laudo es suficiente para revertir la decisión de un tribunal sin jurisdicción.

### 3.3. ESTÁNDARES DE TRATO Y PROTECCIÓN

A través de los AII y por consiguiente de los TBI los Estados asumen una serie de obligaciones con respecto a los inversionistas y sus inversiones, acuerdan no incurrir en conductas que restrinjan de manera arbitraria o discriminatoria la operación, mantenimiento, expansión o disposición de las inversiones, así como proporcionar a los inversionistas acceso al sistema judicial para resolver sus controversias.

*“Los acuerdos de inversiones incluyen obligaciones que especifican el trato que las partes contratantes están obligadas a proveer a la inversión una vez que esta se ha establecido. Se puede distinguir entre los estándares de trato*

*generales; es decir, los estándares que se relacionan con todos los aspectos de la existencia de una inversión extranjera en un país anfitrión, y los estándares de trato específicos que abordan cuestiones específicas (Vandevelde, 1992).*

*Dentro de la categoría de estándares de trato generales, se puede hacer una diferenciación adicional. Primero, existen “estándares” de trato “absolutos”, así llamados porque no son contingentes. Establecen el trato que se ha de otorgar a la inversión sin referencia a la manera en la cual se tratan otras inversiones. Algunos ejemplos de estándares absolutos son las disposiciones sobre trato justo y equitativo, la protección y seguridad plenas, la expropiación y la transferencia de fondos.*

*Una segunda categoría se relaciona con los “estándares” de trato “relativos”. Estos definen el trato que se debe otorgar a la inversión mediante referencia al trato que se confiere a otra inversión. El trato nacional y el trato a la NMF son los estándares relativos por excelencia. Por consiguiente, en el caso del trato nacional, debe hacerse referencia al trato de nacionales del país anfitrión. De manera similar, para determinar el contenido del estándar de la NMF, debe hacerse referencia al trato que se otorga a las inversiones provenientes de la “nación más favorecida”.<sup>94</sup>*

Más allá del contenido doctrinario o incluso de la aplicación que han hecho los tribunales de cada

uno de estos estándares, su existencia dentro de los acuerdos de inversión ha generado más de una crítica por su “contenido abstracto”, sobre todo a aquellos Estados con una tradición civilista, pues estas figuras son más usuales al sistema common law. De hecho esta crítica se ha extendido incluso a temas procedimentales dentro de los arbitrajes inversionista-Estado en los que se incluyen frecuentemente figuras como los contrainterrogatorios para testigos y expertos.

Además, es necesario aceptar que, para los abogados con una formación en derecho continental, resulta difícil asimilar la interpretación o el contenido variable de cada uno de estos estándares, lo cual con seguridad contribuye a la desconfianza, cada vez en aumento, respecto del sistema de protección de inversiones actualmente vigente.

*“Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad, preservando la seguridad que el derecho debe dar. Es una unidad de me-*

*dición, un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento del “legislador” al “juzgador”.*

*Para esclarecerlo, lo compararé con aquél con el que estamos más familiarizados: la regla.*

*Mientras que la regla contiene una hipótesis que, de realizarse, de conformidad con el principio de causalidad, exige una “sanción”, el estándar contiene dos elementos: uno objetivo y uno subjetivo. El objetivo es normativo. Es el núcleo del concepto mismo, lo que desea lograr. El subjetivo es el ingrediente que el juzgador le incluye. Su experiencia e intuición.”<sup>95</sup>*

Y dado el camino recorrido en la aplicación de estos estándares, la solución podría estar precisamente en la aplicación de “reglas” y no de estándares ya que las primeras ofrecen mayores certezas y uniformidad en su práctica frente a los límites de los estándares de protección de inversiones. Parece ser hora de probar con elementos del sistema civilista ya que las figuras del common law han sido poco efectivas en materia de inversiones.

94• Bilateral Investment Treaties 1995-2006, Trends in investments rulemaking, United Nations, New York and Geneva, 2007. pp. 28. Texto original:

*“Investment agreements contain obligations specifying the treatment that the contracting parties are required to provide to the investment once it has been established. One can distinguish between general treatment standards, that is standards relating to all aspects of the existence of a foreign investment in a host country, and specific treatment standards addressing particular issues (Vandevelde, 1992).*

*Within the category of general standards of treatment, a further differentiation can be made. First, there are “absolute standards” of treatment, so called because they are non-contingent. They establish the treatment to be accorded to the investment without referring to the manner in which other investments are treated. Examples of absolute standards are the provisions on fair and equitable treatment, full protection and security, expropriation and the transfer of funds.*

*A second category relates to “relative standards” of treatment. They define the required treatment to be granted to investment by reference to the treatment accorded to other investment. National treatment and MFN treatment are the relative standards par excellence. Thus, in the case of national treatment, reference must be made to the treatment of nationals of the host country. Similarly, in determining the content of the MFN standard, reference must be made to the treatment granted to investments from the “most favoured nation”.*

### 3.3.1 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO (TJE) (FAIR AND EQUITABLE TREATMENT)

Es el estándar de protección más puesto en práctica en disputas inversionista-Estado y se encuentra recogido en la mayoría de tratados de inversión así como en tratados de comercio que tienen capítulos de inversión, aunque en general sin especificar mayores detalles de su contenido o significado.

Por ejemplo el TBI Ecuador-Francia señala:

*“Art. 4.- Cada una de las Partes Contratantes, se compromete a garantizar un trato justo y equitativo, conforme a los principios del Derecho Internacional a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante y, a hacer lo necesario para que el ejercicio del derecho así reconocido no se vea obstaculizado ni en derecho ni de hecho.”<sup>96</sup>*

A partir de la oleada de arbitrajes que tuvo comienzos § Algunos tribunales concluyen que el estándar de TJE funciona como un principio general que regula la aplicación de los demás estándares contenidos en un TBI.<sup>97</sup> Sin embargo, la opinión mayoritaria consiste en considerar distinguir al estándar de TJE de las demás protecciones.

Quizá la principal discusión alrededor de este estándar es si debe circunscribirse o no al Derecho Internacional Consuetudinario (DIC). Mientras países como EE.UU. y Canadá creen que sí, la Unión Europea tiene un criterio contrario.

Una interpretación demasiado amplia, alejada de los límites del DIC no es el camino.

“(…)La vinculación de la norma de TJE al DIC da lugar a una norma de protección que posee mayor deferencia a la autoridad reguladora de los gobiernos en comparación con el estándar “autónomo” de la UE. Un estándar ligado al DIC también debe poseer mayor legitimidad dado que surge de la práctica real de los Estados que consideran reflejar las obligaciones jurídicas internacionales en lugar de pronunciamientos de los tribunales de inversión.

Sin embargo, en la práctica, los tribunales de inversión siguen interpretando las disposiciones de la norma de TJE basadas en el DIC con la finalidad de imponer a la autoridad estatal límites amplios, mediante su aceptación de los pronunciamientos de la jurisprudencia de tribunales como prueba definitiva de la norma en virtud del DIC pero sin ninguna prueba de la práctica estatal u *opinio juris*, El laudo en Railroad Development Corp. c.

95• GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, Estándares en arbitraje de inversión: ¿Choque de tradiciones?, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2815/6.pdf> consultado el 27 de julio de 2016.

96• TBI suscrito entre Francia y Ecuador.

97• CIADI, Noble Ventures Inc. vs. Rumania, Caso CIADI ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, párrafo. 182; Impregilo vs. Argentina, Caso CIADI ARB07/17, Laudo, 21 de junio de 2011, párrafo 333

Guatemala[3] (RDC) constituye un ejemplo de este enfoque, cuya consecuencia es una vinculación sin sentido entre la norma de TJE y el DIC. La reticencia de los tribunales de inversión para respaldar sus interpretaciones de DIC en la práctica estatal actual y el *opinio juris* sugiere que puede ser necesario un enfoque más agresivo para disuadir a los tribunales de adoptar interpretaciones cada vez más amplias de la norma de TJE.”<sup>98</sup>

Es probable que esta discusión alrededor del DIC ha originado una de las principales acusaciones que pesan sobre este estándar: ambigüedad. En varios arbitrajes (CMS c. Argentina; Sempra c. Argentina; Suez c. Argentina; Rumeli c. Kazakstán; Total c. Argentina), los tribunales han señalado que la ambigüedad y falta de definición precisa del estándar de TJE, ha producido inconvenientes a la hora de deli-

mitar el rango y alcance de las obligaciones que se desprenden del mismo. Entonces ¿hasta qué medida se pueden inferir obligaciones que las partes no han consentido de manera expresa? No existe un consenso sobre si el lenguaje de TJE incorporado en la mayoría de TBI abarca las normas del derecho internacional consuetudinario sobre el estándar mínimo internacional de trato a nacionales de otros Estados.

Las decisiones de tribunales han dilucidado de alguna manera cuáles son las obligaciones derivadas del TJE: i) La obligación del Estado de otorgar estabilidad y protección de las legítimas expectativas del inversionista. ii) Obligación de transparencia. iii) Obligación de cumplimiento de obligaciones contractuales (que no se debe confundir con la cláusula paraguas de un TBI). iv) Garantía de acceso a la justicia y prohibición de denegación de justicia.

---

98• PORTERFIELD, Matthew C., ¿Una distinción sin diferencia? La interpretación de la Norma del Trato Justo y Equitativo en virtud del derecho internacional consuetudinario por Ley en Tribunales de Inversión, 22 de marzo de 2013, <https://www.iisd.org/itn/2013/03/22/a-distinction-without-a-difference-the-interpretation-of-fair-and-equitable-treatment-under-customary-international-law-by-investment-tribunals/> consultado el 27 de julio de 2016. Texto original:

*“In theory, linking FET to CIL results in a standard of protection that is more deferential to the regulatory authority of governments than the EU’s “autonomous” standard. A CIL-linked standard should also have greater legitimacy given that it is rooted in the actual practice of states that they believe to reflect their international legal obligations rather than simply the pronouncements of investment tribunals. In practice, however, investment tribunals continue to construe even CIL-based FET provisions to impose broad limits on government authority by accepting, without any evidence of state practice or opinio juris, the pronouncements of previous tribunals as definitive evidence of the standard under CIL. The award in Railroad Development Corp. v. Guatemala[3] (RDC) is an example of this approach, which renders the linkage of FET to CIL largely meaningless. The reluctance of investment tribunals to base their interpretations of CIL on actual state practice and opinio juris suggests that more aggressive approaches may be necessary to deter tribunals from adopting increasingly broad interpretations of FET.”*

v) Garantía de acceso a medios eficaces para entablar reclamos y ejercitar derechos. vi) No arbitrariedad. vii) Proporcionalidad. Esto por supuesto no significa que en el futuro no se añadan más obligaciones o su contenido se haga aún más extensivo. Lo único que podría llegar a impedir esto sería una reforma al sistema de protección de inversiones puede poner un límite a estas interpretaciones amplias y extensivas.

### 3.3.1.1 DENEGACIÓN DE JUSTICIA

Como ya se dijo (y parece que el consenso en relación con esto es bastante amplio), una de las obligaciones derivadas del TJE es la prohibición de denegación de justicia.

*“La denegación de justicia está en la esencia del desarrollo del derecho internacional sobre el trato a extranjeros y a su inversión. Al mismo tiempo, esta noción está inextricablemente ligada al concepto más amplio de acceso a la justicia, entendida como el derecho del individuo a obtener protección de la ley y la disponibilidad de recursos legales ante un tribunal u otro*

*mecanismo equivalente de protección judicial o cuasi judicial.*

*De manera intuitiva, este tipo de protección es una condición sine qua non para todo tipo de democracia constitucional, donde el imperio de la ley y la independencia de los tribunales, en lugar de la benevolencia del gobernante, proveen las garantías fundamentales de los derechos y libertades individuales”.*<sup>99</sup>

La Denegación de Justicia se configura como un “piso”; es decir, un estándar mínimo de Derecho Internacional, por el cual un inversionista tiene derecho a un nivel “mínimo” de tratamiento que al ser irrespetado genera una responsabilidad del Estado.

Existe cierta ambigüedad respecto de la interpretación y los elementos de este estándar que, de alguna forma, ha sido resuelta por las decisiones de los tribunales arbitrales.

Existen tres elementos que deben ser considerados en el examen de la conducta de un Estado en

99• FRANCIONI, Francesco, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, *The European Journal of International Law* Vol. 20 no. 3 © EJIL, 2009, <http://www.ejil.org/article.php?article=1862&issue=92> consultado el 27 de julio de 2016. Texto original:

*“Denial of justice lies at the heart of the development of international law on the treatment of aliens and of foreign investment. At the same time this notion is inextricably linked to the broader concept of access to justice, understood as the individual’s right to obtain the protection of the law and the availability of legal remedies before a court or other equivalent mechanism of judicial or quasi-judicial protection. Intuitively, this type of protection is a sine qua non for any type of constitutional democracy, where the rule of law and the independence of the courts, rather than the benevolence of the ruler, provide the fundamental guarantees of individual rights and freedoms.”*

relación al estándar de denegación de justicia: **1)** La denegación de justicia es siempre procesal. **2)** La obligación del Estado no es crear un sistema perfecto de administración de justicia, sino un sistema en donde los errores cometidos son corregidos. **3)** La determinación del acto de denegación de justicia no puede ser establecido en elementos puramente predecibles u objetivos.<sup>100</sup>

### 3.3.1.1.1 EL CARÁCTER PROCESAL DE LA DENEGACIÓN DE JUSTICIA.

Este elemento define el alcance y la esencia del estándar que puede ser entendido con base en las palabras del tribunal del caso *Lowen Group y Raymond Lowen c. EE.UU.*, esto es que la denegación de justicia es siempre procesal más no sustantiva.<sup>101</sup>

Este carácter procesal según varios tribunales de arbitraje internacional<sup>102</sup> no supone únicamente la garantía de acceso del proceso a las cortes, sino que además involucra otro tipo de conducta **[1]** la negativa a admitir una demanda, **[2]** la demora indebida, **[3]** la administración de justicia en una

forma esencialmente inadecuada. De esto es posible concluir que el elemento procesal de la denegación de justicia no se limita a asuntos de mero trámite, sino a la obligación estatal de garantizar el debido proceso.

Así también otros tribunales han admitido que pueden existir ocasiones en las que, la prueba de un proceso indebido puede ser una decisión manifiestamente incorrecta que no hubiese podido ser tomada por un juez honesto o competente.<sup>103</sup> Lo dicho explica la inclusión de una cuarta causa de denegación de justicia por parte del tribunal *Azinian c. México*: **[4]** la clara y maliciosa incorrecta aplicación de la ley.

Aunque ha sido poco aceptada por los tribunales, la doctrina Latinoamericana tradicionalmente ha sostenido que la denegación de justicia consiste exclusivamente en la conducta que impide el acceso a los servicios judiciales. Es decir, si los extranjeros han tenido disponibles los medios y el lugar para presentar su caso ante la corte doméstica competente en los respectivos estados, no existe denegación de justicia.<sup>104</sup>

100• PAULSSON, Jan, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, International Law Journal, Cambridge University Press, 2005.

101• CIADI, *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos*, Caso CIADI N° ARB(AF)98/3 [m]anifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety.

102• Por ejemplo: *Mondev vs. Estados Unidos*, *Azinian vs. Mexico*, *Eletronica Sicula S.P.A. (ELSI) Estados Unidos vs. Italia*.

103• PAULSSON, Jan, *La Denegación de Justicia*. Cambridge University Press, ((2d ed. 1970), en 1059)) 2005, pp. 98.

104• INTER-AMERICAN JUDICIAL COMMITTEE, Contributions of the American Continent to the principles of international law that govern the responsibility of the State, Washington D.C., Pan American Union document CIJ-61, in OAS Official Records, OEA/Ser.I/VI.2, 1962, pp.7-8



### 3.3.1.1.2 LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO NO ES CREAR UN SISTEMA PERFECTO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, SINO UN SISTEMA EN DÓNDE LOS ERRORES COMETIDOS PUEDAN SER CORREGIDOS

Es decir, no es posible hablar de denegación de justicia mientras no se agoten los recursos ofrecidos por el sistema judicial para corregir los actos equivocados.

Jan Paulsson, sostiene que: “[C]onforme a la premisa de que una denegación de justicia exige que el demandante ponga a prueba todo el sistema legal de un país, la norma de agotamiento exige no solo que se busquen las apelaciones, sino también, mientras los procesos anteriores estaban en marcha, que el demandante aproveche los mecanismos de procedimientos existentes (como citar testigos y descubrir documentos) fundamentales para que se procese su caso.”<sup>105</sup> En otras palabras, además de agotar los recursos existentes, es necesario que quien realice el reclamo actúe diligentemente en su defensa.

En el caso *Loewen Group, Inc. contra Estados Unidos*, el tribunal al momento de pronunciarse sobre los principios generales de agotamiento e irrevocabilidad de los recursos domésticos observó que: “No

se nos ha hecho notar ningún caso en que un tribunal internacional haya responsabilizado a un Estado de una violación del derecho internacional constituida por la decisión de un tribunal inferior cuando existía una apelación eficaz y suficiente dentro del sistema legal del Estado.”<sup>106</sup>

Además, la obligación del Estado de proveer un sistema que corrija los errores, no solo implica que dicho sistema exista, sino la necesidad de que los recursos proveídos por él sean efectivos. Así lo recogió la decisión del tribunal en el caso *Saipem v. Bangladesh*, el cual en referencia al caso *Duke Energy v. Ecuador*, estableció que: “El requisito de agotamiento de los remedios locales impone a una parte el utilizar únicamente aquellos remedios que son efectivos. Las partes no están obligadas a usar remedios improbables.”<sup>107</sup>

### 3.3.1.1.3 LA DETERMINACIÓN DEL ACTO DE DENEGACIÓN DE JUSTICIA NO PUEDE SER ESTABLECIDO EN ELEMENTOS PURAMENTE PREDECIBLES U OBJETIVOS

Esto implica que deberán ser las circunstancias que rodean a cada caso las que lleven a la convicción de la existencia o no de la denegación de justicia.

105• PAULSON Jan, *La Denegación de Justicia*. Cambridge University Press, ((2d ed. 1970), en 1059)) 2005. pp. 126 (que cita D.P. O’Connell, *DERECHO INTERNACIONAL*).

106• CIADI, *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos*, Caso CIADI N° ARB(AF)98/3, 26 de junio de 2003. Párrafo 154. (traducción no oficial)

107• CIADI, *Saipem S.P.A. vs. Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo, 30 de junio de 2009. Párrafo 182. (traducción no oficial).

En este punto será útil tomar en cuenta las consideraciones efectuadas por el tribunal en el caso *Toto Costruzioni v. Libano* en el cual se discuten los hechos del caso y se los analiza con el fin de observar si es que existe, a la luz de las circunstancias, un caso de denegación de justicia. Así, dicho tribunal (de una forma muy resumida) consideró que para valorar si la demora de la corte es una violación, es necesario tomar en cuenta: la dificultad de la materia, si los reclamantes tenían disponibles remedios para acelerar el proceso y si existió un perjuicio por la demora. Dejó en claro, además, que la determinación de si la justicia fue proveída en un tiempo razonable, depende de las circunstancias y el contexto del caso, por lo que en cada caso debe examinarse la complejidad de la materia, la necesidad de una decisión acelerada y la diligencia del reclamante en impulsar su caso.

Bajo el estándar de Denegación de Justicia de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario, un Estado y su función judicial están sujetos a las siguientes obligaciones: 1) A aceptar una demanda siempre que esta cumpla con los requisitos necesarios para su admisión y validez; 2) A no demorar indebidamente el proceso; 3) A brindar un sistema de administración de justicia que cuente con recursos y remedios domésticos efectivos para corregir errores. 4) A contar con un sistema de justicia independiente.

### 3.3.1.2 LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR

El ejercicio de la defensa del Estado ecuatoriano en los casos planteados en su contra, donde los inversionistas han iprecisado la violación de este estándar, ha permitido llegar a ciertas conclusiones acerca de su contenido y sus límites.

Como ya se dijo, los textos de los AII y de los TBI entre ellos los ecuatorianos, son laxos y no incluyen una definición o delimitación del TJE; sin embargo, parece ser que la interpretación más ponderada, a la luz del objetivo general de estos instrumentos internacionales, debería ser, acogiendo las palabras del tribunal del caso *Mondev c. EE.UU.*, el de proveer un grado de protección significativo.<sup>108</sup> Esto significa que el TJE no es un estándar más alto que el de trato en el derecho internacional consuetudinario. Así lo han aceptado algunos tribunales.

Por ejemplo:

El Tribunal CMS contra Argentina, concluyó que:

*“De hecho, el estándar de trato justo previsto en el Tratado y su conexión con la estabilidad y previsibilidad del ambiente comercial que se requiere, fundado en compromisos legales y contractuales*

108• CIADI, *Mondev International Ltd. vs. los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, 11 de octubre del 2002, Párrafo. 127.

109• CIADI, *CMS vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, 12 de mayo del 2005, párrafo 284.

*solemnes, no es diferente del estándar mínimo en derecho internacional y su evolución en los términos del derecho internacional consuetudinario”.*<sup>109</sup>

Acogiendo la posición del tribunal Waste Management, el tipo de mala conducta grave que se requeriría para violar el estándar mínimo de trato sería:

*“El estándar mínimo de trato justo y equitativo se viola mediante la conducta atribuible al Estado y perjudicial para la demandante si la conducta es arbitraria, evidentemente parcializada, injusta o idiosincrática, si es discriminatoria y expone a la demandante a perjuicio seccional o racial, o implica una falta del debido proceso que produzca un resultado que sea ofensivo para la propiedad judicial – como podría ser el caso cuando exista una falta manifiesta de justicia natural en los procesos judiciales o una total falta de transparencia y honestidad en un proceso administrativo. En la aplicación de este estándar, es pertinente que el trato esté en violación de las declaraciones hechas por el Estado receptor de la inversión en las que la demandante se basó en términos razonables”*<sup>110</sup>.

El trato justo y equitativo no significa que el TBI sea una póliza de seguro contra los cambios en el

marco jurídico y regulatorio del Estado receptor. El alto límite de este estándar asigna al inversionista la responsabilidad de proceder “*con conocimiento de la situación regulatoria*”<sup>111</sup>, lo cual es un requisito indispensable para un inversionista que desea instalarse en un determinado país. Es casi ingenuo pensar que un inversionista se arriesgue a tomar una decisión sin un conocimiento adecuado del país al que va a instalarse y resulta más aun suponer que una gran corporación mundial, que pone en juego miles de millones de dólares pueda darse ese lujo.

Un inversionista debe, por lo tanto, considerar la totalidad del “*orden jurídico del Estado receptor de la inversión tal como está determinado por el Estado receptor de acuerdo con los principios de soberanía territorial y autodeterminación económica.*”<sup>112</sup> Y así lo sostuvo el tribunal en *Duke contra Ecuador*:

*“La estabilidad del entorno jurídico y comercial se vincula directamente a las expectativas justificadas del inversionista. El Tribunal reconoce que dichas expectativas son un elemento importante del trato justo y equitativo. Para estar protegidas, las expectativas del inversionista deben ser legítimas y razonables al momento que el inversionista realice la inversión. La evaluación de la razonabilidad o legitimidad debe tomar en cuenta todas las circuns-*

110 • CIADI, Waste Management Inc. vs. los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, 30 de abril de 2004, párrafo 98.

111 • CIADI, Grand River Enterprises et al. vs. los Estados Unidos de América, de fecha 12 de enero del 2011, párrafo 144.

112 • DOLZER Rudolf, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, 39 Int'l Law 87 (2005), pp. 103.

113 • CIADI, Duke Energy vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, párrafo 340.

***tancias, incluidos no solo los hechos que rodeen la inversión, sino también las condiciones políticas, socioeconómicas, culturales e históricas predominantes en el Estado receptor. Además, dichas expectativas deben originarse en las condiciones que el Estado ofrece al inversionista y en las que el inversionista debe haberse basado cuando decidió invertir.”***<sup>113</sup>

Alejándose de este criterio y no obstante que el Tribunal del caso *Occidental contra Ecuador* aceptó la vinculación de este estándar con el derecho internacional consuetudinario, así y de manera inexplicable, llegó a la conclusión de que dicho estándar requiere un marco de estabilidad legal y de negocios.

*“183. Aunque en el tratado no se define un tratamiento justo y equitativo, el preámbulo registra claramente el acuerdo de las partes de que dicho tratamiento “es deseable a fin de mantener un marco estable para la inversión y la utilización efectiva máxima de los recursos económicos”. La estabilidad del marco legal y de negocios es en consecuencia un elemento esencial del tratamiento justo y equitativo.*

*189. La cuestión que surge es si el trato justo y equitativo que impone el tratado es un estándar más exi-*

*gente que el que prescribe el derecho internacional consuetudinario (...)*

*190. El tribunal opina que, en el presente caso, el estándar del tratado no es diferente del que se requiere en el derecho internacional con respecto tanto a la estabilidad, así como también a la previsibilidad del marco jurídico y comercial de la inversión. En esa medida, el estándar del tratado puede equipararse a aquel contemplado en el derecho internacional...”*<sup>114</sup>

Este tribunal también concluyó que este estándar es objetivo y por lo tanto es irrelevante si el país receptor actúa o no de buena fe, conclusión que le costó al Ecuador algo más de USD 100 millones de dólares, cuando la buena fe es un elemento que necesariamente debe tomarse en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad de un Estado. Desde una óptica estrictamente jurídica, si se prueba que un Estado procede de buena fe, sería inaplicable cualquier sanción, lo cual en un sistema hecho para los inversionistas no necesariamente es conveniente.

Como es lógico la estabilidad legal y de negocios a la que aludió el tribunal OXY como un elemento del TJE no puede estar supeditada exclusivamente a las “motivaciones y consideraciones subjetivas de los inversionistas extranjeros” sino que “sus expectati-

<sup>114</sup>• LCIA, Occidental Exploration and Production Co. vs. Ecuador, Laudo Definitivo, Caso No. UN3467, 1 de julio de 2004, Párrafo 183, 190 y 340.

<sup>115</sup>• CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, Saluka Investment vs. República Checa, Laudo parcial. 17 de marzo de 2006, párrafo 304. Véase también: CIADI, Duke Energy vs Ecuador. Caso CIADI ARB 04/19, Laudo final de 18 de agosto de 2008, Párrafo 340.

*vas, a fin de que reciban protección, deben llegar al nivel de legitimidad y razonabilidad a la luz de las circunstancias.”<sup>115</sup>*

No fue ese el criterio adoptado por el tribunal del caso Murphy III, que en definitiva solo tuvo en cuenta las “circunstancias” del supuesto inversio-

nista y no se detuvo a analizar el entorno estatal ni las motivaciones que llevaron al Estado a actuar como lo hizo. Si ese hubiera sido el criterio, a lo mejor habría podido considerar que a pesar de sus esfuerzos previos, el Estado ecuatoriano se encontró atado de manos frente a la negativa de las contratistas petroleras respecto de la participación en



París, 5 de abril de 2014, oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY II, Dr. Diego García Carrión, Dr. José Manuel García Represa (DECHERT LLP) George Von Mehren (SQUIRE PATTON BOGGS LLP).

las ganancias extraordinarias que les generaban los altos precios de petróleo y en los que no participaba el Estado a pesar de ser dueño del recurso natural.

*“292. El Tribunal sostiene que la sanción y aplicación de la Ley 42 al 99% constituyó una violación de la expectativa legítima de la Demandante de que no se modificarían los términos básicos del Contrato de Participación salvo dentro de los límites de la ley y de conformidad con un acuerdo mutuo negociado entre socias contractuales. La expectativa legítima de que sería tratada en forma justa y de manera profesional como socia comercial contractual también fue violada por la conducta coercitiva de Ecuador en las negociaciones.*

*293. Por lo tanto, el Tribunal considera que Ecuador violó el estándar de TJE del Artículo II (3)(a) del Tratado cuando sancionó el Decreto 662 el 18 de octubre de 2007 y cuando adoptó medidas ulteriormente para aplicarlo.”<sup>116</sup>*

Algunos tribunales incluyeron, como parte del TJE, a la proporcionalidad pero con deferencia hacia el derecho interno de los Estados y como un candado para preservar el derecho regulatorio de estos últimos.

*“En vista de la preocupación que se ha expresado acerca de los posibles reclamos abusivos de inversionistas en cuanto a violaciones de sus expectativas legítimas y, como consecuencia, la posibilidad de la interpretación abusiva por parte de los tribunales- que podrían tener repercusiones devastadoras en el ejercicio del poder regulatorio por parte de los gobiernos, vale la pena tomar en cuenta las posiciones equilibradas que han adoptado ciertos tribunales recientes, que acompañaron su interpretación con una aclaración proporcionada.”*

*Varios tribunales se han adherido al razonamiento en S.D. Myers en cuanto a que la determinación de una violación de la obligación de “trato justo y*

116• Corte Permanente de Arbitraje, Murphy Exploration vs. Ecuador, Laudo Parcial Definitivo, 6 de mayo de 2016, párrafo 293.

117• YANNACA-SMALL Katia, Fair and Equitable Treatment Standard in Arbitration under International Investment Agreement, pp. 403. Texto original: “In view of the concern that has been expressed about possible abusive claims by investors of violations of their legitimate expectations and, consequently, the potential for abusive interpretation by tribunals- which might have a chilling effect on the governments’ exercise of regulatory power, it is worth looking at the balanced positions taken by some recent tribunals, which accompanied their interpretation with a proportionate clarification. A number of tribunals have followed the S.D. Myers reasoning that the determination of a breach of the obligation of “fair and equitable treatment” must be made in the light measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders. Therefore, it should not be handled as an inflexible yardstick.” CIADI, Occidental Petroleum vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, párrafo 452. CIADI, MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, 25 de mayo del 2004, párrafo 167. “[El Estado no es responsable] de las consecuencias de decisiones comerciales poco prudentes ni de la falta de diligencia del inversionista. Su responsabilidad se limita a las consecuencias de su(s) propia(s) acción(es), en la medida que ellas violen la obligación de tratar a las Demandantes de manera justa y equitativa”.

*equitativo” debe hacerse atendiendo a la medida de deferencia que el derecho internacional extiende en general al derecho de las autoridades nacionales a regular materias que están dentro de sus propias fronteras. Por lo tanto, no se la debe manejar como un criterio inflexible.”<sup>117</sup>*

Sin embargo de esta conceptualización que existe respecto de la proporcionalidad, y apartándose totalmente de ella, el Tribunal del caso OXY II, procediendo de manera totalmente contraria, condenó al Ecuador por violación del estándar de TJE al considerar que la declaratoria de caducidad, mediante la que se terminó el contrato a la compañía Occidental, era en su opinión desproporcionada.

*“Se deduce que incluso si OXY, como el tribunal determinó antes, incumplió la Cláusula 16.1 del Contrato de Participación y fue culpable de una violación procesable del artículo 74.11 (o los Artículos 74.12 o 74.13), la Declaratoria de Caducidad no fue una respuesta proporcionada en esas circunstancias particulares y así lo determina el Tribunal. La Declaratoria de Caducidad fue por lo tanto emitido violando el derecho ecuatoriano, violando el derecho internacional consuetudinario y violando el tratado. En cuanto a este último, el tribunal expresamente determi-*

*na que la Declaratoria de Caducidad constituyó un incumplimiento de parte de la Demandada de su obligación según el Artículo 11.3 (a) de acordar tratamiento justo y equitativo a la inversión de OXY y otorgarles un tratamiento no inferior al exigido por el derecho internacional.”<sup>118</sup>*

No solo que el tribunal no tuvo la debida deferencia al derecho ecuatoriano, sino que convirtió al TBI en un seguro a favor de OXY frente a sus propias decisiones comerciales inapropiadas o poco prudentes,<sup>119</sup> como la de ceder sus derechos en el contrato sin la debida autorización del Estado, incumpliendo la legislación ecuatoriana y lo que es peor intentando luego engañar sobre esto a las autoridades.

Los reclamos por denegación de justicia no han sido ajenos para el Ecuador y de hecho, hasta la fecha de publicación de este libro, existen dos casos pendientes de resolución en donde este es el reclamo principal.

Previamente, en el arbitraje iniciado por las compañías Chevron-Texaco (Chevron II) aunque de inicio la acusación principal fue de denegación de justicia, al finalizar el procedimiento el tribunal, tras una nueva conceptualización del artículo II (7) del TBI Ecuador-Estados Unidos invocado por la petrolera para fundamentar su reclamos por denegación de

118• CIADI, Duke Energy vs Ecuador. Caso CIADI ARB 04/19, Laudo final, 18 de agosto de 2008, párrafo 391.

119• CIADI, MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, 25 de mayo del 2004, párrafo 167.

“[El Estado no es responsable] de las consecuencias de decisiones comerciales poco prudentes ni de la falta de diligencia del inversionista. Su responsabilidad se limita a las consecuencias de su(s) propia(s) acción(es), en la medida que ellas violen la obligación de tratar a las Demandantes de manera justa y equitativa”.

justicia, condenó al Ecuador por violación del estándar de medios de efectivos.

Aunque no existe una definición clara sobre el estándar de medios efectivos, este ha sido considerado de diversas maneras por los pocos tribunales que se han referido a él y puede encontrarse en varios TBI suscritos por los Estados Unidos.

Por ende, puede resultar útil hacer una revisión de este en el Reporte del Departamento de Estado al Presidente de Estados Unidos en 1983 respecto del TBI firmado con Senegal, en el que explica que dentro de los objetivos del TBI figura el mantener un ambiente favorable para las inversiones, para lo cual cada parte establecerá medios eficaces para hacer valer sus reclamaciones, así como los derechos respecto a los acuerdos de inversión, las autorizaciones de inversión y las propiedades. Además cada parte otorgará a los nacionales de la otra parte, en términos y condiciones no menos favorables que las otorgadas en situaciones similares el derecho de acceso a los tribunales de justicia, tribunales y organismos administrativos y todos los demás que ejercen autoridad jurisdiccional.

De la misma forma, en 1984, el TBI entre Estados Unidos y el Congo ratificó en su lenguaje el que la cláusula respecto de los medios efectivos se traducía en la obligación de las partes de otorgar a los inversionistas el derecho de acceso a los tribunales y justicia.

El texto de la cláusula II (7) fue utilizado por primera vez en el TBI entre Estados Unidos y Turquía en 1985

(entró en vigencia en 1990). Otros TBI utilizaron dicha cláusula como por ejemplo los suscritos con la República Checa, Eslovaquia, Estonia, Sri Lanka y Túnez.

En el caso Duke Energy contra Ecuador, el tribunal al referirse al artículo II (7) del TBI suscrito con Estados Unidos, lo hizo de la siguiente forma:

*“Esta disposición garantiza el acceso a los tribunales y la existencia de mecanismos institucionales de protección de inversiones. En consecuencia, tiene como fin hacer efectiva la garantía más general de protección contra la denegación de justicia, y forma parte de la misma.”<sup>120</sup>*

Es decir, de acuerdo con el tribunal del caso Duke, el artículo II (7) no es una ley especial ni contiene un estándar independiente, solo corresponde a una garantía de acceso a la justicia.

El 30 de marzo de 2010, el tribunal arbitral que conoció el caso Chevron II, emitió un laudo parcial en el que encontró al Ecuador culpable por la violación del artículo II (7) del TBI, por el retraso injustificado en la administración de justicia, debido a que las cortes ecuatorianas no dictaron sentencia en siete demandas presentadas por una filial de las demandantes en los años previos a que las demandantes inicien el arbitraje en virtud del Tratado.

El tribunal en el caso Chevron II basó su decisión en una violación del estándar de medios efectivos previsto en el texto del artículo II (7) del TBI suscrito entre el Ecuador y los Estados Unidos:



*“Cada Parte deberá proveer medios efectivos de hacer valer las demandas y ejercer los derechos con respecto a la inversión, los contratos de inversiones, y las autorizaciones de inversión.”*

El tribunal consideró que el artículo II (7), expresa un estándar de “medios efectivos”, lo cual constituye una *lex specialis* y no una mera reformulación de la ley sobre denegación de justicia.<sup>121</sup>

La calificación del artículo II (7) como ley especial hecha por el tribunal tuvo una grave consecuencia para el Ecuador pues al exigir una prueba distinta y menos exigente que le sea aplicable en comparación con la denegación de justicia al amparo del derecho internacional consuetudinario,<sup>122</sup> determinó una responsabilidad que no existe para el Estado.

Otro efecto de la determinación de una *lex specialis*, o lo que es lo mismo de un estándar independiente para el tribunal, es que los demandantes no demostraron y de hecho no podían hacerlo, un agotamiento estricto de los recursos locales a fin de que el tribunal determine una violación del artículo II (7)<sup>123</sup>

Es decir, el tribunal diferenció claramente los requisitos necesarios para la demostración de la violación del estándar la denegación de justicia bajo el Derecho Internacional Consuetudinario y el estándar independiente establecido en el artículo II (7). En palabras del propio Tribunal:

*“Aunque el tribunal está ampliamente convencido de que un requisito de agotamiento de los recursos locales se aplica en general a las demandas por denegación de justicia, los reclamos de los Demandantes por violaciones del TBI y el artículo II (7) en particular no están sujetos a los mismos requisitos estrictos de agotamiento.”<sup>124</sup>*

Al contrario, bajo el esquema planteado por el tribunal la carga de la prueba sobre el agotamiento de los recursos, bajo el parámetro de “medios efectivos”, se revierte y en este caso es el Estado quien debe demostrar que existen los recursos, antes de que se exija a un demandante que demuestre su ineffectividad o que recurrir a ellos es inútil.<sup>125</sup>

Bajo las acusaciones de denegación de justicia de acuerdo

120• CIADI, Duke Energy vs Ecuador. Caso CIADI ARB 04/19, Laudo final, 18 de agosto de 2008, párrafo 391.

121•Corte Permanente de Arbitraje, CHEVRON Corp. y TEXACO vs. Ecuador, Caso Chevron II, Laudo Parcial sobre méritos, 30 de marzo de 2010, párrafo 242.

122•Ibid, párrafo 244.

123•Ibid, párrafo 268.

124• Ibid, párrafo 321.

125• Ibid, párrafo 329.

el derecho internacional, el tribunal estaba abocado a juzgar todo el sistema judicial ecuatoriano, sin embargo al establecerse un estándar independiente bajo lo previsto en el artículo II (7) el tribunal no tuvo que hacer dicho análisis y tan solo juzgar el caso Chevron.<sup>126</sup>

En cualquier caso, ni bajo el estándar de medios efectivos ni bajo el estándar de denegación de justicia, el tribunal podía, como lo hizo en el del caso Chevron II, tomar el lugar de los jueces locales y resolver las causas que estaban pendientes en el Ecuador. No existe en el TBI aplicable una disposición que le otorgue tal facultad, ni las partes accedieron a ello durante el procedimiento. Esta conducta desconoce la deferencia que por principio tiene el derecho internacional respecto del derecho local y convierte al arbitraje internacional en una instancia de revisión de sentencias locales, lo cual contraría absolutamente la naturaleza de la protección internacional de las inversiones.

### 3.3.2 EXPROPIACIÓN

Una de las particularidades del derecho internacional ha sido la protección de la propiedad de los extranjeros y de sus inversiones, lo que ha sido recogido por la mayoría de los AII y los TBI, considerando que estos últimos han contribuido al desarrollo del derecho internacional.

La mayoría de los TBI “reconocen el derecho de los países anfitriones a expropiar o nacionalizar

*una propiedad privada sujeta a ciertas condiciones. La mayoría de las cláusulas sobre expropiación se aplican a las expropiaciones y nacionalizaciones, y en general evitan definir estos términos así como aclarar la distinción entre las dos”.*

*Aunque la redacción específica podría variar, la mayoría de cláusulas sobre expropiación han continuado con el enfoque tradicional de extender la protección a las medidas del país anfitrión que tuvieren un efecto equivalente a una expropiación o equivalieren a una expropiación. Otros acuerdos usan el término expropiaciones indirectas.”<sup>127</sup>*

Formalmente la expropiación implica una apropiación forzada por parte del Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o legislativos. Al ser una facultad reconocida para el Estado no necesariamente le acarrearán responsabilidad; esta surge cuando:

*“la expropiación y otras medidas tienen lugar en condiciones o circunstancias incoherentes con los estándares internacionales que rigen el ejercicio del Estado del derecho o, dicho de otra manera, que son contrarias a las normas que protegen los derechos adquiridos de los extranjeros de [sic] u omisiones “arbitrarias” por parte del Estado.”<sup>128</sup>*

126• Ibid, párrafo 332.

Como ya se dijo, se considera que existen dos tipos de expropiación: directa e indirecta y aunque definir las no suele ser fácil, puede hacerse una aproximación bastante exacta.

La directa se produce a partir de medidas que ocasionan la privación de la propiedad de manera inmediata o la pérdida de control de su propiedad/inversión por parte de su dueño.

La expropiación indirecta (también denominada de facto o creeping expropriation) se produce debido a conductas o actos que privan al particular del uso y goce de su propiedad aun cuando conserve el título legal que lo acredita como dueño.

Al respecto el tribunal del caso Marvin Roy Feldman Karpa c/ Estados Unidos Mexicanos estableció que:

*“...los gobiernos deben tener la libertad de actuar en pro del interés público más amplio a través de la protección del medio ambiente, regímenes*

*impositivos nuevos o modificados, el otorgamiento o cancelación de subsidios gubernamentales, la reducción o el aumento de los niveles arancelarios, la imposición de zonas restringidas y medidas similares.*

*Ninguna reglamentación gubernamental razonable de este tipo puede lograrse si se permite que los negocios que se vean perjudicados busquen una indemnización, y cabe afirmar con certeza que el derecho internacional consuetudinario reconoce esta circunstancia.*

*Trazar una línea divisoria entre la expropiación y la actividad regulatoria ha sido una tarea difícil...un Estado es responsable por la expropiación de bienes cuando somete los bienes extranjeros a impuestos, regulaciones u otras medidas de naturaleza confiscatoria o que impidan, interfieran arbitrariamente o demoren indebidamente el goce efectivo de los bienes extranjeros o su traslado desde el territorio de ese Estado”.*<sup>129</sup>

127• UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investments rulemaking, United Nations. New York and Geneva 2007. p. 44.

128• CIADI, Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo 29 de mayo de 2003, párrafos 119 y 120:

*“119. Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna. También lo es que en el ámbito o desde la perspectiva del derecho interno de ese Estado, es sólo conforme a su derecho y ante sus tribunales que deberán apreciarse en qué medida el ejercicio de tales facultades es o no legítimo; y cuáles son los límites que, de ser transgredidos, originan la obligación de indemnizar al administrado por violación de su derecho de propiedad.*

*120. Sin embargo, la perspectiva de este Tribunal Arbitral es distinta. Su función es la de examinar si la resolución infringe el acuerdo a la luz de sus disposiciones y del derecho internacional. No revisa los fundamentos o las motivaciones que condujeron a la resolución, a los efectos de determinar si fue o no legalmente expedida o su procedencia. Pero sí debe considerar dichos aspectos para determinar si el acuerdo fue o no violado. Que la actuación atribuible a la Demandada sea legítima, lícita o conforme a derecho desde la óptica de su derecho interno no significa que lo sea bajo el acuerdo o el derecho internacional.*

Una medida expropiatoria ilegítima trae como corolario una indemnización. En palabras del tribunal del caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos *“Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna. También lo es que en el ámbito o desde la perspectiva del derecho interno de ese Estado, es sólo conforme a su derecho y ante sus tribunales que deberán apreciarse en qué medida el ejercicio de tales facultades es o no legítimo; y cuáles son los límites*

*que, de ser transgredidos, originan la obligación de indemnizar al administrado por violación de su derecho de propiedad (...). Que la actuación atribuible a la demandada sea legítima, lícita o conforme a derecho desde la óptica de su derecho interno no significa que lo sea bajo el derecho internacional”*<sup>130</sup>

En relación a la expropiación o nacionalización de las inversiones extranjeras, los TBI generalmente establecen que el Estado receptor de la inversión solo podrá tomar este tipo de medidas cuando estas:

- i) Respondan a imperativos de utilidad pública, de



La Haya, 10 de septiembre de 2013, Palacio de Justicia. Audiencia Reconvencional de Perenco, Dr. Diego García Carrión, Dr. Eduardo Silva (DECHERT LLP).

seguridad o interés nacional. ii) Sean adoptadas según el debido procedimiento legal. iii) No sean discriminatorias. iv) Estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada, efectiva y sin demora.

Es aquí donde surgen, quizá, las cuestiones más interesantes en torno al límite del poder de policía del Estado, esto es, determinar cuándo una regulación estatal puede implicar una expropiación indirecta o de facto de una inversión extranjera.

Ya en la práctica otro de los problemas que acarrea una expropiación es el método de cálculo o las variables que deben usarse para fijar el monto de la indemnización. Al respecto no parece haber un consenso ni en la doctrina ni en los tribunales.

Por tanto, para cada situación puede existir un método, aunque es cierto que hay métodos preferidos por los Estados y aquellos preferidos por los inversionistas.

### 3.3.2.1 LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR

La expropiación ha sido objeto de pronunciamiento por parte de los tribunales en tres casos en los que ha intervenido Ecuador, a saber: OXY II, Perenco y Burlington.

Sobre el primero, el tribunal, apartándose del derecho internacional, concluyó que el Ecuador había violado su obligación de otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones de OXY y lo hizo al considerar que la conducta del Estado ecuatoriano fue desproporcionada y que la terminación del contrato de la petrolera equivalía a una expropiación.

Esta absurda conclusión dejó de lado que la terminación del contrato a través de la caducidad era una sanción prevista en la ley frente a una conducta ilegal del inversionista, por tanto jamás podrían encontrarse en ella los elementos para una expropiación. La conclusión del tribunal también ignoró que la caducidad estaba prevista en el contrato y fue aceptada

129• CIADI, Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N° ARB (AF)/99/1; 16 de diciembre de 2002, párrafo 103.

130• CIADI, Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2), Laudo 29 de mayo de 2003, párrafos 119 y 120:

- “119. Es principio indiscutido que el ejercicio por el Estado de facultades soberanas bajo el poder de policía puede ocasionar perjuicios económicos a los administrados sin compensación alguna. También lo es que en el ámbito o desde la perspectiva del derecho interno de ese Estado, es sólo conforme a su derecho y ante sus tribunales que deberán apreciarse en qué medida el ejercicio de tales facultades es o no legítimo; y cuáles son los límites que, de ser transgredidos, originan la obligación de indemnizar al administrado por violación de su derecho de propiedad.
- 120. Sin embargo, la perspectiva de este Tribunal Arbitral es distinta. Su función es la de examinar si la Resolución infringe el Acuerdo a la luz de sus disposiciones y del derecho internacional. No revisa los fundamentos o las motivaciones que condujeron a la Resolución, a los efectos de determinar si fue o no legalmente expedida o su procedencia. Pero sí debe considerar dichos aspectos para determinar si el Acuerdo fue o no violado. Que la actuación atribuible a la Demandada sea legítima, lícita o conforme a derecho desde la óptica de su derecho interno no significa que lo sea bajo el Acuerdo o el derecho internacional.

por la contratista, por lo que cualquier conclusión sobre la desproporcionalidad no tiene base.

Los otros dos casos en los que se ha abordado la discusión de la expropiación son los arbitrajes iniciados por separado por las compañías Perenco y Burlington en contra del Estado ecuatoriano. Ambas compañías eran socias del Consorcio que operaba los Bloques 7 y 21 de la Región Amazónica, para lo cual habían suscrito dos contratos de participación. La controversia se originó luego de que el Ecuador pusiera en vigencia la ley 42-2006 mediante la que estableció que las contratistas debían pagar un porcentaje (primero del 50% y luego de 99%) de las ganancias extraordinarias derivadas de los altos precios del petróleo. En Julio de 2009 abandonaron las operaciones de los Bloques, iniciando entonces arbitrajes de inversiones amparados en los Tratados Bilaterales de Francia y EE.UU.

De su lado el Ecuador, en cumplimiento de lo previsto en la Ley de Hidrocarburos, asumió la operación de los bloques debido al altísimo riesgo que representaba para los pozos y para la producción petrolera dejarlos abandonados tal y como lo hizo la Contratista. La operación sin embargo, se la hizo en nombre de las antedichas compañías, reconociendo expresamente su titularidad en los contratos de exploración y explotación. En 20 de julio de 2010, el entonces Ministro de Recursos Naturales no Renovables, luego del procedimiento de ley, declaró la caducidad de los contratos para los Bloques 7 y 21.

Es decir, ambos arbitrajes se iniciaron por las dos socias de un mismo Consorcio, bajo el mismo marco fáctico y contractual, bajo disposiciones similares de los TBI, a pesar de lo cual las conclusiones de los tribunales son diferentes. En particular en el asunto de la expropiación las diferencias son notables respecto de la determinación de qué conductas o hechos la configuran, así:

<p style="text-align: center;"><b>BURLINGTON</b> <b>Laudo</b> <b>14 de diciembre de 2012</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>PERENCO</b> <b>Laudo</b> <b>12 de septiembre de 2014</b></p>
<p><b>SOBRE LA INTERVENCIÓN DE PETROECUADOR</b></p> <p>Según el tribunal, las pruebas no establecieron de manera convincente que la suspensión de las operaciones habría creado un riesgo de daño significativo. El ingreso y la ocupación de Ecuador en los Bloques 7 y 21 desposeyeron a Burlington de sus yacimientos de petróleo. Esta conducta no solo privó a Burlington de su participación en la producción de petróleo, y por lo tanto de sus ganancias, sino también de los medios de producción que hicieron posible esas ganancias. El tribunal concluyó que la ocupación física de los Bloques 7 y 21 efectuada por Ecuador expropió la inversión de Burlington el 30 de agosto de 2009. (Párrafos 519 - 537)</p>	<p><b>SOBRE LA INTERVENCIÓN DE PETROECUADOR</b></p> <p>El tribunal acepta que cuando el consorcio anunció su intención de suspender las operaciones, había razones justificadas y válidas para que el Estado interviniera con el fin de operar los Bloques, para así garantizar su continuidad y mantener su productividad. En consecuencia, el tribunal acepta que el Estado tenía el derecho a operar y mantener los Bloques luego de que el consorcio se retirase. Esta intervención que NO interfirió con el derecho del Consorcio de administrar y controlar los Bloques no constituyó una expropiación ni puede considerarse como parte de la misma. (párrafos 704 y 705)</p>
<p><b>DE LA CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS</b></p> <p>El tribunal Burlington al considerar como conducta expropiatoria la intervención en los bloques, determinó que el decreto de caducidad no debía ser analizado y omitió cualquier consideración al respecto.</p>	<p><b>DE LA CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS</b></p> <p>Para el Tribunal, si bien Perenco podía suspender legítimamente las operaciones frente a un incumplimiento contractual sin que su propio accionar se considere un incumplimiento, esto no debe llevar a la conclusión de que ante la suspensión de las operaciones el Estado no tenía derecho a intervenir y que dicha intervención constituyó una expropiación.</p>

A continuación se abordarán de manera más detallada cada una de estas decisiones arbitrales.

Como ya se dijo, en el caso Perenco, el tribunal en su laudo de responsabilidad encontró que el Ecuador era responsable por expropiación en base al siguiente razonamiento:

*“671. Al parecer, si bien la Demandante advirtió que la ley 42 al 50% fue la primera de una serie de medidas que culminaron en la expropiación de su inversión, no sostuvo con firmeza que la ley 42 al 50% constituía en sí misma una expropiación. El tribunal está de acuerdo con que la ley 42 al 50% no constituyó una privación a la luz del Artículo 6.*

*680. En opinión del tribunal, si bien el decreto 662 fue violatorio del artículo 4 del tratado por las razones expuestas anteriormente, no constituyó una expropiación indirecta. Las razones del tribunal pueden explicarse en tres pasos.*

*706. El tribunal pasará ahora a analizar la decisión de la Demandada de iniciar el proceso de caducidad, lo que también puede hacerse sucesivamente. Si bien acepta que el Estado tenía del derecho a intervenir y operar los bloques, el tribunal no acepta que el Estado estaba obligado a dar por extinguidos los contratos de la Demandante mediante una declaración de caducidad. El tribunal advierte, en este sentido, que, en virtud del artículo 74 del capítulo IX de la Ley*

*de Hidrocarburos, el Ministerio “puede declarar la caducidad de los contratos, si el contratista” realiza alguno de los 13 diferentes tipos de actos que incluyen suspender las operaciones “sin causa que lo justifique, calificada por Petroecuador”. El tribunal pone en relieve el hecho de que la frase de apertura del artículo 74 expresa una prerrogativa y no una obligación. En otras palabras, el Ministerio está facultado para declarar la caducidad de los contratos ante alguna de las circunstancias específicas, pero no está obligado a hacerlo.*

*707. El tribunal acepta el argumento del Ecuador de que esto no fue realizado sin previo aviso al consorcio. El Ministerio y Petroecuador enviaron pedidos al consorcio en cuatro oportunidades solicitando que retomaran las operaciones y advirtiendo que la omisión en este sentido podría derivar en la extinción de los contratos.*

*708. Sin embargo, en todas las circunstancias del caso, el tribunal considera que el Ministerio debió haber frenado sus acciones y esperado el resultado de este arbitraje. No fue contrario al artículo 6 que Ecuador haya continuado operando los yacimientos frente a la negativa de la Demandante de retomar las operaciones hasta que la cuestión de las coactivas haya sido resuelta a su satisfacción. Pero la decisión de iniciar el proceso de caducidad y de dar por extinguidos los derechos contractuales de Perenco durante este arbitraje constituye, en opinión del tribunal, una violación del artículo 6.*



709. En este sentido, el tribunal señala que cuando Ecuador primero manifestó su incapacidad para cumplir con la decisión sobre Medidas Provisionales, declaró que no tenía intención de dar por extinguidos los contratos de participación:

*...No obstante ello, Ecuador está empeñado en contribuir al objetivo central de la Decisión, es decir evitar que se tomen medidas que pudieran perjudicar la efectividad de algún laudo que se pudiera emitir en el futuro (en caso de que el tribunal en última instancia confirme su jurisdicción y resuelva las cuestiones de fondo). A tal efecto, Ecuador tiene la intención de hacer cumplir la ley 42 de tal manera de evitar la interrupción de las actividades de Perenco. En particular, Ecuador no desea incautar los bienes del consorcio más allá del equivalente en petróleo del valor de la deuda pendiente de pago. Tampoco desea Ecuador resolver los contratos de participación, o tomar acciones legales contra los representantes de Perenco”.*

710. El Tribunal reconoce que esta declaración de intención fue anterior a la suspensión de las operaciones por parte del consorcio y al intercambio epistolar entre las partes. La potestad del Ministerio de iniciar o no el proceso de caducidad era discrecional y el tribunal entiende que esta potestad debería haberse ejercido en pos de evitar el proceso de caducidad mientras se esperaba una declaración sobre los derechos y las obligaciones de las partes en este procedimien-

*to. Por ello, el tribunal concluye que a partir de la fecha de la declaración de la caducidad, momento en que se extinguieron los derechos del consorcio, la Demandada expropió los derechos contractuales de Perenco en violación del artículo 6 del tratado. Esta es la fecha de la expropiación; por las razones expuestas anteriormente, el tribunal rechaza el argumento de la expropiación escalonada de Perenco.*

711. Esta declaración de caducidad fue, por la misma razón, violatoria del contrato del Bloque 21, porque habiendo ocupado los bloques para salvaguardar los yacimientos, era innecesario que el Ministerio diera por extinguido el contrato.”

Esta conclusión dejó de lado varios hechos objetivos:

Como cualquier otro gravamen sobre utilidades extraordinarias, la ley 42 redujo la rentabilidad de Perenco, no privó a la Demandante de sus derechos de gestión y control de su inversión en Ecuador, ni alcanzó el nivel requerido de una disminución sustancial del valor de dicha inversión. El tribunal, como lo han hecho otros, debió distinguir entre una privación parcial del valor, que no es una expropiación y una “privación total o casi total del valor”, que puede constituir una expropiación.

Y esa distinción fundamental no la hizo, a pesar de la evidencia presentada y a pesar de que la declaratoria de caducidad del contrato se originó en el abandono

de la compañía del país. El tribunal no se detuvo a considerar este asunto y las consecuencias para el país, seguramente porque los árbitros (y esto puede ser imputable en general a todos los árbitros) no suelen conocer la dinámica de un Estado, no solo en la parte operativa sino en relación a los intereses que representa.

En el caso Burlington, también hubo por parte del tribunal una declaración de responsabilidad del Estado ecuatoriano a partir de una supuesta expropiación, pero basándose en una motivación distinta.

El tribunal en su laudo de responsabilidad dijo que:

*“519. (...) El tribunal no está convencido de que la suspensión de las operaciones haya supuesto un riesgo de daño significativo que justifique la intervención inmediata de Ecuador.*

*528. Por lo tanto, las pruebas no establecen de manera convincente que la suspensión de las operaciones habría creado un riesgo de daño significativo. Asimismo, el tribunal entiende que la intervención inmediata de Ecuador en los bloques puede no estar justificada, sobre la base de que fue necesario prevenir un daño serio y permanente a los Bloques.*

*529. Por los motivos antes expuestos, el Tribunal considera que el ingreso y la toma de posesión de los bloques efectuada por Ecuador no estuvo justificada en virtud de la doctrina del poder*

*policial porque i) al momento de tomar posesión de los bloques, la decisión de Burlington de suspender las operaciones estaba legalmente justificada como una cuestión del derecho ecuatoriano y ii) las pruebas no muestran que la intervención inmediata de Ecuador en los bloques fuera necesaria para prevenir un daño grave y significativo a los Bloques. La siguiente cuestión es valorar los efectos de la ocupación llevada a cabo por Ecuador en los Bloques de Burlington.*

*530. Como una cuestión meramente fáctica, el ingreso y la ocupación de Ecuador en los bloques 7 y 21 desposeyó a Burlington de sus yacimientos de petróleo. Esta desposesión no solo privó a Burlington de su participación en la producción de petróleo, y por lo tanto de sus ganancias, sino también de los medios de producción que hicieron posible esas ganancias. En resumen, la ocupación de los bloques privó a Burlington de todos los bienes tangibles que componían su inversión en Ecuador. Si bien Burlington aún poseía los derechos de su subsidiaria en los CP, al igual que las acciones de su subsidiaria, estos derechos y acciones carecían de valor sin la posesión de los yacimientos de petróleo y sin acceso al petróleo.*

*535. Sobre esta base, el tribunal considera que, al vencimiento del plazo de 10 días mencionado anteriormente en la carta del Ministro Pinto del 19 de agosto de 2009, la posibilidad de que el consorcio reanudase las operaciones y, por ende, Burlington recuperara el control de los bloques,*

*se había extinguido completamente. Por lo tanto, el tribunal considera que el 30 de agosto de 2009 la toma de los bloques por parte de Ecuador se volvió una medida permanente. A partir de esa fecha, Ecuador privó a Burlington del uso y control efectivo de los bloques 7 y 21 de manera permanente y por ende, expropió su inversión.*

*536. Ecuador alega que la toma de los bloques no afectó los derechos de la subsidiaria de Burlington en virtud de los CP. A pesar de que estos derechos contractuales permanecían nominalmente vigentes después de la toma (dado que la caducidad se declaró un año después, en julio de 2010), habían sido privados de todo su valor real desde que Burlington perdió permanentemente el uso y control efectivo de su inversión. La terminación de los CP de los bloques 7 y 21 por medio del procedimiento de caducidad de julio de 2010 meramente formalizó una situación imperante, pero es irrelevante a los fines del análisis de la expropiación. Como resultado, el tribunal omitirá la revisión de las alegaciones y los argumentos específicos efectuados en relación con la caducidad.*

*537. Por los motivos antes mencionados, el tribunal concluye que la ocupación física de los Bloques 7 y 21 efectuada por Ecuador expropió la inversión de Burlington el 30 de agosto de 2009. Siendo esto así, la siguiente cuestión que surge es si la expropiación fue ilegítima. Pero antes de*

*analizar esta cuestión, el tribunal abordará brevemente la alegación de Burlington de que este es un caso de expropiación progresiva.”*

Este tribunal también ignoró cuestiones fundamentales como:

- La intervención de Ecuador en los bloques no fue expropiatoria. Por el contrario, la decisión ilegal de Burlington de suspender las operaciones fue parte de una estrategia, diseñada para forzar a Ecuador a intervenir y, por ende, crear una apariencia de expropiación directa. Específicamente, Ecuador estableció i) que la amenaza de Burlington de suspender las operaciones en los bloques fue ilegal y no estuvo justificada económicamente, ii) que la decisión de Burlington amenazó con una pérdida económica significativa y otros daños graves en los bloques y iii) que la intervención no fue expropiatoria, sino que fue una medida temporaria adoptada en respuesta a la conducta ilegítima de Burlington; como tal, fue necesaria, adecuada y proporcional conforme a las circunstancias.
- La decisión de Burlington de suspender las operaciones en los bloques no estaba ni al amparo del derecho ecuatoriano ni del contrato con Ecuador. De manera expresa la Ley de Hidrocarburos establece a la suspensión de operaciones como una causal de caducidad. Por su parte, la Constitución de la República dispone expresamente que los recursos naturales no re-

novables del Estado son parte de sus sectores estratégicos. En tal virtud, esos recursos deben ser protegidos. La misma Constitución prohíbe además, la suspensión de los servicios públicos que incluyen *inter alia*, la producción de hidrocarburos.

- También los Contratos de Participación establecen que una suspensión de las operaciones es una violación de las obligaciones asumidas por las contratistas, pues estas debían “*iniciar (...) y continuar la ejecución de las operaciones en el Área del Contrato*” según el contrato para el bloque 21 y “cumplir y exigir que sus subcontratistas cumplan todas las leyes, reglamentos y otras disposiciones aplicables” según el contrato para el bloque 7.
- Burlington no tenía una causa justa para suspender las operaciones en los bloques. Ya sea una cuestión del derecho ecuatoriano o del derecho internacional, no puede invocar el principio *exceptio non adimpleti contractus*. Si bien el artículo 1568 Código Civil Ecuatoriano ratifica este principio y permite que una parte suspenda el cumplimiento de sus obligaciones si la otra deja de cumplir las suyas, resulta incompatible con los intereses generales que se protegen a través de los contratos administrativos.

La decisión de Burlington de suspender las ope-

raciones en los bloques amenazó con una pérdida económica significativa para Ecuador y otros daños graves y permanentes a los bloques.

### 3.3.3 TRATO NACIONAL

El objetivo de las cláusulas que garantizan el trato nacional, es otorgar igualdad de condiciones entre inversionistas extranjeros y sus correspondientes competidores locales. En virtud de esta cláusula, el Estado receptor se obliga a no realizar una diferenciación negativa entre un inversionista local y uno extranjero, tanto en la aplicación de leyes existentes como en la promulgación de nuevas leyes o regulaciones.

Mientras que una diferenciación negativa es prohibida a la luz de los TBI, una diferenciación positiva es permitida y, en ciertos casos, obligatoria bajo el actual régimen de inversiones. El lenguaje de los TBI anticipa la posibilidad de que el derecho nacional pueda ser modificado en el contexto de una reforma económica o social y que esto derive en leyes que otorguen una protección menor a la propiedad privada de los nacionales del Estado receptor (y consecuentemente al inversionista) que la establecida en las reglas generales del derecho internacional.<sup>131</sup>

Esta precaución se sintetiza en los TBI al estipular que el Estado otorgará un tratamiento “no menos favorable” que el otorgado a un nacional del Estado

131• VINUESA Raul, ‘National Treatment, Principle’ en R. Wolfrum (editor), Encyclopedia of Public International Law, volumen II, 2012.

receptor. De esta manera, se reconoce que pueden existir normas del derecho internacional que son más favorables que las normas nacionales y que, en esos casos, el Estado estaría obligado a realizar una diferenciación positiva y otorgar un trato preferencial al inversionista extranjero.<sup>132</sup> La posibilidad de cierto grado de discriminación entre extranjeros y nacionales es permitida bajo el derecho internacional consuetudinario.<sup>133</sup>

La aplicación práctica de este concepto en casos específicos, ha producido resultados variados y en algunas ocasiones cuestionables. Para determinar la medida del cumplimiento del estándar, es necesario realizar una comparación. Primero, se debe determinar si el inversionista extranjero y el local se encuentran dentro de una situación comparable, en circunstancias similares (por ejemplo, si son competidores en un mercado común, en un territorio común.). Segundo, se tiene que determinar si el trato otorgado al inversionista es al menos igual de favorable al trato otorgado al inversionista local. Tercero, en el caso de un trato menos favorable, se tiene que determinar si la diferenciación fue justificada. El análisis de estos parámetros conlleva una investigación fáctica intensa que combina complejos factores comerciales, económicos y legales.<sup>134</sup>

En el primer paso en esta metodología, la determina-

ción de igualdad de circunstancias, ha llevado a los tribunales arbitrales a resultados considerablemente inconsistentes. En casos como *Feldman c. México*, el tribunal interpretó que “iguales circunstancias” significa que el inversionista tiene que encontrarse en el mismo tipo de negocio o mercado que los supuestos inversionistas locales beneficiados, en este caso, el negocio de exportación de cigarrillos.

### 3.3.3.1 LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR

En contraste con lo dicho, en *Occidental c. Ecuador (OXY I)*, el tribunal tomó un enfoque mucho más cuestionable al concluir que, para buscar su base de comparación, no tenía que restringirse únicamente a las empresas productoras de petróleo, sino que podía extenderla a cualquier tipo de negocio, productor local o productor en general. De esta manera, el tribunal concluyó que existió una violación a la obligación de trato nacional relacionada con la aplicación del IVA a las exportaciones de petróleo de *Occidental*, ya que la aplicación de las normas de IVA a productores en otros sectores de la economía (diferentes al sector petrolero) eran más permisibles. El tribunal rechazó el argumento Estatal de que la base relevante de comparación para determinar si existía un trato menos favorable al inversionista eran los productores locales de petróleo y los actores del sector petrolero. El tribunal sostuvo de manera

132• DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, pp. 198.

133• MCLAHLAN Campbell et al, *International Investment Arbitration*, 2007, p.251

134• DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012, pp. 199.

inexplicable que dicha comparación no puede ser realizada tomando como referencia únicamente a los actores y a las actividades particulares del sector petrolero.<sup>135</sup> Al llegar a esta determinación, el tribunal en OXY I ignoró claramente la jurisprudencia de la OMC (que es la más desarrollada en materia de trato nacional), sin referirse a jurisprudencia del régimen de inversión que respalde esta desviación.<sup>136</sup> La legislación de las cortes inglesas que revisaron esta controversia no permitía entrar a discutir los detalles del fondo del laudo.

Las bases de comparación de actividades entre inversionistas locales y extranjeros es un tema que aún sigue siendo controversial.

### 3.3.4 CLÁUSULA PARAGUAS

La denominada ‘cláusula paraguas’ es una estipulación que requiere que un Estado contratante respete los compromisos contractuales que ha asumido con respecto a un inversionista del otro Estado contratante. Alrededor del 40% del total de TBI existentes a nivel mundial contienen una cláusula paraguas.<sup>137</sup>

Por ejemplo, el artículo 3.C del TBI Ecuador-Estados Unidos señala que “*cada parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.*”

En la interpretación de este tipo de provisiones, numerosos tribunales se han cuestionado si la cláusula

paraguas “equipara” o “eleva” un incumplimiento contractual al nivel de una violación de una obligación internacional contenida en un tratado.

Desde la perspectiva de las empresas públicas, agencias autónomas del gobierno central u otras personas jurídicas cuyas actividades no son originalmente atribuibles al Estado bajo el derecho internacional (*Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados el 2001 por la Comisión de Derecho Internacional*), una interpretación exageradamente amplia de la cláusula paraguas representa un factor de incertidumbre ya que en ciertas situaciones los contratos suscritos por estas entidades podrían generar responsabilidad internacional al Estado. Más aun cuando el objetivo de la creación de ciertas entidades comerciales de naturaleza pública, como el caso de las empresas públicas, es que estas puedan participar activamente en sectores críticos de la economía, tengan la capacidad de celebrar transacciones y contratos como una persona jurídica con responsabilidad limitada y puedan resolver cualquier controversia que surja en la ejecución de un contrato en la manera y dentro de los parámetros acordados por las partes.

La aplicación de la cláusula paraguas en la práctica arbitral ha generado varias discrepancias, principalmente con relación a su función jurisdiccional y de

135• CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LONDRES, *Occidental Exploration and Production vs. Ecuador*, 1 de julio de 2004, párrafo 173.

135• CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LONDRES, *Occidental Exploration and Production vs. Ecuador*, 1 de julio de 2004.

137• MEREMINSKAYA Elina, “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”, *Revista Internacional de Arbitraje*, 2009, pp. 13.

potencial extensión de atribución de la responsabilidad internacional del Estado. Por estas razones, el alcance de la cláusula paraguas constituye un tema controversial dentro del régimen de inversiones.

La raíz de estas discrepancias se encuentra en la distinción tradicional entre ‘disputas relacionadas con inversiones’ y ‘disputas meramente contractuales’ o de carácter comercial. Esta distinción es a su vez una de las bases de la separación entre el arbitraje Inversionista–Estado (que tiene su base legal en un tratado multilateral de inversiones, TBI, o contrato de inversión) y el arbitraje comercial (que tiene su base legal en una cláusula compromisoria usualmente incluida en un contrato). En virtud del efecto que los tribunales arbitrales han dado a la cláusula paraguas, esta distinción ha sido virtualmente eliminada, permitiendo en muchas ocasiones disfrazar reclamos de carácter meramente contractual/comercial como reclamos de inversiones.

La mayoría de TBI y Acuerdos Internacionales de Inversión incluyen, en su definición amplia de inversión, derechos contractuales.

El artículo 1.a.v. del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos señala que a efectos del tratado, “inversión” significa, entre otros: “(v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley.”

Los derechos surgidos en virtud de un contrato son considerados como un activo y consecuentemente están protegidos contra el tipo de acciones establecidas en los TBI (expropiación, trato justo y equitativo, entre otros.).

Esta es una noción tradicional en el derecho internacional. En *Impregilo c. Pakistán*, el tribunal señaló que la jurisprudencia de inversiones es consistente en considerar que la incautación de derechos contractuales puede constituir potencialmente una expropiación o una medida con un efecto equivalente.<sup>138</sup>

Otros tribunales han señalado que ciertas acciones estatales que producen el efecto de terminar o anular derechos/obligaciones contractuales constituyen una violación del estándar de trato justo y equitativo.<sup>139</sup>

Podría decirse que en general, los derechos conferidos en virtud de un contrato son objeto de protección bajo un TBI.

### 3.3.4.1 LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR

La aplicación de la cláusula paraguas fue un tema discutido en el arbitraje iniciado por la compañía Burlington, con resultados positivos para el Ecuador. El tribunal, aplicando la Convención de Viena, llegó a la conclusión que la cláusula paraguas no protege los compromisos resultantes de los contratos de

138• CIADI, *Impregilo SPA vs. Pakistan*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión de Jurisdicción, 22 de abril de 2005, párrafo 274.

139• YANACCA SMALL Katia, *Arbitration Under International Investment Agreements: A guide to Key Issues*, 2010, pp.326.

participación, pues para que opere el “compromiso” descrito en el tratado, debe existir una relación contractual directa, premisa que no se cumplía en este caso, pues la Demandante en el arbitraje de inversiones no era al mismo tiempo la suscriptora del contrato de participación. En consecuencia, la Demandante no podía invocar la cláusula paraguas del tratado para ejercer contra Ecuador los derechos contractuales de su subsidiaria.





*Santiago de Chile, 3 de julio de 2013, Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. El Dr. Diego García Carrión presentó la ponencia: “El Sistema de Solución de Controversias Inversionista-Estado: una visión propositiva”.*



# C A P Í T U L O I V

CRÍTICAS AL MECANISMO DE SOLUCIÓN  
DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-  
ESTADO-PROPUESTAS

**A** lo largo de esta publicación se han detallado los inconvenientes que generan las indefiniciones, ambigüedades y amplitud de las disposiciones de los AII y cómo ello se ha reflejado en las decisiones de los tribunales arbitrales y ha desembocado en un mecanismo de solución de controversias sobre inversiones sobre el que abundan las críticas y sobre el que existen serios esfuerzos de reforma.

Por supuesto cada una de estas críticas tienen importancia, pero hay algunas que merecen especial atención y que se detallan a continuación con su posible solución

#### 4.1. INCONSISTENCIA EN LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

La diversidad de acuerdos internacionales de inversiones<sup>140</sup>, las definiciones amplias y vagas constantes en los mismos, un sistema de resolución de conflictos disperso y aislado, con discrecionalidad absoluta y libre de cualquier control posterior salvo por una limitada acción de nulidad, han generado, como ya se ha visto, una serie de decisiones e interpretaciones inconsistentes que cuestionan profundamente su legitimidad y que han llevado a planteamientos como el realizado por la Unión Europea tendientes

al establecimiento de una Corte Internacional que asegure la consistencia, la seguridad jurídica y la imparcialidad del mecanismo de resolución de conflictos inversionista-Estado.

Si bien cada controversia debe ser evaluada en su realidad, teniendo en cuenta los elementos que la hacen única, es necesario considerar que existen circunstancias que la hacen análoga a otros casos y que bien podrían aplicarse a ella interpretaciones y resoluciones previas. Inclusive las mismas diferencias deberían obligar a los tribunales a revisar decisiones anteriores para apartarse de forma sustentada de lo resuelto en esos casos.

En el derecho internacional y en el arbitraje de inversión, no existe la doctrina del precedente obligatorio, lo cual ocasiona que los tribunales no estén obligados a seguir decisiones pasadas. El estatuto de la Corte Internacional de Justicia es aún más explícito en rechazar la doctrina del precedente en el derecho internacional, al establecer en su artículo 59 que “la decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha decidido”. De hecho, cuando enumera las fuentes del derecho internacional menciona en el cuarto lugar las decisiones judiciales, las cuales la corte debe aplicar “como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.”

---

140• Existen más de 3271 AII vigentes, muchos de ellos contienen disposiciones similares y otros completamente distintos, el alcance y lenguaje de sus disposiciones han llevado a varias interpretaciones.

Sin embargo, en el derecho de inversiones la necesidad de precedentes obligatorios es imperiosa debido a:

- En los procesos de inversiones, a diferencia de los procesos comerciales, el examen que se realiza no se circunscribe a aspectos técnicos determinados en el contrato o en la práctica comercial, sino que van más allá de ello, ya que se examinan los actos administrativos de un Estado que en muchas ocasiones involucran decisiones relativas a políticas públicas como salud y medio ambiente.
- Existe una relativa indeterminación de reglas y principios, estándares sustantivos vagos y generales de los AII cuyo alcance es determinado casi exclusivamente por los tribunales quienes en definitiva “hacen” al derecho de inversión. A ello se suma el poco conocimiento que tienen los tribunales respecto del derecho involucrado en la disputa y el hecho de que pocas veces existen profesionales formados en Common Law quienes deben decidir asuntos resueltos bajo el derecho continental o viceversa.
- Los resultados de los procesos de arbitraje de inversiones tienen consecuencias económicas

de importancia para los Estados involucrados y ejercen una presión sobre la toma de decisiones estatales sobre políticas públicas. Un ejemplo palpable de esta presión ha sido evidente en el caso de la empresa tabacalera Philip Morris, que a raíz de que inició sendos arbitrajes de inversiones en contra de Uruguay<sup>141</sup> y Australia<sup>142</sup> por las disposiciones emitidas por estos Estados para que el empaquetado de cigarrillos llevaran advertencias de salud en el 80% del paquete, consiguió que países como Canadá y Noruega interrumpieran la discusión sobre la normativa relacionada, que la Unión Europea no haya avanzado significativamente en esta materia. Incluso la compañía fue más allá, pues advirtió al gobierno de Reino Unido que de tomar decisiones similares se arriesgaría a indemnizaciones millonarias.

- El mayor escrutinio público al tratarse de asuntos importantes de política estatal y de decisiones que involucran elementos esenciales del manejo del bienestar general, es obligación primaria de cualquier Estado.

Esto ha llevado a que árbitros como la profesora

141• CIADI, Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) vs. Uruguay (Caso CIADI No. ARB/10/7). Mediante laudo de 8 de julio de 2016, el tribunal rechazó la demanda de la tabacalera, concluyendo que Uruguay no violó el TBI invocado para la demanda. El laudo consta en la página web: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec); consultado el 25 de Julio de 2016.

142• CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE, Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) vs. Australia, PCA Case No. 2012-12. Mediante laudo de 17 de diciembre de 2015, el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer de la disputa planteada debido a que la tabacalera cambió su estructura corporativa con el objeto de obtener la protección del TBI suscrito entre Australia y Hong Kong. El laudo consta en la página web: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec); consultado el 25 de julio de 2016.

Kaufmann Kohler, quien al preguntarse si se necesita consistencia en el arbitraje de inversiones, concluyera que es necesaria para el desarrollo del imperio del derecho. En su criterio, el imperio del derecho es tal, solo si es consistentemente aplicado de tal manera que sea predecible y que los tomadores de decisiones tengan la obligación – si es moral o legal no es relevante – de buscar la consistencia y la previsibilidad para lo que deberán seguir precedentes, ya que mientras menos desarrollado esté el derecho, más importante se torna el rol del juzgador con respecto a la creación de este.<sup>143</sup>

Tampoco en este punto los tribunales arbitrales son consistentes. Así, existen tribunales que han

rechazado firmemente la aplicación de precedentes y hay otros que los han aceptado. En *Vivendi c. Argentina* se anexaron al laudo otras 18 decisiones en las que se había rechazado la misma objeción. Mientras que en *SGS c. Filipinas*, el tribunal señaló que no debían seguirse precedentes, ya que por definición todos los TBI son distintos. Además sostuvo que no hay razón para que el tribunal que interviene en un caso anterior decida la suerte de los subsiguientes casos.

En el caso ecuatoriano, se puede citar la decisión en jurisdicción del caso *Machala Power vs. Ecuador* en donde el tribunal indicó que los tribunales CIADI “deben buscar adoptar un desarrollo armonioso del derecho de



Bogotá, 22 de mayo de 2014, Universidad Externado de Colombia. El Dr. Diego García Carrión presentó la ponencia “La inseguridad jurídica dentro del Sistema de Resolución de Controversias Inversionista-Estado”, en el marco del VI Seminario de Arbitraje Internacional de Inversión denominado “Los costos de la inseguridad jurídica en el arbitraje de inversión: perspectiva del Estado e inversionista”.

143• KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *Is Consistency a Myth?* <http://www.arbitration-icca.org/media/4/92392722703895media01231914136072000950062.pdf>; consultado el 25 de Julio de 2016.

inversiones y por tanto llenar las legítimas expectativas de la comunidad de Estados e inversionistas de certeza del imperio del derecho.”<sup>144</sup>

Asimismo, en el caso *Burlington vs. Ecuador* en la decisión en jurisdicción el tribunal avaló el concepto de que “(...) no está obligado a seguir decisiones anteriores. Al mismo tiempo, considera que debe prestar la debida atención a las decisiones anteriores de los tribunales internacionales. La mayoría cree que, sujeto a motivos convincentes en contrario, tiene el deber de adoptar soluciones establecidas en una serie de casos consistentes. Cree asimismo que, sujeto a las particularidades de un tratado determinado y de las circunstancias del caso, tiene el deber de intentar contribuir al desarrollo armonioso del derecho de inversión, satisfaciendo así las expectativas legítimas de la comunidad de Estados e inversores hacia la seguridad jurídica que emana del Estado de derecho. El árbitro Stern no percibe el rol de los árbitros de la misma manera ya que considera que es su deber decidir cada caso de acuerdo a sus

propios méritos, con independencia de cualquier tendencia jurisprudencial aparente.”<sup>145</sup>

El riesgo de inconsistencia es más patente cuando se enfrenta a cualquiera de las siguientes alternativas:

- La existencia de diferentes tribunales que pueden tomar decisiones diferentes respecto de la aplicación del mismo tratado o respecto del alcance y significado de un estándar de protección.
- Diferentes tribunales bajo distintos tratados tomen decisiones alternas sobre hechos similares.
- Diferentes tribunales bajo distintos tratados tomando otras decisiones sobre disputas que involucran los mismos hechos o incluso llegando a las mismas conclusiones con razonamientos diversos.

En el primer caso se ubican, a manera de ejemplo dos casos ecuatorianos examinados en el capítulo anterior, donde ocurrieron este tipo de inconsistencias y decisiones disímiles, *Ulyseas*

144• CIADI, *Noble Energy & Machalpower Cia. Ltd. vs. Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión en Jurisdicción, 5 de marzo de 2008, párrafo. 50

145• CIADI, *Burlington Resources vs. Ecuador*, Caso CIADI N° ARB 08/5, Decisión sobre jurisdicción, 2 de junio de 2010, párrafo 100.

146• Las diferentes conclusiones encontradas en el asunto de Estado de necesidad en los laudos de CMS y LG&E proveen una clara ilustración del efecto destructor de tal contradicción. Como una reacción a la crisis económica argentina que transcurrió desde el año 1999, el gobierno decidió suspender el ajuste tarifario semestral por IPP y congelar las tarifas de distribución de gas. Estas medidas llevaron a un número de inversionistas norteamericanos en el sector del gas, entre los que estaban CMS Gas Transmission Company (CMS) y LG&E Energy Corporation, a iniciar arbitrajes bajo las reglas CIADI. Tanto en el caso CMS como en el LG&E el gobierno argentino se amparó en estado de necesidad como un eximente de responsabilidad de Estado previsto en el derecho argentino, el derecho internacional y en el propio TBI entre Argentina y Estados Unidos. En ambos casos, el derecho argumentado era el mismo. Los dos tribunales alcanzaron, sin embargo conclusiones diferentes. Mientras en el laudo de CMS se rechazó el argumento, en el laudo de LG&E se lo admitió parcialmente.

147• El problema de inconsistencia fue claramente visible en los laudos dictados en los procesos *CME vs. República Checa* y *Lauder vs.*

y Emelec, en donde se interpretó de manera diversa el artículo I (2) del Tratado de Protección de Inversiones suscrito entre el Ecuador y Estados Unidos.

En la segunda alternativa encontramos laudos como CMS v. Argentina y LG&E v. Argentina relacionados al estado de necesidad<sup>146</sup>, o el paradigmático CME v. Czech Republic y Lauder v. Czech Republic<sup>147</sup> denominados por el profesor August Reinisch como “el último fiasco del arbitraje de inversiones.”<sup>148</sup>

En la tercera opción aparecen los casos iniciados por las compañías Burlington Resources y Perenco. Ambos arbitrajes tratan sobre los mismos hechos; ambos casos versan sobre los mismos bloques petroleros: 7 y 21, y ambos casos conciernen los mismos contratos de participación.

En estos casos los temas abordados y resueltos de forma diversa son: la ley 42 al 50% y al 99%, la intervención en los bloques frente al abandono de la operación y la declaratoria de caducidad de los contratos de participación.

---

República Checa en donde frente a hechos similares los resultados fueron diferentes. Estos procesos CNUDMI se referían a medidas estatales relacionadas con una compañía local propietaria de una concesión de televisión. Los reclamos se presentaron casi simultáneamente bajo los acuerdos de la República Checa con Estados Unidos (LAUDER) y el suscrito con Holanda (CME), en el presentado por Lauder la República Checa obtuvo un resultado favorable, mientras que en CME la República Checa fue condenada al pago de USD 300 millones. En el segundo caso el recurso de anulación presentado por la República Checa no tuvo un resultado favorable.

148• REINISCH August, “*The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration*”, in *International Law between Universalism and Fragmentation – Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, pp. 107-125 (Leiden–Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2008).

149• CIADI, Burlington Resources vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, párrafo 431.

*Los siguientes hechos refuerzan esta conclusión. En primer lugar, a pesar de la promulgación de la ley 42 con una alícuota del 50%, el consorcio presentó un plan de inversiones adicionales de USD 100 millones en el yacimiento Oso que, según la propia descripción de Burlington fuera “el mayor yacimiento en el bloque 7 y el centro de los planes de desarrollo de los bloques”. Como ha señalado Ecuador, al presentar el Plan de Desarrollo Oso, el consorcio implícitamente aceptó que el bloque 7 era económicamente rentable incluso con la ley 42 con una alícuota del 50%. En segundo lugar, las alegaciones de Burlington de que el bloque 21 “no era rentable” con la ley 42 con una alícuota del 50% no está respaldado en el expediente. Como señaló Fair Links, los Estados contables de Burlington correspondientes al bloque 21 no muestran una pérdida sino una “cifra positiva”. En tercer lugar, Burlington reconoció que ciertos postores estaban dispuestos a adquirir sus intereses en los bloques a pesar de los efectos de la ley 42 con una alícuota del 50%.*

150• CIADI, Perenco vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014. párrafo 400:

*En suma, el Tribunal determina que: i) La Ley 42 cae dentro de las cláusulas de modificación de régimen tributario de ambos Contratos; ii) siendo la parte que alega la existencia de un impacto de la ley sobre la economía de los Contratos, era deber de Perenco promover las negociaciones con la nueva administración al menos hasta que demostraran ser inútiles; y iii) Perenco no lo hizo, optando en su lugar*



**Los dos Tribunales concluyeron que la ley 42 no implicaba una violación a las protecciones establecidas por los tratados, pero el razonamiento para llegar a ello fue diferente.**

En el caso Burlington, en su decisión de responsabilidad del 14 de diciembre de 2012, empleando cálculos económicos y a partir de la conducta de la compañía de continuar sus planes de desarrollo, el tribunal concluyó que la ley 42 al 50% no privó sustancialmente la inversión de Burlington.<sup>149</sup>

Para el tribunal Perenco, en su decisión de 12 de septiembre de 2014, el motivo que justifica la conclusión de que la ley 42 al 50% no vulneró el contrato fue la falta de prueba. Perenco no demostró el impacto económico de la ley, en el marco de lo previsto en el contrato a través de las cláusulas de negociación.<sup>150</sup>

**Respecto de la aplicación de la ley 42 al 99%, los tribunales difirieron en sus conclusiones.**

*por una postura de ‘esperar y ver’ ante la nueva administración de Correa. En estas circunstancias, el tribunal no considera que exista incumplimiento de las cláusulas 11.12 y 11.7 de los dos contratos.*

- 151• CIADI, Burlington Resources vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, párrafo 456:

*Habiendo considerado todas las pruebas, el tribunal no está convencido de que la ley 42 con una alícuota del 99% privara sustancialmente a Burlington del valor de su inversión. Si bien la ley 42 con una alícuota del 99% disminuyó considerablemente las ganancias de Burlington, las alegaciones de Burlington de que su inversión perdió su valor y rentabilidad no han sido corroboradas. Por el contrario, las pruebas muestran que, a pesar de la promulgación de la ley 42 con una alícuota del 99%, la inversión no perdió su capacidad para generar una rentabilidad comercial. Finalmente, a pesar de que las pruebas muestran que Ecuador promulgó la ley 42 sin intención de cumplir con las cláusulas de absorción de impuestos, no puede haber expropiación en ausencia de una privación sustancial.*

- 152• CIADI, Perenco vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, párrafo 606:

*El tribunal ya ha llegado a la conclusión de que la ley 42 al 99% constituía una violación del contrato (párrafos 407 a 410). Está de acuerdo con el argumento de Perenco de que la aplicación de la ley al 99% convertía un contrato de participación esencialmente en lo mismo que un contrato de prestación de servicios. Además, el decreto 662 marcó el comienzo de una serie de medidas que incumplían el artículo 4 tomado en relación con los Contratos de Participación, es decir: i) la exigencia de que los contratistas acordaran abandonar sus derechos que surgían de los contratos de participación y que migraran a lo que por un considerable período fue un modelo no específico, a punto tal que los contratistas no podían discernir precisamente qué se les pedía que adoptaran; ii) escalar las exigencias de negociación, en especial en abril de 2008, cuando el Presidente inesperadamente suspendió las negociaciones y rechazó lo que recientemente había sido acordado en un Acuerdo Parcial respecto de uno de los bloques; iii) hacer declaraciones amenazantes y coercitivas, incluidas amenazas de expulsión de Ecuador; y iv) tomar pasos para aplicar la Ley 42 contra Perenco (y Burlington) por falta de pago de valores que se reclamaba que se adeudaban, una porción de los cuales se ha sostenido que incumplía el Artículo 4, y cuando no se efectuó pago alguno, incautar y vender por la fuerza el petróleo producido en los Bloques 7 y 21 a fin de cobrar la deuda*

Para el tribunal Burlington, la compañía no logró demostrar fehacientemente su afectación, por lo tanto el tribunal consideró que no existe violación del TBI.<sup>151</sup>

El tribunal Perenco, por el contrario, concluyó que la ley 42 violó el TBI con Francia, puesto que desde su implementación los contratos de participación fueron transformados de facto en contratos de prestación de servicios.<sup>152</sup>

Sin embargo, son dos los ejemplos que presentan más las contradicciones: el primero, la intervención en los bloques y el segundo, la declaratoria de caducidad de los contratos de participación. En el año

2009, las compañías Perenco y Burlington decidieron abandonar las operaciones y consecuentemente ante dicho incumplimiento el Estado debió asumir la operación de los bloques y declarar la caducidad de los contratos. Sobre estos hechos ambos tribunales resolvieron de forma distinta.

En cuanto a la intervención en los bloques, el tribunal Burlington no se convenció de los riesgos que implicaban el abandono en los bloques por lo que concluyó que la intervención del Estado, condujo a una expropiación.<sup>153</sup> Para el tribunal Perenco, la intervención no fue una expropiación puesto que fue una acción plenamente justificada por el Estado.<sup>154</sup>

---

*reclamada en virtud de la Ley 42. Esto estableció la etapa de suspensión de operaciones de parte del Consorcio y en última instancia la declaración de la caducidad que formalmente terminó los derechos del Consorcio a los dos bloques.*

153 CIADI, Burlington Resources vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 diciembre de 2014, párrafo 529: *Por los motivos antes expuestos, el Tribunal considera que el ingreso y la toma de posesión de los Bloques efectuada por Ecuador no estuvo justificada en virtud de la doctrina del poder policial porque i) al momento de tomar posesión de los Bloques, la decisión de Burlington de suspender las operaciones estaba legalmente justificada como una cuestión del derecho ecuatoriano y ii) las pruebas no muestran que la intervención inmediata de Ecuador en los Bloques fuera necesaria para prevenir un daño grave y significativo a los Bloques. La siguiente cuestión es valorar los efectos de la ocupación llevada a cabo por Ecuador en los Bloques de Burlington. (...) 537. Por los motivos antes mencionados, el Tribunal concluye que la ocupación física de los Bloques 7 y 21 efectuada por Ecuador expropió la inversión de Burlington el 30 de agosto de 2009. (...)*

154 CIADI, Perenco vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, párrafo 705:

*En este punto, el Tribunal acepta el argumento de la Demandada de que cuando el Consorcio anunció su intención de suspender las operaciones, había razones justificadas y válidas para que el Estado interviniera con el fin de operar los bloques, para así garantizar su continuidad y mantener su productividad. La Demandada dio pruebas de las pérdidas potenciales de producción y otros problemas técnicos que hubiera tenido de haberse suspendido las operaciones. En consecuencia, el tribunal acepta que el Estado tenía el derecho a operar y mantener los bloques luego de que el consorcio se había retirado. Esta intervención – de la que no puede decirse que interfirió con el derecho del Consorcio de administrar y controlar los bloques porque el consorcio había abandonado dicho derecho en forma voluntaria y temporal – no constituyó una expropiación ni puede considerarse como parte de la misma.*

Finalmente, en relación a la declaratoria de caducidad, para el tribunal Burlington, luego de la intervención de los bloques, la terminación del contrato solo formalizó los hechos que sucedieron en la práctica.<sup>155</sup> Sin embargo, en opinión del tribunal Perenco, la caducidad condujo a la violación del TBI .<sup>156</sup>

---

155• CIADI, Burlington Resources vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/5. Decisión sobre Responsabilidad. 14 de diciembre de 2012. Párrafo 536:

*Ecuador alega que la toma de los bloques no afectó los derechos de la subsidiaria de Burlington en virtud de los CP. A pesar de que estos derechos contractuales permanecían nominalmente vigentes después de la toma (dado que la caducidad se declaró un año después, en julio de 2010), habían sido privados de todo su valor real desde que Burlington perdió permanentemente el uso y control efectivo de su inversión. La terminación de los CP de los Bloques 7 y 21 por medio del procedimiento de caducidad de julio de 2010 meramente formalizó una situación imperante, pero es irrelevante a los fines del análisis de la expropiación. Como resultado, el tribunal omitirá la revisión de las alegaciones y los argumentos específicos efectuados en relación con la caducidad.*

156• CIADI, Perenco vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, párrafo 706:

*El tribunal pasará ahora a analizar la decisión de la Demandada de iniciar el proceso de caducidad, lo que también puede hacerse sucintamente. Si bien acepta que el Estado tenía del derecho a intervenir y operar los bloques, el tribunal no acepta que el Estado estaba obligado a dar por extinguidos los Contratos de la Demandante mediante una declaración de caducidad. (...) 708. Sin embargo, en todas las circunstancias del caso, el tribunal considera que el Ministerio debió haber frenado sus acciones y esperado el resultado de este arbitraje. No fue contrario al artículo 6 que Ecuador haya continuado operando los yacimientos frente a la negativa de la Demandante de retomar las operaciones hasta que la cuestión de las coactivas haya sido resuelta a su satisfacción. Pero la decisión de iniciar el proceso de caducidad y de dar por extinguidos los derechos contractuales de Perenco durante este arbitraje constituye, en opinión del tribunal, una violación del artículo 6.*

### CUADRO COMPARATIVO ARBITRAJE INTERNACIONALES BURLINGTON-PERENCO

	<b>Decisión Responsabilidad Burlington 14 de diciembre de 2012</b>	<b>Decisión Responsabilidad Perenco 18 de julio de 2014</b>
<b>RECLAMO CONTRACTUAL</b>	Declara que no tiene jurisdicción sobre los reclamos de Burlington bajo la cláusula paraguas en virtud del artículo II (3) del tratado. Párrafo 546 B (1)	El tribunal tiene jurisdicción sobre todos los reclamos por incumplimiento contractual bajo la forma de disputas técnicas y/o económicas, a excepción del reclamo por la declaración de caducidad respecto del Contrato del Bloque 7. Este reclamo no queda comprendido por la jurisdicción contractual del Tribunal. Párrafo 713 (1)
<b>DECREATO DE CADUCIDAD</b>	Declara que tiene jurisdicción sobre los decretos de <b>caducidad</b> en relación con los CPs de los bloques 7 y 21. Párrafo 546 B (2)	Declara que tiene jurisdicción sobre los reclamos por Violación del Tratado. Párrafo 713 (1)
	Declara que las delegaciones de Burlington con respecto a las declaraciones de <b>caducidad</b> son admisibles. Párrafo 546 B (3)	
	La terminación de los contratos petroleros de los bloques 7 y 21 por medio del procedimiento de <b>caducidad</b> de julio de 2010 meramente formalizó una situación imperante, pero es irrelevante a los fines de análisis de la expropiación. Como resultado, el Tribunal omitirá la revisión de las alegaciones y los argumentos específicos efectuados en relación con la <b>caducidad</b> . Párrafo 536.	Se admite el reclamo relativo a que la declaración de <b>caducidad</b> constituyó una violación del Artículo 6 del Tratado. Párrafo 713 (12)
<b>LEY 42 AL 50%</b>	La ley 42 con una alícuota del 50% no privó sustancialmente a Burlington del valor de su inversión y, por lo tanto, no fue una medida equivalente a la expropiación. Párrafo 433.	Se desestima el reclamo por el incumplimiento contractual respecto de la ley 42 al 50%. Párrafo 713 (3).
		Se desestima el reclamo por incumplimiento del artículo 4** del Tratado respecto de la ley 42 al 50%. Párrafo 713 (7).

<b>LEY 42 AL 99%</b>	El tribunal concluye que los efectos de la Ley 42 con una alícuota del 99% no fueron una medida equivalente a la expropiación y, por lo tanto, que la ley 42 con una alícuota del 99% no llevó a la expropiación de la inversión de Burlington. Párrafo 457.	Se admite el reclamo por incumplimiento contractual respecto de la Ley 42 al 99%.
		Se admite el reclamo por incumplimiento del artículo 4 del tratado respecto de la Ley 42 al 99%. Párrafo 713 (8).
<b>TRATADO DISCRIMINATORIO</b>	No aplica.	No desestima el reclamo por incumplimiento del Contrato del bloque 7 respecto del trato supuestamente discriminatorio de Preenco en comparación con Andes Petroleum. Párrafo 713 (5).
<b>JUICIOS COACTIVOS</b>	Burlington no ha demostrado que el juicio de coactivas haya sido expropiatorio. Párrafo 468.	Se desestima el reclamo relativo a que la ejecución de medidas coactivas constituyó una violación del artículo 6 del tratado. Párrafo 713 (10).
<b>DECRETO 662 (99%/1%)</b>	No aplica	Se desestima el reclamo relativo a que el Decreto 662 constituyó una violación del artículo 6 del tratado. Párrafo 713 (9).
<b>INTERVENCIÓN DEL BLOQUE</b>	El tribunal concluye que la ocupación física de los bloques 7 y 21 efectuada por Ecuador expropió la intervención de Burlington el 30 de agosto de 2009. Ecuador violó el artículo 3 del tratado al expropiar de manera ilegítima la intervención de Burlington en los bloques 7 y 21 a partir del 30 de agosto de 2009. Párrafo 537.	Se desestima el reclamo relativo a que la intervención de la demandada en los bloques 7 y 21 a fin de operar los yacimientos petrolíferos luego de que el consorcio suspendiera las operaciones constituyó una violación del artículo 6 del tratado. Párrafo 713 (11).

Y como un caso más de inconsistencia, se puede citar las diferencias que existen de un Tribunal a otro respecto del alcance y contenido de los estándares de protección que contienen los AII. Para graficar este tema, deben ser citados los arbitrajes SGS, dos proce-

dimientos CIADI iniciados por la compañía suiza SGS en contra de Pakistán<sup>157</sup> y las Filipinas<sup>158</sup> respectivamente, en los que los tribunales llegaron a conclusiones opuestas en relación al significado de la cláusula paraguas.

157• CIADI , SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistan, Caso CIADI No. ARB/01/13, 6 de agosto de 2013.

En *SGS c. Pakistán*, al determinar el alcance de la cláusula paraguas del TBI, en su laudo de 6 de agosto de 2003, el tribunal determinó que la redacción amplia usada en la cláusula de protección general no podía interpretarse de forma que abarcara las obligaciones contractuales. En otras palabras, de acuerdo con la opinión del tribunal, las cláusulas de protección general no transforman las obligaciones contractuales en obligaciones bajo el derecho internacional en ausencia de un texto inequívoco que evidencie esa intención.

En *SGS c. Filipinas*, el tribunal arbitral resolvió que una cláusula paraguas que dispone que “cada parte contratante respetará todas las obligaciones que haya asumido con relación a las inversiones específicas hechas en su territorio por inversionistas de la otra parte contratante”, convierte todas las obligaciones contractuales relativas a inversiones en obligaciones internacionales. El tribunal interpretó los términos ‘cualquier obligación’ incluidos en la cláusula paraguas en el sentido de comprender todas las obligaciones que surjan del contrato celebrado entre las partes. En opinión del tribunal, su jurisdicción estaba asegurada por el hecho de que en virtud de la cláusula paraguas “constituye un incumplimiento del TBI el hecho de que el Estado receptor no cumpla con compromisos obligatorios, incluso compromisos contractuales, que haya asumido respecto de inversiones específicas”. En este caso el tribunal justificó

su desacuerdo expresamente renunciando a cualquier sistema de precedente obligatorio bajo el Convenio CIADI o el derecho internacional en general.<sup>159</sup>

En el contexto del arbitraje de inversión, el desarrollo de un sistema de precedentes obligatorios desembocaría en una jurisprudencia constante y por lo tanto en el desarrollo y armonización del derecho. Una jurisprudencia consistente ayuda a desarrollar el alcance de las obligaciones establecidas en los tratados y las reglas procesales que los tribunales deben aplicar.

Las inconsistencias en las decisiones de los tribunales ha deslegitimado el proceso arbitral como un medio para la resolución de conflictos inversionista-Estado. Esta deslegitimación, como ya se ha visto, provoca que los Estados en la negociación de nuevos AII adopten varias posiciones, desde modificar los AII para controlar el sistema hasta una denuncia total de los tratados y la desarticulación del sistema.

#### 4.1.1. LA INSUFICIENCIA DE LA ACCIÓN DE NULIDAD COMO MECANISMO PARA CORREGIR LAS INCONSISTENCIAS DE LAS DECISIONES DE LOS TRIBUNALES

En los últimos años, no solo han incrementado el número de laudos derivados de arbitrajes de inversión, sino también las acciones de nulidad, ya sea dentro

---

158• CIADI , *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, 29 de enero de 2004.

159• *Ibid.*

del mecanismo previsto por el CIADI, o usando la normativa del país sede del arbitraje.

En relación a aquellas controversias resueltas bajo el Convenio CIADI, el mecanismo de anulación se prevé bajo causales específicas determinadas en el artículo 52 del convenio, que contempla expresamente las siguientes:

*“(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:*

- a. Que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente.*
- b. Que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades.*
- c. Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal.*
- d. Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.*
- e. que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.”*

En la práctica estas causales no han sido ejercidas en forma proporcional, así el mayor número de anulaciones es requerida en función de las causales de manifiesto exceso de poder b), falta de motivación del laudo e) y quebrantamiento de una norma de procedimiento d); mientras que las dos causales restantes no han sido relevantes en la práctica.

De esta forma, el ámbito de revisión por parte de los Comités de Anulación bajo el CIADI<sup>160</sup> se limita exclusivamente a dichas causales, hecho que se refleja en los propios laudos dictados al haber aclarado expresamente que no son instancias de apelación.

Esta posición fue ratificada por el Comité de Anulación en el caso M.C.I. vs. Ecuador<sup>161</sup> en donde sostuvo lo siguiente:

*“24. El artículo 53 del Convenio de Washington establece claramente que las únicas acciones permitidas contra un laudo son aquellas contempladas en el convenio, que incluyen la solicitud de anulación, pero no la apelación. Por ende, los*

<sup>160</sup>• De conformidad con el artículo 52 numeral (3) del Convenio CIADI.

*“(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).*

<sup>161</sup>• CIADI, M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6, Decisión de anulación, 19 de octubre de 2009.

*comités ad hoc no son tribunales de apelación. Su misión se limita a controlar la legalidad de los laudos con arreglo a los estándares detallados en forma expresa y taxativa en el artículo 52 del convenio de Washington. El hecho de que los comités ad hoc no pueden analizar la sustancia de un laudo, sino que sólo pueden analizarlo con respecto a la lista de las causas enumeradas en el artículo 52 del Convenio de Washington, es un principio fundamental [14]. Muchos comités, cuyas decisiones son invocadas por las partes, reafirmaron lo anterior [15]. En consecuencia, el papel de un comité ad hoc es limitado, confinado a evaluar la legitimidad de un laudo y no su corrección. Por ejemplo, el comité no puede reemplazar la determinación sobre el fondo de la diferencia del tribunal por la suya, y como destacó el Comité de*

*Lucchetti c. Perú: “(...) el comité no está facultado para revisar la decisión misma a la que haya llegado el tribunal, ni menos aún para reemplazar las opiniones del tribunal por las suyas propias, sino que debe limitarse a evaluar si la manera en que el tribunal cumplió sus funciones cumple los requisitos del Convenio del CIADI” [16]. El mecanismo de anulación no está designado para alcanzar consistencia en la interpretación y aplicación del derecho internacional de inversiones. La responsabilidad de garantizar la congruencia en la jurisprudencia y de desarrollar un cuerpo de derecho coherente es, principalmente, de los tribunales en materia de inversión. Ellos son asistidos en esta tarea por la evolución de una doctrina legal común y por el surgimiento progresivo de “una jurisprudencia constante”, como declaró el tribunal en SGS c. Filipinas [17].”<sup>162</sup>*

162• Las citas de la decisión son las siguientes: [14] El Comité de Klöckner (I) ya explicó que el Artículo 52 “no es, de ninguna manera, una apelación contra los laudos arbitrales” y que “[e]sta disposición le permite a cada parte de un proceso arbitral CIADI solicitar la anulación del laudo en virtud de una o más de las causas enumeradas taxativamente en el Artículo 52 del Convenio.” Klöckner (I), Decisión sobre Anulación, 3 de mayo, 1985, Reportes del CIADI 2 97, párr. 3 (énfasis del original). [15] CMS Gas Transmission Company vs. Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/8), Decisión sobre Anulación, 25 de septiembre, 2007, párrs. 43, 135-136 (en adelante, CMS c. Argentina); Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre Anulación, 3 de julio, 2002, párr. 62 (en adelante, Vivendi c. Argentina); Amco Asia Corporation y otros vs. Indonesia (Caso CIADI No. ARB/81/1), Decisión sobre Anulación, 16 de mayo, 1986, Reportes del CIADI 1 509, párr. 23 (en adelante, Amco I); Maritime International Nominees Establishment vs. República de Guinea (Caso CIADI No. ARB/84/4), Decisión sobre Anulación, 22 de diciembre, 1989, Reportes del CIADI 4 79, párrs. 5.04-5.08 (en adelante, MINE); Wena Hotels Limited vs. Egipto (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación, 5 de febrero, 2002, párrafos. 34-37 (en adelante, Wena c. Egipto); Patrick Mitchell vs. República Democrática del Congo (Caso CIADI No. ARB/99/7), Decisión sobre Anulación, 1 de noviembre, 2006, párr. 19 (en adelante, Patrick Mitchell c. Congo); MTD vs. Chile, supra nota 10, párrs. 31, 52; Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes Unidos (Caso CIADI No. ARB/02/7), Decisión sobre Anulación, 5 de junio, 2007, párr. 20 (en adelante, Soufraki c. EAU); Industria Nacional de Alimentos, S.A. e Indalsa Perú, S.A. (anteriormente Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A.) vs. República del Perú (Caso CIADI No. ARB/03/4), Decisión sobre Anulación, 5 de septiembre, 2007, párrafo 101 (en adelante, Lucchetti c. Perú). [16] Lucchetti c. Perú, supra nota 15, párr. 97. Ver también MTD vs. Chile, supra nota 10, párr. 54. [17] SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas (Caso CIADI No. ARB/02/6), Decisión del Tribunal sobre las Excepciones a la Jurisdicción, 29 de enero, 2004, párr. 97 (en adelante, SGS vs. Filipinas).



Esta tendencia de restringir la acción de anulación lo más posible y así evitar que se convierta en una instancia de apelación, ha ocasionado que en casos como el de CMS vs Argentina, a pesar de encontrar y establecer claramente los errores de derecho en el tratamiento de la defensa del estado de necesidad, estableciera que esos errores no eran suficientes para configurar una causal de anulación. Así el comité al hacer un examen de los alegatos de las partes concluyó que:

*“135. Los dos errores en que el tribunal incurrió podrían haber tenido un impacto decisivo en la parte resolutive del laudo. Tal como CMS ha admitido, el tribunal dio una errónea interpretación al artículo 11. En efecto, no evaluó si se habían cumplido los requisitos establecidos en el artículo 11 y si, por consiguiente, las medidas adoptadas por Argentina eran capaces de configurar, incluso prima facie, un incumplimiento del TBI. Si el comité actuase como un tribunal de apelación tendría que revocar el laudo sobre esta base.*

*136. El comité recuerda, una vez más, que sólo tiene una jurisdicción limitada con arreglo al Artículo 52 del convenio CIADI. En concreto, lisa y llanamente el Comité no puede imponer su visión del derecho y apreciación de los hechos sobre los del tribunal. A pesar de los errores y*

*vacíos identificados en el laudo, en definitiva el tribunal aplicó el artículo 11 del tratado, aun si lo fue en forma ambigua y defectuosa. Por lo tanto, no existió extralimitación manifiesta de facultades.”<sup>163</sup>*

La anulación como tal es un recurso de revisión limitado, ya que solamente procede bajo ciertas causales, analiza exclusivamente la legitimidad del proceso y no sus méritos. En ello difiere de la apelación en donde el examen de la decisión que viene en alzada es integral, en tanto en cuanto que lo que se revisa es la justicia de la decisión y su legitimidad, examen que lo realiza un solo ente controlador que al ser único puede garantizar la consistencia de las decisiones y su consecuente coherencia.

El efecto de la anulación no es corregir la decisión errada, sino invalidar la decisión original por lo que se hace necesario iniciar un nuevo arbitraje. El comité por tanto, no puede modificar el laudo anulado o reemplazarlo por otro y su razonamiento no es vinculante para el nuevo tribunal que se constituya para resolver el caso, por lo que sería factible que este nuevo tribunal adopte una decisión similar a aquella que fue anulada.

En relación al ámbito de decisión de los comités, es importante tomar en cuenta que la anulación no es un “todo o nada”. De acuerdo al artículo 52 (3) del

163• CIADI, CMS Gas Transmission Company vs. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8 Procedimiento de Anulación, Decisión del Comité AD HOC sobre la solicitud de Anulación de Argentina, 1 de septiembre de 2006.

Convenio CIADI los Comités de Anulación, pueden anular ciertas partes de un laudo dejando que el resto permanezca vigente. Este es el caso de OXY II donde el Comité anuló parcialmente el laudo que, con evidente exceso de poder, fuera emitido por el Tribunal Arbitral a cargo.

Frente al laudo en el que se consignó una de las opiniones disidentes más fuertes en la historia de los casos CIADI, y en especial ante un manifiesto exceso de poder y una decisión carente de motivación por parte de la mayoría del tribunal, el Estado ecuatoriano planteó una demanda de nulidad, que fue aceptada parcialmente por el comité *ad hoc* el 2 de noviembre de 2015. Esta anulación marcó un hito sobre a la reducción de laudos, tomando en cuenta el monto inicialmente demandando (USD 3370 millones más intereses), el monto del laudo (USD 1700 millones más intereses) y el monto finalmente otorgado con la Decisión de Anulación (USD 1061 millones más intereses). Esta anulación se enmarca dentro del pequeño porcentaje del 7% de los casos de anulación aceptados en el sistema CIADI<sup>164</sup>. Además esta anulación abrió la puerta para nuevas decisiones de este tipo, puesto que desde el año 2010 el centro no contaba con otras anulaciones.

A pesar de haber reivindicado algunos de los argumentos del Ecuador en la etapa de anulación, el caso Occidental es un ejemplo de la carencia en la motivación de las decisiones adoptadas en el lau-

do, el quebrantamiento de las normas esenciales que garantizan el derecho a la defensa, el limitado o inexistente conocimiento del derecho que rige a las disputas lo que deriva en laudos incorrectos e injustos, que debido a las restricciones del artículo 52 del convenio no pueden ser revisados.

Sobre la anulación, el Ecuador enfocó sus argumentos bajo tres aristas: i) Jurisdicción. ii) Responsabilidad. iii) Daños.

El Ecuador planteó que los reclamos relativos a la caducidad no eran arbitrables conforme lo previsto en la normativa ecuatoriana y el propio contrato de participación. Sin embargo, el comité no acogió el reclamo del Ecuador sobre la base que no se puede aplicar el derecho para evitar el cumplimiento de obligaciones internacionales. Ni el tribunal, ni el comité analizaron el argumento ecuatoriano a partir de las premisas correctas incluyendo el no haber valorado el contrato entre las partes que excluyó expresamente la caducidad de las materias arbitrables; de haberlo hecho, el arbitraje iniciado por Occidental debió terminar años antes en una decisión de competencia que se apegara a las disposiciones del tratado.

Otro de los argumentos del Ecuador fue el relacionado con el llamado “principio de proporcionalidad”. La defensa ecuatoriana, demostró al tribunal que la sanción acordada entre las partes en el contrato de

---

164• CIADI, *Documento de Antecedentes sobre el Mecanismo de Anulación para el Consejo Administrativo del CIADI*, Banco Mundial, 10 de agosto 2012.

participación en caso de una cesión no autorizada de derechos conllevaría a la caducidad del contrato. A través de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto el Estado como Occidental plasmaron su aceptación a la caducidad y sus efectos. A pesar de la evidencia, el tribunal excedió su poder, olvidó un principio elemental de derecho como el *pacta sunt servanda* y aplicó el principio de proporcionalidad distorsionando su naturaleza, al categorizar como desproporcionada la conducta que las partes habían previamente aceptado. Para el Ecuador, esta aplicación errónea del principio crea un inevitable conflicto con el principio de *pacta sunt servanda* y representa un ejemplo típico de un tribunal actuando como amigable componedor. A pesar de todos los argumentos presentados por el Estado, el comité concluyó que el tribunal sí motivó su decisión y que la valoración de las pruebas que realizó el tribunal no pueden ser revaloradas por los comités ad hoc. El comité de este modo se liberó de la responsabilidad de analizar las pruebas, porque de haberlo hecho la decisión debió implicar una anulación total.

Otro punto relevante en la defensa del Estado se relacionó con la negligencia de Occidental y su responsabilidad en los actos que derivaron en la declaratoria de caducidad del contrato de participación del bloque 15. Occidental conocía las consecuencias que acarrearían

una cesión no autorizada de los derechos del contrato, el Tribunal Arbitral advirtió que la conducta de Occidental dio origen a la disputa, sin embargo solamente emitió un razonamiento frívolo, concluyendo que fue una violación “menor” y que a pesar de ello Ecuador había actuado de manera desproporcionada en contra de la compañía. A pesar del limitado razonamiento del tribunal, el comité respaldó las actuaciones del tribunal y ratificó que sus competencias no se extienden a cuestionar el análisis de pruebas.<sup>165</sup>

A pesar de este respaldo, las flagrantes contradicciones, la falta de motivación, el manifiesto exceso de poder y la opinión disidente de la profesora Brigitte Stern el comité *ad hoc* sólo reconoció el exceso de poder con el que actuó el Tribunal Arbitral al otorgar el 100% de la indemnización a favor de Occidental, extendiendo su competencia a una compañía china que evidentemente se encuentra fuera de la jurisdicción del tribunal, y anuló parcialmente el laudo de mayoría, en respaldo de la posición del Ecuador que siempre rechazó el hecho que la mayoría del tribunal concedió a las Demandantes un 100% del valor justo de mercado del bloque 15 a pesar del hallazgo unánime que las Demandantes habían transferido los derechos a AEC/Andes bajo el Contrato de Participación. El comité no pudo sino ratificar los hechos, OXY solamente retuvo el 60% de los derechos del

165• CIADI, Occidental Petroleum Company. vs. Ecuador, Caso CIADI ARB/06/11, Decisión de Anulación, 2 de noviembre de 2015, párrafo 367: Vale la pena señalar, en este resumen de los hechos, que el Tribunal deja de utilizar la expresión “negligente”, y la reemplaza por “imprudente”. El uso de este sinónimo demuestra que el Tribunal no le dio en ningún momento un significado legal preciso a los conceptos de “negligente” o “imprudente” los usó como adjetivos convenientes para describir la conducta de las Demandantes. Contrariamente a lo que alega la Demandada, el Tribunal en ningún momento tuvo la intención de crear una nueva clase de violación de la LHC una violación meramente negligente.

contrato.<sup>166</sup> La actuación de la mayoría del tribunal fue tan grosera que el comité de anulación no tuvo otro camino que desconocer esta sección del laudo.

En esa misma línea, el comité debió reconocer también el error en la interpretación de la normativa ecuatoriana y en particular del artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos. Como lo señaló el Ecuador, en el país no cabe la definición de nulidad automática o inexistencia, la nulidad prevista en el artículo 79 solamente puede ser declarada por el juez,<sup>167</sup> demostrando que es posible que un tribunal Arbitral cometa errores flagrantes al momento de la interpretación del derecho interno de los Estados y que dichos errores deben ser enmendados.

El proceso del caso Occidental ha puesto el dedo en la llaga en cuanto a las deficiencias del sistema de arbitraje inversionista–Estado. La decisión de

anulación evidencia la necesidad imperante de un cambio en el sistema que permita la revisión de los laudos arbitrales y evite la injusticia para las partes en el arbitraje. El sistema no es infalible, de ahí la importancia que exista un órgano que pueda: i) Revisar los laudos, e inclusive analizar los hechos y no solamente restringiéndose al derecho<sup>168</sup> que ha sido la práctica generalizada por parte de los Comités de anulación en los últimos años. ii) Revisar y analizar las pruebas aportadas por las partes en los arbitrajes.

Sin embargo, por la propia naturaleza jurídica del recurso, esta falta de efectividad de la anulación para la corrección y consistencia del sistema, no se limita a los casos CIADI, sino también se observa en las decisiones que sobre anulación toman los países sedes de los arbitrajes de inversiones bajo reglas CNUDMI, tal es el caso planteado en contra de Ecuador y conocido como Chevron II.

---

166•CIADI, *Occidental Petroleum Company, vs. Ecuador*, Caso CIADI ARB/06/11, Decisión de Anulación, 2 de noviembre de 2015, párrafo 201.

En síntesis, tras la ejecución de los Acuerdos Farmout en 2000, OPEC retuvo una participación del 60% de la Propiedad Farmout (que incluía la posición legal de OPEC derivada del Contrato de Participación), y transfirió a AEC la propiedad de una participación del 40% de la Propiedad Farmout, recibiendo por ello una contraprestación. La transferencia nunca fue autorizada por el Ministro de Minas de Ecuador, como requiere el artículo 79 de la LHC. Sin embargo, OPEC y AEC dieron debido cumplimiento a los términos y a las condiciones de los Acuerdos Farmout.

167•CIADI, *Occidental Petroleum Company, vs. Ecuador*, Caso CIADI ARB/06/11, Decisión de Anulación, 2 de noviembre de 2015, párrafo 236:

La interpretación de la mayoría del Tribunal es incorrecta: el artículo 79 no menciona el concepto de “inexistencia” o ni el de “nulidad automática”, simplemente establece que las transferencias o cesiones “serán nulas y no tendrán valor alguno si no procede la autorización del Ministerio”; es claro que esta nulidad encaja nítidamente en la definición de “nulidad absoluta” del artículo 1698 del Código Civil. La frase “y no tendrán valor alguno” es sólo una reiteración del principal efecto que produce la nulidad.

168•Respecto al tema, el foro internacional, especialmente el señor Borzu Sabahi se ha referido a la decisión Occidental y ha señalado que:

“La decisión demuestra que un Comité de Anulación no duda en revisar los hechos y el derecho cuando es evidente que existe material para la determinación de exlimitación manifiesta de facultades”.



París, 6 de abril de 2014, oficinas de Dechert LLP. Reunión preparatoria para la audiencia sobre la anulación caso OXY II. Proceso de revisión integral de la presentación del alegato de apertura del Ecuador para la audiencia de anulación.

En dicho caso, que fue planteado por la existencia de siete demandas comerciales que Texaco, compañía que se fusionó con Chevron en el 2001, presentó en la década de los 90, varios años antes de la entrada en vigencia del Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones suscrito entre Estados Unidos y el Ecuador (1997). En ese caso, el Tribunal Arbitral no solo que se declaró competente a pesar de que Texaco abandonó el Ecuador en 1992; es decir, no tenía una inversión en el país al momento de la entrada en vigor del Tratado, sino que además consideró que el artículo II (7) del tratado era una

*lex specialis* que establecía una garantía distinta a la denegación de justicia y por tanto un umbral de prueba más bajo que el requerido para la denegación, de acuerdo al Derecho Internacional Consuetudinario, tal cual ya se analizó en el capítulo anterior.

En definitiva el Ecuador ante este laudo, enfrentó dos circunstancias que constituyen serios errores de interpretación. La primera, al considerar que el Tratado de Protección de Inversiones de 1997 amparaba una inversión que había terminado en 1992, lo que configura la causal de nulidad de falta de convenio

arbitral contemplada en la legislación sede del arbitraje. La segunda equivocación en la que incurrió el tribunal, fue la incorrecta interpretación del artículo II (7) del tratado, la cual si bien formó parte del fundamento de la acción de nulidad del Ecuador, no fue exhaustivamente revisada por la corte holandesa al indicar que no existe causal que permita dicho examen al tratarse de una acción de nulidad. Tal imposibilidad de examen consta expresamente detallada en la sentencia de primera instancia de la Corte:

*“Es necesario señalar en primer lugar que en base a la jurisprudencia reiterada, la posibilidad de una afectación los laudos arbitrales es limitado y que, la corte al examinar si existen motivos para anular el laudo del tribunal debe actuar con moderación. Los procedimientos de nulidad no pueden ser utilizados como un recurso encubierto...”*<sup>169</sup>

Con ello se evidencia la ineficiencia de la acción de nulidad para corregir asuntos tan graves como la falta de competencia del tribunal arbitral, la errónea interpretación del concepto de inversión, o el manifiesto exceso de poder del tribunal al haber tomado el lugar de los jueces ecuatorianos y decidir sobre

cada uno de los siete juicios comerciales subyacentes a la disputa de inversiones.

#### 4.1.2. EL MECANISMO DE APELACIÓN COMO UNA PROPUESTA PARA SUPERAR LA INCONSISTENCIA.

Como se ha podido advertir, varias son las razones que justifican la implementación de un mecanismo de apelación:

- i. El sistema está plagado de decisiones inconsistentes: son varios los casos en los que pese a encontrarse en situaciones similares, los tribunales arbitrales llegan a conclusiones opuestas.<sup>170</sup>
- ii. Los sujetos de derecho internacional involucrados en los arbitrajes de inversión discuten ante los tribunales actos que se relacionan con la política pública y el derecho público y que requieren, dada las consecuencias de los laudos arbitrales en sus economías y sus ciudadanos, un sistema con la mayor legitimidad posible.
- iii. Los Estados y los inversionistas requieren la seguridad jurídica de contar con interpretaciones uniformes al derecho de inversiones que

169• Corte de La Haya, Sentencia Corte de primera instancia, Caso Ecuador vs. Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company, Casos números: 386934/HA ZA 11-402 y 408948 / HA ZA 1-2813. Traducción no oficial.

170•FRANCK, Susan D., “The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions.” Fordham Law Review, Available at: <http://ssrn.com/abstract=812964> consultado el 28 de julio de 2016, pp. 113 - 117.

En los casos Encana y Occidental, los tribunales respectivos consideraron que el Ecuador no violó el Tratado Bilateral con Canadá al negar la devolución del IVA a la empresa Petrolera Encana, y al contrario, en el caso Occidental, el tribunal concluyó que el Ecuador sí violó el Tratado suscrito con Estados Unidos al negar la devolución del IVA a dicha compañía. Como se aprecia, bajo estas decisiones completamente contradictorias el Ecuador no puede saber si a futuro violaría un TBI por negar, de acuerdo con su legislación, la devolución de un impuesto como el IVA.

difícilmente puede alcanzarse si existen casos contradictorios, como los casos Duke y Chevron II, o Encana y Occidental<sup>171</sup> y los mencionados a lo largo de esta publicación.

Pero por sobre todo un sistema de apelación estaría destinado a evitar que fallos arbitrarios pudieran causar efectos, por ejemplo, en la decisión de nulidad en el caso Yukos.<sup>172</sup> Este caso fue ampliamente conocido porque constituyó la condena más grande en el mundo de arbitraje de inversiones: aproximadamente USD 50 mil millones. No viene al caso determinar cuáles fueron los reclamos que se hicieron por parte del inversionista a la Federación Rusa, sino la razón por la cual dicho laudo fue anulado, y es que el Tratado de Energía, que constituyó el acuerdo internacional por el cual se inició la demanda arbitral; a decir, de las Cortes Holandesas jamás fue ratificado por la Federación Rusa. Es lógico pensar por tanto que el arbitraje jamás debió iniciar. La decisión del Tribunal Arbitral más allá de la controversia de fondo debió considerar desde el inicio este particular y no declararse competente y menos aún llegar a ordenar una condena. Si un caso en el que la vigencia de un tratado internacional que

lo respalde puede avanzar al punto en que se dicte un laudo, qué credibilidad puede tener un tribunal bajo esas circunstancias.

Por eso es necesario que los Estados cuenten con una instancia de revisión de los laudos producidos, y que no esté sujeta solo a situaciones formales, más bien se centre en un examen exhaustivo del litigio; es decir, de las posiciones de las partes, la prueba, el derecho y las conclusiones del tribunal arbitral.

Mientras esta instancia de revisión no exista, los Estados y los inversionistas están a merced de tribunales que, aunque conformados por profesionales de primer nivel en el mundo del derecho, no están exentos de visiones políticas o económicas, intereses personales o corporativos ni de cometer equivocaciones y que en muchos casos olvidan la gravedad de las implicaciones de sus decisiones, sobre todo para los Estados.

Estas inconsistencias han llevado al planteamiento de incorporar en los nuevos tratados suscritos la posibilidad de establecer un órgano de apelación y lo que es más elocuente, en el acuerdo para la Asociación

171• En los casos Encana y Occidental, los tribunales respectivos consideraron que el Ecuador no violó el Tratado Bilateral con Canadá al negar la devolución del IVA a la empresa Petrolera Encana, y al contrario, en el caso Occidental, el tribunal concluyó que el Ecuador sí violó el Tratado suscrito con Estados Unidos al negar la devolución del IVA a dicha compañía. Como se aprecia, bajo estas decisiones completamente contradictorias el Ecuador no puede saber si a futuro violaría un TBI por negar, de acuerdo con su legislación, la devolución de un impuesto como el IVA.

172• CORTE DISTRITAL DE LA HAYA, Sentencia de Nulidad sobre los casos Nos. C/09/477160 / HA ZA 15-1. Federación Rusa vs. VETERAN PETROLEUM LIMITED; C/09/477162 / HA ZA 15-2 Federación Rusa vs. YUKOS UNIVERSAL LIMITED; y C/09/481619 / HA ZA 15-112 Federación Rusa vs. HULLEY ENTERPRISES LIMITED, 20 de abril del 2016.

Transatlántica de Comercio e Inversión de la UE-EE. UU que estaría por firmarse entre Estados Unidos y la Unión Europea se ha previsto no una posibilidad, sino un compromiso completo para establecer un tribunal que revise, como se hace en una apelación, los laudos de los tribunales de primera instancia.<sup>173</sup>

#### 4.1.2.1 EL MECANISMO DE APELACIÓN EN LOS TRATADOS

Existen varios tratados que en términos generales incorporan la posibilidad de crear un eventual mecanismo de apelación, según el CIADI en el año 2005,

alrededor de 20 países habían suscrito acuerdos con cláusulas que contenían la creación de un mecanismo de apelación para laudos emitidos en arbitrajes inversionista-Estado.

El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, en adelante DR-CAFTA aborda temas complementarios como la protección ambiental, respeto a derechos de propiedad intelectual y respeto de derechos laborales. El artículo 10 (20) del tratado permite que un Órgano de Apelación creado en un tratado multilateral separado, pueda revisar los laudos dictados en arbitrajes



Quito, 17 de octubre de 2012, el Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado, en la inauguración del “V Seminario Anual de Arbitraje Internacional”, el evento contó con la participación de importantes juristas de la región.



iniciados después de que el acuerdo multilateral entre en vigor entre las Partes.<sup>174</sup>

El modelo de Tratado Bilateral de los Estados Unidos del 2004 propone en el Anexo D, la posibilidad de un Mecanismo Bilateral de Apelación para revisar los laudos emitidos en arbitrajes iniciados luego del establecimiento del mecanismo de apelación. Así, el modelo del año 2012 en su artículo 20 (10) dispone que las partes decidirán someter o no laudos emitidos bajo ese tratado, en caso de crearse un mecanismo de apelación<sup>175</sup> bajo futuros acuerdos institucionales, asegurando que dicho nuevo procedimiento cumpla con las disposiciones establecidas sobre transparencia.<sup>176</sup>

Una de las ventajas de incluir el mecanismo de apelación en los AII sería que un tribunal *ad hoc* creado en un tratado en particular, signifique costos más ba-

jos al no mantener un aparato burocrático institucionalizado permanente.

Sin embargo, si bien crear un órgano de apelación en un convenio bilateral puede ser más fácil de administrar, no cumpliría con el objetivo de fomentar la consistencia y predictibilidad para la emisión de laudos ya que cada órgano de apelación podría emitir decisiones diferentes.

#### 4.1.2.2. LA CREACIÓN DE UN MECANISMO DE APELACIÓN

Si bien ciertos AII ya prevén la creación de un órgano de apelación para reexaminar laudos emitidos por tribunales arbitrales, a la par es necesaria la creación de una “unidad complementaria única” y así evitar la dispersión de varias estructuras de apelación creados por distintos acuerdos.

173• Como punto de información el proyecto de Acuerdo entre Estados Unidos y la Unión Europea contempla lo siguiente: Artículo 29, Procedimiento de apelación “1. Cualquiera de las partes en litigio podrá apelar ante el Tribunal de Apelaciones un laudo provisional, dentro de 90 días de su emisión.

Las razones para apelación son:

- (a) que el Tribunal haya errado en la interpretación o aplicación de la ley aplicable;
- (b) que el Tribunal haya errado de manera manifiesta en la apreciación de los hechos, incluida la apreciación de la ley interna pertinente; o,
- (c) aquellas previstas en el Artículo 52 de la Convención del CIADI, en tanto en cuanto éstas no estuvieren cubiertas por los literales (a) y (b).”

174• Art. 10(20) del CAFTA: Si entre las Partes entrara en vigor un tratado multilateral separado en el que se estableciere un órgano de apelación con el propósito de revisar los laudos dictados por tribunales constituidos conforme a acuerdos de comercio internacional o inversión para conocer controversias de inversión, las Partes procurarán alcanzar un acuerdo que haga que tal órgano de apelación revise los laudos dictados de conformidad con el Artículo 10.26 de esta Sección en los arbitrajes que se hubieren iniciado después de que el acuerdo multilateral entre en vigor entre las Partes. [http://www.sice.oas.org/trade/cafta/CAFTADR/CAFTADRin\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/trade/cafta/CAFTADR/CAFTADRin_s.asp); consultado el 25 de julio de 2016.

175• Anexo D, US Model Bilateral Investment Treaty 2004: “Within three years after the date of entry into force of this Treaty, the Parties shall consider whether to establish a bilateral appellate body or similar mechanism to review awards rendered under Article 34 in arbitrations commenced after they establish the appellate body or similar mechanism”.

De esta manera, se plantea la posibilidad de crear algún procedimiento de apelación a través de la creación de una Corte Permanente de Arbitraje de Inversiones que fungiría como órgano de apelación. Esta iniciativa sería viable en acuerdos multilaterales como es el caso del CIADI. Precisamente, la secretaria del CIADI describió un posible mecanismo de apelación en un documento emitido en octubre de 2004<sup>177</sup> en donde propone establecer tribunales de árbitros permanentes que se encargarían de conocer las apelaciones interpuestas por las partes afectadas.

El Acuerdo Integral de Economía y Comercio<sup>178</sup> entre Canadá y la Unión Europea (CETA, por su siglas en inglés) acordado en 2013 y que a la fecha de esta publicación, aún debe ser ratificado por la Unión Europea, cambia el sistema tradicional de solución de controversias, al crear un tribunal permanente de inversiones y un tribunal de apelación competente para revisar las decisiones del tribunal.

Este cambio supone la institucionalización del sistema de solución de controversias. Los miembros

no serán designados por el inversionista y el Estado involucrado en la disputa, sino que serán designados con anticipación por las partes del acuerdo.

El tribunal se compondrá de 15 miembros competentes para tratar reclamaciones sobre la violación de estándares de protección de las inversiones establecidos en el acuerdo. Dichos miembros, de probidad notoria y para los que exigirían los mismos requisitos que para los Jueces de la Corte Internacional de Justicia, serán designados por la Unión Europea y Canadá.

Adicionalmente, el texto CETA establece que el Tribunal de Apelaciones podrá modificar o revocar un laudo en los siguientes casos:<sup>179</sup>

- a. Errores en la aplicación o interpretación de la ley aplicable.
- b. Errores manifiestos en la valoración de los hechos, incluyendo la valoración de la legislación doméstica relevante.
- c. Las causales establecidas en el artículo 52 (1)

176• Art. 28 (10) US Model Bilateral Investment Treaty 2012: “In the event that an appellate mechanism for reviewing awards rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism. The Parties shall strive to ensure that any such appellate mechanism they consider adopting provides for transparency of proceedings similar to the transparency provisions established in Article 29”.

177• CIADI, Possible Improvements of the framework for ICSID Arbitration, October 22, 2004. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>; consultado el 28 de julio de 2016.

178• Comisión Europea. Disposiciones de Inversiones en el Tratado de Libre comercio entre Estados Unidos y Canadá (CETA). [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc\\_151918.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf); consultado el 28 de julio de 2016.

literales (a) hasta (e) de la Convención CIADI, en la medida en que no estén cubiertas por los literales (a) y (b).

La Unión Europea y Canadá adoptarán una decisión a partir del Comité Conjunto CETA para incluir elementos técnicos necesarios sobre la operación del Tribunal de Apelación.

Este mecanismo enfrenta críticas en relación al incremento en duración de los arbitrajes y en segundo los costos inherentes a ello. Al respecto, la Comisión Europea dentro de la propuesta para la negociación de un acuerdo similar con Estados Unidos de América ha manifestado lo siguiente:<sup>180</sup>

#### **Un sistema de resolución de controversias de inversión con costos más eficientes y con más celeridad**

- El sistema tiene plazos procesales claros para garantizar la solución de controversias rápida y para mantener los costos bajos. En las controversias de inversión, los principales costos para las partes involucradas en un conflicto son los honorarios de abogados externos (asesores jurídicos), que representan alrededor del 80% de los costes totales de una disputa. Aquí las normas sustantivas claras ayudarán a mantener controlados los reclamos y por lo tanto el nivel de litigios.

- Los procedimientos generales con arreglo al ICS, incluyendo la apelación, se limitan a dos años (el Tribunal de Primera Instancia debe decidir dentro de los 18 meses y el Tribunal de Apelaciones dentro de los seis meses).

A modo de comparación, la duración promedio de los procedimientos en virtud de los tratados de inversión existentes es de tres a cuatro años, y la anulación (por razones de procedimiento) podría añadir alrededor de otros dos años, lo que significa que la duración total a menudo es de alrededor de 6 años (con muchos que toman más tiempo).

- Los sueldos de los miembros del Tribunal de Apelaciones lo pagaría exclusivamente la UE y los EE.UU.; habría un límite para las tasas diarias de los jueces, en lugar de dejar que esto sea negociado entre las partes contendientes como es el caso en el marco del sistema de ISDS actual.

Es evidente que existen causales definidas para la apelación a efectos de asegurar que el sistema de apelación no sea sujeto de abusos por la parte perdedora. Estos son: a) que el tribunal ha incurrido en un error en la interpretación o aplicación de la ley aplicable en el acuerdo TTIP; b) que el tribunal he incurrido en un error manifiesto en la apreciación de los hechos; y c) razones procesales (es

<sup>180</sup> Boletín de prensa emitido por la Comisión Europea el 12 noviembre de 2015, Why the new EU proposal for an Investment Court System in TTIP is beneficial to both States and investors, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-6060\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6060_en.htm); consultado el 28 de julio de 2016.

decir, causales comparables a los procedimientos de anulación).

### **Normas claras aplicadas por jueces imparciales a través de un proceso transparente y neutral de interés de los Estados y los inversores.**

- La propuesta de la UE aclara el contenido de las normas sustantivas de protección y la forma en que se preserva cabalmente el derecho de regular en el interés público. Esto representa una mayor seguridad jurídica para los inversores y los gobiernos. Los gobiernos pueden regular en el interés público. Los inversores también pueden beneficiarse de normas más claras, ya que estarán protegidos contra posibles abusos (por ejemplo, la expropiación sin compensación, acoso, etc.) y evitarán la pérdida de tiempo y recursos en el tratamiento de casos que no se encuentren dentro de dicha normativa.
- Al igual que el arbitraje internacional, el Sistema Judicial de Inversiones (ICS, por sus siglas en inglés) prevé una sede neutral para el arreglo de diferencias relativas a inversiones.

Otra opción considerada ha sido replicar el Organismo de apelación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), el mismo que fue establecido en 1995, con sede en Ginebra y en base al artículo 17<sup>181</sup> del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). Conoce las apelaciones de los informes emitidos por los grupos especiales en diferencias planteadas por los miembros de la OMC.<sup>182</sup> Este órgano mediante informes confirma, modifica o revoca las constataciones y conclusiones jurídicas de un grupo especial; el informe del examen de apelación luego es aceptado o rechazado (por consenso) por el Órgano de Solución de Diferencias en un plazo de 30 días; si es adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias, este debe ser aceptado por las partes.

Las apelaciones proceden por cuestiones de derecho, tales como interpretaciones jurídicas, donde no es posible examinar de nuevo las pruebas existentes ni examinar nuevas cuestiones. El procedimiento de apelación dura entre 60 y 90 días.

Desde su creación, el Órgano de Apelación de la OMC ha generado una línea coherente y consistente

---

181• Art. 17 numeral 14 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC: “Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del Órgano de Apelación en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros. Este procedimiento de adopción se entenderá sin perjuicio del derecho de los Miembros a exponer sus opiniones sobre los informes del Órgano de Apelación”.

182• Organización Mundial del Comercio, [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/appellate\\_body\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/appellate_body_s.htm); consultado el 28 de julio de 2016.

de jurisprudencia sobre los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC), posicionándose como una autoridad para efectos interpretativos de los acuerdos de la OMC. De la misma manera, se plantea crear un órgano de apelación que podría generar laudos arbitrales más coherentes y consistentes que reduzcan las costas de todo un sistema de solución de controversias.

Introducir un mecanismo de apelación traería las siguientes ventajas:

### **1. Desarrollo de una línea coherente y consistente de laudos arbitrales**

La intención es que el Organismo de Apelación revise cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas formuladas por el tribunal arbitral, y pueda modificar o sustituir el laudo en su totalidad. Así mismo, el Órgano de Apelación podría completar el análisis de asuntos no examinados o resueltos por el tribunal arbitral de primera instancia.

Un órgano permanente de apelación cumpliría con asegurar la coherencia en la práctica arbitral. Dicho órgano estaría compuesto por jueces permanentes designados por los Estados, previo el cumplimiento de requisitos que aseguren su imparcialidad e idoneidad técnica, para que así sea una “autoridad capaz de emitir opiniones consistentes y equilibradas, las que rectificarían algunos de los cuestionamientos de legitimidad sobre el actual régimen de solución alternativo de con-

troversias” (UNCTAD b, 2015, p. 150). A esto se añadiría la ventaja de que su ocupación sería permanente y no estarían sujetos a la incertidumbre de su designación o no.

Al tratarse del Convenio CIADI, se requeriría de una reforma ya que actualmente determina que el laudo arbitral es obligatorio para las partes y no está sujeto a apelación. Esta reforma requeriría a su vez, el consentimiento de todos los Estados contratantes al convenio.

### **2. Control de tiempos y costos**

Al determinar plazos procesales claros y al estar sometido el órgano de apelación a una normativa clara en relación a sus honorarios, los costos serían controlados y estarían justificados con la certeza y legitimación de las que gozaría el sistema.

Lo ideal sería crear una corte con miembros permanentes y con dedicación exclusiva que puedan actuar de manera imparcial y lejos de las presiones que pueden crear los diversos roles que deben desempeñar los árbitros: abogados, árbitros, académicos, peritos.

La propuesta de crear un órgano permanente de apelación supone la institucionalización de este mecanismo que brindaría coherencia y consistencia en las decisiones arbitrales a nivel mundial, se generaría jurisprudencia general para el sistema internacional arbitral de inversiones lo que fomentaría su credibilidad.



*Cochabamba, Bolivia, 26 de noviembre de 2015, La Procuraduría General del Estado de Ecuador presentó el Libro “Caso CHEVRON: Defensa del Ecuador frente al uso indebido del arbitraje de inversión” en el marco del Seminario Internacional: Desarrollo económico y Defensa Legal del Estado. En la mesa, Luís Inácio Lucena Adams, Ministro Jefe de la Abogacía General de la Unión de Brasil, Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado, Ecuador, Dr. Héctor Arce, Procurador General del Estado, Bolivia, Ricardo Ulcuango Farinango, Embajador del Ecuador en Bolivia.*

## 4.2. MECANISMO CON ACTORES LIMITADOS (ÁRBITROS QUE PUEDEN SER ABOGADOS O PERITOS)

Una de las características para la constitución de los Tribunales de Arbitraje, es que su designación procede de cada una de las partes, lo que provoca que la designación de los árbitros sea realizada evaluando las posibles simpatías o antipatías que cada uno de ellos podrían tener hacia los casos, las partes e inclusive sus abogados. Esto obviamente tiene incidencia en el sistema, ya que es inevitable que exista un interés por parte de los árbitros de ser designados nuevamente en casos futuros. Se ha observado la creación de una comunidad cerrada formada por árbitros expertos. En un reciente estudio realizado por Sergio Puig, se revela una densa red que refuerza los estándares predominantes y comportamientos que aíslan a sus más importantes miembros de la influencia externa.<sup>183</sup> Al constituirse en una comunidad cerrada, no sujeta a control posterior se enfrenta al desafío de controlarse a sí misma y no cometer abusos de poder.

Otro punto criticado ha sido, es la estrecha vinculación que existe entre firmas de abogados y árbitros. Este fenómeno conocido como *Double Hatting*, se produce cuando los abogados que representen a una parte en una disputa ante una institución arbitral o centro, son árbitros en controversias administradas bajo la misma institución.

Sobre el double hatting “(...) el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable (IISD por sus siglas en inglés), acerca de esta dualidad de roles determinó que:

*“los abogados o sus socios actúen como abogado en algunos casos, por definición, genera un conflicto de intereses (real o aparente) que es antagónico con su participación como árbitro.”*<sup>184</sup>

Esta situación ha generado gran polémica, mientras un sector habla de una apariencia de parcialidad que no devendría en una causal de recusación o excusa; otros sectores se pronuncian sobre la necesidad que los roles sean asumidos de manera exclusiva y que no se puedan combinar.

Actualmente, sólo el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje (CAS) para los deportes reconoce expresamente el double hatting. El Reglamento de Arbitraje del Centro, vigente a partir del 1 de enero de 2010, introdujo una nueva norma por medio de la cual se establece la prohibición a los árbitros y mediadores de ejercer como abogados en los procesos ante el CAS.

Las Directrices de la IBA también contemplan situaciones que podrían estar relacionadas al double hatting. Ejemplos: a) El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen

183• PUIG Sergio, Social Capital in the Arbitration Market, The European Journal of International Law, Volume 25, No. 2, pp. 390.

184• FIERRO VALLE Estefanía, Conflicto de Intereses en el arbitraje internacional: El fenómeno del double-hatting.

respecto de la controversia a instancia de las anteriores. b) Los árbitros son abogados del mismo bufete. Por su parte, en octubre de 2001 la Corte Internacional de Justicia adoptó las Directrices Prácticas para los Estados que comparecen ante ella:

*“La Corte considera que no está en el interés de una buena administración de la justicia que una persona que actuase como juez ad hoc en un caso que también está actuando o ha actuado recientemente como agente, consejero o abogado en otro caso ante la Corte. En consecuencia, las partes, al elegir un juez ad hoc [...] deben abstenerse de designar personas que están actuando como agente, consejero o abogado en un caso ante la Corte o han actuado de tal, en los tres años anteriores a la fecha del nombramiento. Además, las partes también deben abstenerse de designar como agente, consejero o abogado en un caso ante la Corte a una persona que se desempeñe como juez ad hoc en otro caso ante la Corte.”<sup>185</sup>*

Y en realidad esta debería ser la tendencia: Introducir, sea en los reglamentos de los Centros, sea en los mismos AII o a través de una convención mundial, limitaciones para el ejercicio paralelo de los profesionales como árbitros, abogados o peritos. Esto debería ir incluso más allá, pues se debería

regular qué pasa con las posiciones adoptadas por los profesionales en su calidad de expertos, abogados o peritos, pues debe tenderse a la coherencia e impedir cambios de posiciones que implican ir al lado totalmente opuesto o abandonar teorías por un caso en particular, a pesar de haberlas defendido durante años.

#### 4.2.1. LA RECUSACIÓN A EFECTOS DE ASEGURAR LA IMPARCIALIDAD DE LAS DECISIONES ARBITRALES

La recusación a uno o a todos los miembros del tribunal es una medida extrema que las partes tienen disponible para reconstituir su confianza en el tribunal. El deber ser de todo árbitro o juez es que sea imparcial e independiente, como así lo establece el Principio General No. 1 de las Directrices sobre conflictos de intereses de la International Bar Association:

*“Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.”<sup>186</sup>*

La recusación no es una medida que las partes toman sin un alto grado de cuidado, pues existen riesgos inherentes. Basta con imaginar el siguiente escena-

185• Practice Direction VII of the International Court of Justice, available at <http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=4&p3=0>.

186• Principio General No. 1, Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 mayo de 2004.



rio: una parte percibe que uno de los árbitros actúa de forma parcializada, llega a tener conocimiento que dicho árbitro tiene relación o ha efectuado un comentario que revela que no es neutral. A pesar de probarse la existencia del hecho no hay la garantía de que la recusación prospere con el agravante de que el árbitro recusado seguramente tendrá una opinión sesgada respecto de quien lo recusó.

Las recusaciones pueden tener un resultado positivo o no, por ejemplo en los siguientes casos el resultado ha sido negativo:

- **TELKOM Malaysia co. Republica de Ghana**, el caso más representativo sobre double hatting. Tras una recusación, Telekom nominó a Emmanuel Gaillard y la Secretaria General de la Corte nombró a Robert Layton como árbitro sustituto. Durante las audiencias el inversionista fundamentó parte de su defensa en la decisión del caso RFCC c. Marruecos. Una vez que el demandante se refirió a la decisión, el profesor Gaillard reveló a las partes que él había participado en dicho arbitraje como abogado. Ghana recusó al árbitro, quien se rehusó a renunciar. La recusación fue presentada ante la Secretaria General de la Corte quien la negó. Finalmente, el 27 de septiembre de 2004, Ghana interpuso ante la Corte del Distrito de la Haya una

solicitud de medidas cautelares para lograr la recusación del árbitro Gaillard. La Corte decidió mantener la recusación en contra de la imparcialidad del árbitro, si él dentro de los 10 días siguientes a la decisión no notifica a las partes que ha renunciado como abogado en el caso RFCC c. Marruecos.<sup>187</sup>

- **Caso Eureka co. República de Polonia**. Este caso fue resuelto por la Corte de Apelaciones de Bruselas. Luego de haber sido notificadas las partes con el laudo parcial emitido en agosto de 2005, Polonia solicitó al árbitro Stephen Schwebel, nominado por EUREKO, que renuncie a su nombramiento. El Estado basó su petición en el hecho de que este árbitro había representado a un inversor en otro caso en contra de Polonia que trataba sobre reclamaciones similares. El árbitro Schwebel se rehusó a declinar su nombramiento y el Estado interpuso una acción ante la Corte de Primera Instancia de Bruselas quien rechazó la acción. La Corte sostuvo que este hecho no era suficiente para crear una sospecha con relación a la independencia e imparcialidad del árbitro. La Corte de Apelaciones de Bélgica confirmó la decisión.

El Ecuador por su parte, ha prevalecido en algunas de las recusaciones, así en la recusación planteada contra un árbitro en el caso iniciado por la compañía

187• CORTE DISTRITAL DE LA HAYA, Sección de Ley Civil- Medidas Provisionales, Caso N° HA/RK 2004.667, de 18 octubre de 2004. [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0857\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0857_0.pdf); consultado el 28 de julio de 2016.

Burlington, sobre la base de comentarios negativos respecto la ética del abogado del Ecuador.<sup>188</sup> En contraposición, el Ecuador no tuvo éxito, en su recusación a uno de los árbitros en conocimiento del arbitraje presentado por la farmacéutica Merck,<sup>189</sup> pese a que los motivos de recusación eran muy similares, pues dicho árbitro fue autor de un editorial en el que sugería, sin mencionar ningún fundamento para ello, que uno de los abogados a cargo de la defensa del Ecuador, en un caso con un cliente diferente había estado asociado, directa o indirectamente con el demandante lo que calificó de “fraude en una corte”.<sup>190</sup>

Actualmente el sistema no establece de forma absolutamente clara las causales de recusación, o bien puede decirse que las causales son insuficientes.

El Reglamento UNCITRAL determina que son causales de recusación la existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto a la

imparcialidad o independencia; y si un árbitro no cumple su cometido o se ve imposibilitado de hacerlo por hecho o derecho.<sup>191</sup> El Convenio CIADI en cambio es menos claro al determinar que podrán ser recusados los árbitros que no cumplan con los requisitos para ser árbitro, es decir gozar de amplia consideración moral y tener reconocida competencia en el campo del derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.<sup>192</sup>

Y no es que se trate de incrementar el número de causales de recusación al punto en que un árbitro no pueda actuar o sienta que las partes puedan amenazarlo. Es saludable para cualquier sistema judicial o arbitral que el control permanezca en la autoridad de tal manera que existan parámetros bajo los cuales un árbitro pueda referirse públicamente a un caso o que existan normas que regulen la designación frecuente por parte de un mismo estudio jurídico. Además, de-

188• CIADI, Burlington Resources Inc. vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, 14/12/12, Decisión sobre la propuesta de recusación del Profesor Francisco Orrego Vicuña; El Ecuador también recusó exitosamente al árbitro Charles Brower en el caso Perenco Ecuador Ltd. vs. Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, PCA Case No. IR-2009/1, la decisión de Recusación fue adoptada el 8 de diciembre de 2009, sobre la base de comentarios hechos sobre el Ecuador en una entrevista otorgada por el árbitro.

189• Corte Permanente de Arbitraje, Merck Sharp & Dhome vs. Ecuador, Caso CPA No. AA442, 8 de Agosto de 2012.

190• M. Schwebel Stephen, Comentario Editorial, Celebrating a Fraud on the Court [Celebrando un fraude en la Corte], 106 (1) Revista Estadounidense de Derecho Internacional (AJIL) 102 (2012).

191• Artículo 12 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010).

192• Art. 14, disposición No. 1. Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones el cual es referido en el artículo 57 que ordena: “Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV.” La sección 2 del Capítulo IV del Convenio no contiene otras causales y también se remite al artículo 14, disposición No. 1.

ben regularse los tiempos para que un tribunal dicte su decisión, habida cuenta de que estas pueden tener un gran impacto en las economías de los inversionistas y consecuencias económicas trascendentales para los Estados y su población.

#### 4.3. COSTOS ELEVADOS Y TIEMPOS EXCESIVOS

Los costos de los procedimientos de arbitraje son elevados, por ende los Estados deben soportar una carga presupuestaria elevada para ejercer su defensa, ea esto se suma el hecho que un proceso arbitral de inversiones puede durar mucho más que un proceso doméstico si se toma en cuenta que no existe fase de apelación, por lo que deslegitima más el mecanismo. A modo de ejemplo y utilizando para ello, un método de cálculo disponible en la red,<sup>193</sup> un arbitraje CIADI cuyo monto en discusión asciende a la suma de USd 500 millones, con un tribunal compuesto por tres árbitros, con un nivel de complejidad medio y con abogados corporativos americanos puede llegar a costar a cada parte USD 3 964 456,90 y puede tener una duración de cuatro años.

La labor de defensa implica la erogación de fuertes sumas de dinero en honorarios de abogados, gastos, costos asociados a la logística para comparecencia ante los tribunales y expensas.

La respuesta a esto debe pasar por la regulación de

honorarios, costos y expensas en los mismos AII, como ya lo han hecho muchos o en los reglamentos de arbitraje. Deben adoptarse expresamente los principios de “quien pierde, paga” o “la parte vencedora tiene derecho a exigir que la parte perdedora pague los gastos”. Esto por supuesto va de la mano con el establecimiento de plazos para el procedimiento arbitral y de sanciones a los tribunales que los incumplan.

Naturalmente, las partes podrían tener la potestad de acordar plazos diferentes y seguramente lo harán tomando en cuenta su propia conveniencia.

Los tiempos excesivos que toma un procedimiento arbitral deja en duda una de las ventajas subyacentes del arbitraje, esto es una solución más rápida en términos de tiempo y por tanto en costos y gastos. Justamente esa era una de las razones por las que tradicionalmente se ha preferido al arbitraje frente al sistema judicial ordinario. Con tiempos tan largos el arbitraje no hace diferencia y resulta igual ir al sistema judicial ordinario que, por lo demás tiene reglas más claras en cuanto a la consistencia de las decisiones y a la posibilidad de revisarlas.

Los tiempos excesivos son una realidad. En el caso ecuatoriano por ejemplo, el promedio de duración de un arbitraje de inversiones es de 1410 días, esto es, cuatro años (periodo 2012-2015), tiempos que por sí solos demuestran la poca efectividad del sistema

193• Arbitraje Internacional Red de Abogados, <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/icsid-arbitration-cost-calculator-2/>; consultado el 25 de Julio de 2016.

y ponen en duda si con tiempos tan largos, existe una verdadera reparación a los daños en el caso de los inversionistas o cuán grande ha sido el daño para un Estado. Seguramente mientras una controversia no se decida, no se concesionó un puerto, un bloque petrolero o una carretera, o no se remediaron daños ambientales, o no se generará electricidad o se terminará una obra de construcción.

#### 4.3.1 DISPARIDAD DE RAZONAMIENTOS FRENTE A LA CONDENA EN COSTAS

Otro defecto del sistema arbitral proviene de la disparidad de razonamientos, o si se quiere de la ambigüedad de motivos utilizados por los tribunales arbitrales para establecer una condena en costas. En resumen, existen casos en los que los tribunales guardan una deferencia exagerada a los inversionistas pese a que ellos han presentado demandas ilegítimas o incluso las han perdido; y por otro lado, al contrario de lo que esperaríamos un sujeto de derecho internacional, existen decisiones en las que los tribunales arbitrales plantean un razonamiento no del todo claro como antecedente de la condena en costas a un Estado.

Existen tres casos en los que Ecuador ha sido parte donde se puede apreciar este defecto.

El primero de ellos inició en el año 2004. En ese año la secretaría del CIADI recibió una notificación de arbitraje de la compañía Empresa Eléctrica del Ecuador EMELEC,<sup>194</sup> presentada por el Sr. Miguel Lluco, ciudadano ecuatoriano que alegó tener la capacidad legal para representar a la compañía.

Luego del intercambio de memoriales en la fase de jurisdicción, el tribunal concluyó aceptando la primera objeción del Ecuador, esto es que el Sr. Lluco no pudo probar que él era el representante legal de la compañía. De esta manera el Ecuador evitó un contingente aproximado de USD 1.700 millones.

Por supuesto, el resultado satisfizo al Estado ecuatoriano, pero solo parcialmente, ya que el tribunal decidió sin ningún razonamiento<sup>195</sup> el que dividiría los costos del proceso entre las dos partes, decisión equivocada a la luz de la conclusión del tribunal: el señor Lluco no era el representante de EMELEC, por tanto no tenía legitimidad para presentar una demanda arbitral contra un Estado.

194• CIADI, Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (Emelec) vs. Ecuador, Caso CIADI No. Arb/05/9. Laudo, 2 de junio de 2009. párrafos 129, 130, 134, 135, 136, 137.

195• CIADI, Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (Emelec) vs. Ecuador, Caso CIADI No. Arb/05/9. Laudo, 2 de junio de 2009, Párrafo 137: “COSTAS. De conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio y la Regla 28 de las Reglas del Arbitraje, el Tribunal determina que, en vista de las circunstancias particulares del presente caso, cada Parte pagará en igual proporción las costas y gastos incurridos en este procedimiento de arbitraje relacionado con la competencia del Tribunal. Asimismo, cada Parte asumirá sus propios costos y gastos de representación en este procedimiento arbitral”.

Quizá podrá parecer poca cosa, se asume que un Estado tiene el dinero suficiente para solventar una defensa arbitral, pero hay que considerar por lo menos tres factores: i) El litigio internacional de inversiones no es barato. ii) La riqueza de los Estados varía, existen economías para las cuales el costo de una defensa internacional puede representar un problema presupuestario, que se agrava si es que no existe la posibilidad de recuperación. iii) Es posible que al disponerse recursos en la defensa, un Estado, principalmente los que están en vías de desarrollo, sacrifique alguno de sus fines, como son el otorgamiento de educación o salud a la población.

En contraposición a lo anterior, en el arbitraje planteado por Murphy contra el Ecuador, el Tribunal Arbitral condenó al pago del 75% de las costas al Estado ecuatoriano. La razón esgrimida por el tribunal para dicha condena fue:

*“A la luz del hecho de que la Demandante ha prevalecido en todo o en parte en materia de jurisdicción, responsabilidad y daños, el Tribunal determina que debe adjudicársele una parte significativa de las costas del arbitraje enumeradas en los artículos 38 (a), (b), (c), (d) y (f) así como sus costes de representación legal y asistencia de acuerdo con el artículo 38 (e). El Tribunal es-*

*tablece que la Demandada asume el 75% de la proporción de las costas del arbitraje conforme al Artículo 38 (a), (b), (c), (d) y (f), así como el 75% de los costes de representación y asistencia previstos en el artículo 38 (e) en la suma total de EUR 3 756 550,68 (i.e, USD 4 316 770). ...”<sup>196</sup>*

Sin embargo, hay que matizar que la razón que se le dio a Murphy en la fase de responsabilidad y daños, no corresponde a un 75% de su reclamo sino a menos de un 10%, ya que su pretensión original ascendía a USD 633 millones y el tribunal le concedió una compensación en su laudo parcial de USD 20 millones.

Esto lleva a resaltar la falta de razonamiento para establecer la condena en costas al Ecuador. Al parecer, a la luz de las palabras del tribunal, que cita el artículo 40 numeral 1 de las Reglas UNCITRAL,<sup>197</sup> es suficiente el prevalecer en la demanda para ser acreedor de una condena de costas. Tomar aquello como absoluto es un error, ya que el mismo artículo establece que dicha condena recaerá sobre la parte vencida, en principio, con lo cual, sería de esperar una lógica que respalde esa decisión, cuanto más en otros casos en los que los tribunales han decidido bajo las mismas reglas no han condenado a la parte vencida al pago de la representación legal, como es

196• Corte Permanente de Arbitraje, Murphy Exploration vs. Ecuador, Laudo Parcial Definitivo, 6 de mayo de 2016, párrafo ., párrafo. 546.

197• Reglas UNCITRAL 1976, “Artículo 40 1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”



Quito, 16 de febrero de 2016, Reunión de trabajo, Dra. Christel Gaibor, Subdirectora de Asuntos Internacionales, Dra. Blanca Gómez de la Torre, Directora de Asuntos Internacionales, Ab. Fausto Albuja, Subdirector de Arbitraje Nacional.

el caso del arbitraje Occidental<sup>198</sup> o en otros casos en los que a pesar de prevalecer el Ecuador la condena en costas ha ido en su contra, como en el caso EnCana:<sup>199</sup>

*201. El artículo 13 (9) del CFPRI faculta al Tribunal a imponer el pago de costas de conformidad con las normas arbitrales aplicables. El artículo 40 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI estipula:*

*“2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable...” De conformidad con el principio general expresado en el artículo 40*

---

<sup>198</sup>• LCIA Occidental and Production Company vs. Ecuador, en el Caso Administrado No. UN 3467, 1 de julio de 2004, Numeral 13, parte dispositiva.

<sup>199</sup>• LCIA, EnCana Corporation vs Ecuador, Laudo y Opinión Disidente Parcial, Caso LCIA No UN3481, 3 febrero 2006, IIC 91, párrafo 201.

*(1), Ecuador -como parte ganadora- tiene en principio derecho a que se le paguen las costas del arbitraje. No obstante, no se trata de una norma inflexible, y el tribunal tiene discreción para determinar otra cosa.*

*202. Considerando los eventos que dieron lugar a esté procedimiento, el tribunal considera que no sería equitativo exigir a EnCana que pague a Ecuador las costas del arbitraje. De hecho, el tribunal ha considerado si debería exigirse a Ecuador que asuma las costas de EnCana, a pesar del hecho de que las limitaciones de su competencia en virtud del Convenio impiden al tribunal tratar la mayoría de las reclamaciones de EnCana, y a pesar del hecho de haber determinado de que la Demandada no cometió expropiación. En tales circunstancias, el tribunal considera que sería justo y equitativo que Ecuador cargue con las costas del arbitraje. En consecuencia, Ecuador será responsable de reembolsar a EnCana todos los importes que haya depositado ante el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) relacionados con las costas del arbitraje.*

Como se puede apreciar de estos casos, al parecer existen criterios completamente disímiles, incluso aplicando la misma regla, respecto a los criterios para condenar en costas a una parte. Y no entra en el análisis, el hecho de que una de las partes es un sujeto de derecho internacional.

#### 4.4. ACCESO ILIMITADO AL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y/O AL ARBITRAJE

Varios de los casos planteados ante los tribunales arbitrales, muchos de los cuales han sido ya referidos en el capítulo anterior, denotan que los inversionistas tienen acceso ilimitado al arbitraje de inversiones. Otra vez la causa es la amplitud de los textos y la falta de condiciones previas que deben ser cumplidas para que el inversionista pueda tener esta posibilidad. Es cierto que ya algunos AII establecen condiciones previas, como el agotamiento de recursos internos, pero aún esto no tiene la suficiente claridad.

Como se mencionó en el capítulo anterior, al describir cada estándar debe hacerse un detalle de las conductas que implican su violación; esto es medular porque solo en la medida en que estas premisas se cumplan el inversionista tendría derecho a acudir a un arbitraje.

Por otra parte, aún si se superase esta primera fase, debería existir la obligación de los tribunales de resolver las objeciones a la jurisdicción de manera previa. Esto contradice la corriente mundial que tiende a que los tribunales puedan resolver al final tanto el fondo como la jurisdicción, pero es ajeno a toda lógica. Es inaceptable que un caso sea desechado por jurisdicción cuando se ha litigado todo el proceso. En todo caso y ante las dudas, los

tribunales deberían estar facultados para ordenar todas las actuaciones procesales que le permitan dilucidar la objeción a la jurisdicción planteada y no esperar litigar todo el caso para ello.

Por supuesto los AII deben incluir otras disposiciones que limitan el acceso al arbitraje que, siguiendo a la UNCTAD, podrían ser:

- *“Excluir ciertos tipos de reclamaciones. (...). Esto se podría aplicar, por ejemplo, a ciertos sectores considerados especialmente sensibles (por ejemplo, las reclamaciones relativas a instituciones financieras e inmobiliarias, disposiciones específicas de tratados (ejemplo: Las obligaciones previas al establecimiento) o áreas sensibles de políticas (ejemplo: Medidas adoptadas por motivos de seguridad nacional). Las exclusiones pueden ser específicas de las partes o aplicarse a todos los Estados contratantes.*
  - *Circunscribir las reclamaciones admisibles solo a incumplimientos del tratado. (...)*
  - *Prohibir que se recurra al arbitraje después de que haya pasado un cierto periodo de tiempo desde los hechos que dieron lugar a la reclamación (“plazo de prescripción”), por ej., tres años. Esto introduce un factor de tiempo que fomenta la certidumbre y la previsibilidad respecto de las obligaciones asumidas conforme*
- al tratado. Sin esto, las reclamaciones podrían presentarse en cualquier momento, y así exponer a los Estados a la incertidumbre. Puede ser útil aclarar si el plazo de prescripción incluye el tiempo que el inversionista pasa procesando sus reclamaciones en las cortes nacionales.*
- *Impedir el “abuso” del tratado negando acceso al arbitraje a los inversionistas que usan prácticas abusivas de los tratados (“treaty shopping”) o “planifican según nacionalidad” mediante compañías que solo son un buzón postal y que canalizan las inversiones pero no realizan ninguna operación comercial concreta en el Estado receptor.*
  - *Estipular el consentimiento del Estado con el arbitraje internacional de inversiones para cada caso individual.”<sup>200</sup>*

200• Informe Mundial de Inversiones. Traducción no oficial disponible en la página web de la Procuraduría General del Estado: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec); consultado el 25 de julio de 2016.





China, 7 de septiembre de 2010, UNCTAD, Foro Mundial de Inversiones. El Dr. Diego García Carrión Procurador General del Estado formó parte de la Mesa Redonda Ministerial en la Revisión de políticas de inversión.

Además deberían existir limitaciones para aquellos inversionistas que no se encuentran al día en el cumplimiento de sus obligaciones con el Estado receptor de la inversión o que tiene serias acusaciones en cuanto al cumplimiento de la ley laboral, ambiental o de derechos humanos.

#### 4.5 UNA REFORMA INTEGRAL AL SISTEMA

Como se ha visto a lo largo de este libro, el planteamiento de una reforma integral al sistema aparece como una necesidad apremiante. Sin embargo, dicho cambio debe darse en el origen del problema, esto es, ir directamente hacia la incorporación en los AII de puntos específicos como el desarrollo sostenible y definiciones claras y precisas sobre los términos de

protección a los inversionistas como los conceptos de inversión e inversionista, trato justo y equitativo, expropiación indirecta, nación más favorecida así como sus excepciones en base a políticas públicas, seguridad nacional, crisis de balanza de pagos, derechos humanos, derechos de comunidades indígenas, medio ambiente, entre otros.

Las propuestas innovadoras de los acuerdos de inversión buscan responder a consideraciones de orden público. Se trata de perfeccionar los estándares sustantivos de tal manera que se reafirme el poder regulatorio de los Estados en temas afines al desarrollo sustentable, como la salud pública, seguridad y ambiente, sin que esto constituya una violación a la protección otorgada por los AII.<sup>201</sup>

Esta propuesta involucra nuevas negociaciones de tratados vigentes, negociaciones que en muchos casos involucran fuertes acercamientos políticos para que sean concluidas, a más de ello, envuelven un renunciamiento por parte de los inversionistas, con una gran capacidad de cabildeo político, a derechos que ya han conquistado en los tratados ya suscritos.

*Tal cual lo recoge la UNCTAD en su informe mundial de inversiones 2015, “las acciones tendientes a reformar los AII deben todas sincronizarse a nivel nacional, bilateral, regional y multilateral. En ausencia de un sistema multilateral, la mejor manera de hacer*

201• Anexo B del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos, relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones, 2012, <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>; consultado el 25 de Julio de 2016.

*funcionar el régimen de los AII con la meta del desarrollo sostenible es reformar colectivamente dicho régimen contando con una estructura de soporte global.”<sup>202</sup>*

Cada país debe establecer su hoja de ruta, pero sin duda el primer paso es decidir cómo proceder en relación con los AII ya vigentes y establecer si estos serán objeto de denuncia para ingresar en un proceso de negociación con el objeto de adoptar un tratado totalmente nuevo; o emprender en un proceso de reforma de los ya existentes. Aunque, como ya se dijo, esto depende de las circunstancias de cada país, el camino menos traumático podría ser emprender en un proceso de reforma de los ya existentes. Y la razón es que la protección a la inversión extranjera se mantiene y no genera ningún tipo de preocupación o recelo por parte de los inversionistas ya afincados en el país o en aquellos que han considerado ingresar. Por supuesto, esto lleva un proceso con las contrapartes, pero dado el nuevo escenario en el que ya no solo los países en vías de desarrollo son demandados sino también los países exportadores de inversión, el camino será seguramente menos complicado.

La reforma debería enfocar varios aspectos:

- Eliminar los textos ambiguos y demasiados amplios, dejando clara la intención de cada una de las partes contratantes. Visto el camino recorrido, los detalles son necesarios.

- De la mano de un mayor detalle en los AII, la institucionalidad estatal y la normativa interna deben adecuarse en función de estos instrumentos.
- Los países deben acudir a estos procesos de reforma, cualquiera sea el camino escogido, con una política clara respecto de la inversión que necesitan y quieren recibir, porque solo de esa manera la reforma tanto de los tratados como de la normativa interna tendrá un horizonte claro y lineamientos coherentes, que se reflejarán en cada disposición. No puede ser algo aislado, la política de protección a las inversiones en un país es un todo y afecta a todo. Y la formulación de una política interna respecto de las inversiones debe considerar una serie de elementos, entre estos que “(...) *no toda inversión extranjera directa es deseable desde una perspectiva de desarrollo sustentable, y ni siquiera desde una perspectiva económica más estrecha. En algunos casos las IED desalojan sencillamente las inversiones nacionales y no dan lugar a un aumento neto de las inversiones en general, o pueden erosionar la capacidad de la economía nacional para innovar o para desplegar actividades de investigación y desarrollo. En otros casos, las repercusiones de las IED sobre el medio ambiente y la salud humana pueden acarrear costos a largo plazo, mayores que los beneficios económicos a corto plazo. Y es posible que la riqueza generada por las IED en el país anfitrión aumente las desigualdades en materia*

202• Informe Mundial de Inversiones. Traducción no oficial disponible en la página web de la Procuraduría General del Estado: [www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec); consultado el 25 de julio de 2016.

*de ingresos. Por lo tanto, un AII debe promover las inversiones que respondan a las necesidades económicas de crecimiento y desarrollo sostenidos y las necesidades ambientales que aseguran la protección y la viabilidad intergeneracional de la base de recursos. La idea de inversiones de calidad quizá sea útil aquí como síntesis, si se entiende que abarca las dos mitades del paradigma del desarrollo sustentable, es decir, el desarrollo y la sostenibilidad.”*<sup>203</sup> El diseño de la política estatal en cuanto a inversiones deberá tomar en cuenta además la posición de cada país en el mundo y si en este marco cuándo y bajo qué circunstancias debe suscribir Acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales de inversión o si debe negociar o suscribir acuerdos de comercio que tengan capítulos de inversión.

- La reforma deberá tomar en cuenta además que, el mundo ha cambiado y que hoy hay temas que son fundamentales y que no estaban presentes en el pasado.

*“Debido a que las opiniones de la comunidad mundial sobre el desarrollo han cambiado, las expectativas de las sociedades sobre la función de la inversión extranjera se han vuelto más exigentes. En la actualidad, ya no es suficiente que la inversión cree empleos, contribuya al*

*crecimiento económico o genere intercambio de divisas. Los países buscan cada vez más inversiones que no sean dañinas para el ambiente, que produzcan beneficios sociales, promuevan igualdad de género, y que les ayuden a ascender en la cadena mundial de valor”.*<sup>204</sup>

- De manera particular es necesario que los AII contemplen obligaciones para los Estados parte en los AII pero también para los inversionistas. “(...) Debe reconocerse que los inversionistas sí se convierten en ciudadanos económicos del Estado anfitrión. Adquieren amplios derechos merced a los contratos privados, la legislación del Estado anfitrión y los acuerdos internacionales sobre inversiones. La primera obligación y la más obvia que también adquieren es la de respetar las leyes y los reglamentos del Estado anfitrión. Pero más allá de esto, también puede preverse la obligación más básica, un mínimo común de obligaciones o responsabilidades previas y posteriores al establecimiento (...). Las normas mínimas podrían incluir la evaluación de las repercusiones que tendrían en el medio ambiente las inversiones propuestas, obligaciones de abstenerse de corrupción y obligaciones en materia de información plena por parte de los inversionistas. Los instrumentos para asegurar esto existen y se aplican actualmente de diversas maneras.”<sup>205</sup>

203• COSBEY, Aaron, MANN, Howard, PETERSON, Luke Eric , VON MOLTKE Konrad. *Inversiones y desarrollo sustentable*. pp. 34, [https://www.iisd.org/pdf/2004/investment\\_invest\\_and\\_sd\\_es.pdf](https://www.iisd.org/pdf/2004/investment_invest_and_sd_es.pdf); consultado el 25 de julio de 2016.

204•Ibid.

205• Ibid.



# BIBLIOGRAFÍA

## LIBROS Y REVISTAS

- ACCOLD, Academia Colombiana de Derecho Internacional, Debate Global, Brasil y los recientes Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones: ¿un resurgimiento de la protección diplomática?, 20 de diciembre 2015, disponible en: <https://debateglobal.wordpress.com/>.
- BERNASCONI, Nathalie & JOHNSON Lise, Belgium's Model Bilateral Investment Treaty: A review, 6.0 Provisions Specifically Addressing the Environment, Labour and Sustainable Development, IISD, DesLibris, marzo de 2010, disponible en: <http://deslibris.ca/ID/227320>
- Bilateral Investment Treaties 1995-2006, Trends in investments rulemaking, United Nations, New York and Geneva, 2007.
- BISHOP Doak, CRAWFORD James y REISMAN Michael, Foreign Investment Disputes - Cases, materials and commentary, Kluwer Law International, 2005.
- SABAHI, Borzu y DUGGAL, Kabir, Notion of "Investment", 2014.
- CAMPBELL MCLACHLAN QC, SHORE, Laurence, and WEINIGER, Matthew, International Investment Arbitration Substantive Principles, 2007, Oxford University Press.
- CÁRDENAS, Andrés, La Peculiar Estructura del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Colombia y Japón: Seguridad jurídica para la inversión extranjera, 20 de Octubre de 2015, disponible en: <http://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-peculiar-estructura-del-tratado-bilateral-de-inversion-celebrado-entre-colombia-y-japon-seguridad-juridica-para-las-inversion-extranjera/>.
- CIADI, Documento de Antecedentes sobre el Mecanismo de Anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, Banco Mundial, 10 de agosto 2012.
- COSBEY, Aaron, MANN, Howard, PETERSON, Luke Eric, VON MOLTKE, Konrad, Inversiones y desarrollo sustentable, IISD, International Institute for Sustainable Development.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, Controversias entre inversores y estados: Prevención y alternativas al arbitraje, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2010.
- DOLZER Rudolf, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, 39 Int'l Law 87 (2005).
- DOLZER Rudolf and SCHREUER Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford, 2012.
- DOUGLAS Zachary, The International Law of Investment Claims, Cambridge, Cambridge University Press. 2009.
- FIERRO VALLE Estefanía, Conflicto de Intereses en el arbitraje internacional: El fenómeno del double-hatting.
- FRANCONI, Francesco, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 © EJIL, 2009, disponible en: <http://www.ejil.org/article.php?article=1862&issue=92>.
- FRANCK, Susan D., "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions." Fordham Law Review, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=812964>.
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, Estándares en arbitraje de inversión: ¿Choque de tradiciones?, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2815/6.pdf>.
- GRANATO, Leonardo, Protección del Inversor

- Extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión, Argentina, editado por Juan Carlos Martínez Coll.
- INTER-AMERICAN JUDICIAL COMMITTEE, Contributions of the American Continent to the principles of international law that govern the responsibility of the State, Washington D.C., Pan American Union document CIJ-61, in OAS Official Records, OEA/Ser.I/VI.2, 1962.
  - J.C. Thomas, Reflections on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators, 17 ICSID R. - FOREIGN INVESTMENT L. J. 21 (2002).
  - KAVALJIT Singh & BURGHARD ILGE, Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, Holanda, 2016.
  - KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, Is Consistency a Myth?, disponible en: <http://www.arbitration-icca.org/media/4/92392722703895/media01231914136072000950062.pdf>.
  - KNOTTNERUS, Roeline & VAN OS, Roos, The Netherlands: A Gateway to ‘Treaty Shopping’ for Investment Protection, 12 de enero de 2012, disponible en: <https://www.iisd.org/itn/2012/01/12/the-netherlands-treaty-shopping>.
  - LES ECHOS, Critiques de l’arbitrage TTIP: de la transparence à la vacuité, 28 de enero de 2015, disponible en: <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-121643-critiques-de-larbitrage-ttip-de-la-transparence-a-la-vacuite-1087723.php>.
  - MASLO, Paul B., Definition of Investment: Gatekeeper to Investment Treaty Arbitration, 2011, Publicist, online Publication of Berkeley Journal of International Law.
  - MEREMINSKAYA Elina, “La Cláusula Paraguas: Lecciones de Convivencia para los Sistemas Jurídicos”, Revista Internacional de Arbitraje, 2009.
  - MCLAHLAN Campbell et al, International Investment Arbitration, 2007.
  - NACIONES UNIDAS, Reports of International Arbitral Awards, L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) vs. United Mexican States, U.S. c. Mexico, Mexico General Claims Commission, 4 R.I.A.A. 60 (1926), 15 de octubre de 1926.
  - NACIONES UNIDAS, Reports of International Arbitral Awards, The Iron Rhine (“Ijzeren Rijn”) Railway vs. the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands, 24 de mayo de 2005.
  - NWAIGBO, Onyeka. Vienna Convention On The Law Of Treaties And Interpretation Of Treaty In Investment Dispute Arbitration.
  - PAULSSON, Jan, La Denegación de Justicia. Cambridge University Press, ((2d ed. 1970), en 1059)) 2005.
  - PORTERFIELD, Matthew C., ¿Una distinción sin diferencia? La interpretación de la Norma del Trato Justo y Equitativo en virtud del derecho internacional consuetudinario por Ley en Tribunales de Inversión, 22 de marzo de 2013, disponible en: <https://www.iisd.org/itn/2013/03/22/a-distinction-without-a-difference-the-interpretation-of-fair-and-equitable-treatment-under-customary-international-law-by-investment-tribunals/>.
  - PUIG, Sergio, Social Capital in the Arbitration Market, The European Journal of International Law, Volume 25, No. 2.
  - REINISCH August, “The Proliferation of International Dispute Settlement Mechanisms: The Threat of Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections From the Perspective of Investment Arbitration”, in International Law between Universalism and Fragmentation – Festschrift in Honour of Gerhard Hafner,
  - SCHWEBEL, Stephen, Comentario Editorial, Celebrating a Fraud on the Court [Celebrando un fraude en la Corte], 106 (1) Revista Estadounidense de Derecho Internacional (AJIL) 102 (2012).

- SORNARAJAH M., *The international law on foreign investment*, Cambridge University Press, 2004.
  - TAMBURINI, Francesco, *Historia y Destino de la “Doctrina Calvo”: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?*, Valparaíso, *Rev. estud. hist.-juríd.* n.24, 2002, disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005>.
  - TANZI, Attila, ASTERITI, Alessandra, POLANCO, Rodrigo, TURRINI, Paolo, *International Investment Law in Latin America*.
  - THORN, Rachel & DOUCLEFF, Jennifer, *Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and The Concept of “Investor”*, citado en *The Backlash against Investment Arbitration, Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010.
  - UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreement, Scope and definition*, New York and Geneva, 1999.
  - UNCTAD, *Center for Settlement Of Investment Disputes, Course on Dispute Settlement International*, New York and Geneva, 2003.
  - VINUESA Raul, ‘National Treatment, Principle’ en R. Wolfrum (editor), *Encyclopedia of Public International Law*, volumen II, 2012.
  - YANNACA, Katia, *Arbitration Under International Investment Agreements, A guide to the key Issues*, Oxford University Press, 2010.
- LAUDOS, DECISIONES Y SENTENCIAS**
- Barcelona Traction, Light and Power Company Limited - Bélgica vs. España, Corte Internacional de Justicia, 5 de febrero de 1970.
  - Burlington Resources vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010.
  - Burlington Resources vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012.
  - Chevron Corporation (EE.UU.) y Texaco Petroleum Corporation (EE.UU.) vs. Ecuador, Laudo Interino, Corte Permanente de Arbitraje, 1 de diciembre de 2008.
  - Chevron Corp. y Texaco vs. Ecuador, Caso Chevron II, Laudo Parcial sobre méritos, Corte Permanente de Arbitraje, 30 de marzo de 2010.
  - Chorzow Factory: Alemania vs. Polonia, (1927) Corte Permanente de Justicia Internacional.
  - CMS vs. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8, 12 de mayo del 2005.
  - CMS Gas Transmission Company vs. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8 Procedimiento de Anulación, Decisión del Comité AD HOC sobre la solicitud de Anulación de Argentina, 1 de septiembre de 2006.
  - Concesiones Palestinas Mavrommatis, Grecia vs. Reino Unido, Corte Permanente de Justicia Internacional, 30 de agosto de 1924.
  - Duke Energy vs Ecuador. Caso CIADI ARB 04/19, Laudo final, 18 de agosto de 2008.
  - Ecuador vs. Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company, Corte Distrital de La Haya, Sentencia Corte de primera instancia, casos números: 386934/HA ZA 11-402 y 408948 / HA ZA 1-2813.
  - Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (Emelec) vs. Ecuador, Caso CIADI No. Arb/05/9. Laudo, 2 de junio de 2009.
  - EnCana Corporation vs Ecuador, Laudo y Opinión Parcial de Disentimiento, Caso LCIA No UN3481, 3 febrero 2006.
  - Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de agosto de 2004.
  - Federación Rusa vs. Veteran Petroleum Limited Sentencia de Nulidad Corte Distrital de La Haya sobre

- los casos Nos. C/09/477160 / HA ZA 15-1; C/09/477162 / HA ZA 15-2 Federación Rusa vs. Yukos Universal Limited; y C/09/481619 / HA ZA 15-112 Federación Rusa vs. Hulley Enterprises Limited, 20 de abril del 2016.
- Grand River Enterprises et al vs. Estados Unidos de América, de fecha 12 de enero del 2011.
  - Guarachi America, Inc. y Rurelec PLC vs. Bolivia, Caso CPA No. 2011-17, 31 de enero de 2014.
  - Impregilo SpA vs. Pakistan, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión de Jurisdicción, 22 de abril 2005.
  - James & Otros vs. Reino Unido, Corte Europea de Derechos Humanos, Solicitud No. 7601/76; 7806/77, 1986.
  - Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos, Caso CIADI N° ARB(AF)98/3, 5 de enero de 2001.
  - Malaysian Historical Salvors SDN, BHD vs. Malasia, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión de Jurisdicción, 10 de mayo de 2007.
  - Marvin Roy Feldman Karpa vs. Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI N° ARB (AF)/99/1; 16 de diciembre de 2002.
  - Mavrommatis Palestine Concessions (Grecia) vs. Reino Unido; Corte Permanente de Justicia Internacional, 1924.
  - M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo Arbitral, 31 de julio de 2007.
  - M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. vs. Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6, Decisión de anulación, 19 de octubre de 2009.
  - Merck Sharp & Dhome vs. Ecuador, Caso CPA No. AA442, 8 de Agosto de 2012.
  - Mondev International Ltd. vs. Los Estados Unidos de América, Caso CIADI No. ARB (AF)/99/2, 11 de octubre del 2002.
  - MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Chile, Caso CIADI No. ARB/01/7, de fecha 25 de mayo del 2004.
  - Murphy Exploration vs. Ecuador, Laudo Parcial Definitivo, Corte Permanente de Arbitraje, 6 de mayo de 2016.
  - Noble Energy & Machalpower Cia. Ltd. vs. Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión en Jurisdicción, 5 de marzo de 2008.
  - Noble Ventures Inc. vs. Romania, Caso CIADI ARB/01/11, Laudo, 12 de octubre de 2005, Impregilo vs. Argentina, Caso CIADI ARB07/17, Laudo 21 de junio de 2011.
  - Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador, Laudo Definitivo, Caso LCIA No. UN3467, de fecha 1 de julio del 2004.
  - Occidental Petroleum vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 06/11, Laudo Final, 5 de octubre de 2012.
  - Occidental Petroleum Company vs. Ecuador, Caso CIADI ARB/06/11, Decisión de Anulación, 2 de noviembre de 2015.
  - Oscar Chinn – ciudadano Británico, vs. Bélgica, CPA Ser. A/B No. 70, 12 de diciembre de 1934.
  - Perenco vs. Ecuador, Caso CIADI N° ARB 08/6. Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014.
  - Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) vs. Uruguay (Case CIADI No. ARB/10/7).
  - Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) vs. Australia, Caso CPA No. 2012-12. Laudo, 17 de diciembre de 2015.
  - Plama Consortium Ltd vs. Bulgaria, ICSID Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de Jurisdicción, 8 de febrero de 2005.
  - Saipem S.P.A. vs. Bangladesh, Caso CIADI No. ARB/05/07, Laudo, 30 junio 2009.



- Saluka Investment vs. República Checa, Laudo parcial, Corte Permanente de Arbitraje, 17 de marzo de 2006.
- S.D. Myers, Inc. vs. Canadá (“SD Myers I”), Primer Laudo Parcial, Corte Internacional de Arbitraje de Londres, 13 de noviembre de 2000.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Pakistán, Caso CIADI No. ARB/01/13, 6 agosto de 2013.
- SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas, Caso CIADI No. ARB/02/6, 29 de enero de 2004.
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos, Caso No. CIADI ARB (AF)/00/2), Laudo, 29 de mayo de 2003.
- Tokio Tokelés vs. Ucrania, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión de Jurisdicción, 29 de abril de 2004.
- Waste Management Inc. vs. Los Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/3, 30 de abril del 2004.
- Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de la India.
- Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos.
- Tratado entre Ecuador y los Estados Unidos de América Sobre Promoción y la Protección de Inversiones, 27 de agosto de 1993.
- Tratado relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones entre Alemania e Israel.

## FUENTES EN INTERNET

- ### NORMATIVA
- Acuerdo Para la Promoción y Protección de Inversiones entre España y Ecuador, 26 de junio de 1996.
  - Acuerdo de Protección Recíproca de Inversiones entre Madagascar y Bélgica, año 2005
  - Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigencia el 27 de enero de 1980, Viena, suscrito el 23 de mayo de 1969
  - Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
  - Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 22 mayo de 2004.
  - Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC.
  - Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL 1976.
  - Anexo B del Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de los Estados Unidos, relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones, 2012, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>
  - Arbitraje Internacional Red de Abogados, disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/icsid-arbitration-cost-calculator-2/>
  - CETA, Summary of the final negotiating results, febrero de 2016, disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc\\_152982.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/december/tradoc_152982.pdf) consultado el 27 de julio de 2016; MEYER, Nils, Comments on Investment Protection under CETA:  Good or bad; new or old?, <http://ecologic.eu/sites/files/publication/2014/comments-on-investment-protection-under-ceta-2014-meyer-ohlendorf.pdf>
  - CIADI, Possible Improvements of the framework for ICSID Arbitration, October 22, 2004, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf>
  - Comisión Europea, UE-EEUU: Consejo Económico Transatlántico, disponible en: [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/transatlantic-economic-council/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/international/cooperating-governments/usa/transatlantic-economic-council/index_en.htm)

- Corte Distrital de La Haya, Sección de Ley Civil-Medidas Provisionales, Caso N° HA/RK 2004.667, de 18 octubre de 2004. disponible en: [http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0857\\_0.pdf](http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0857_0.pdf);
- Comisión Europea. Disposiciones de Inversiones en el Tratado de Libre comercio entre Estados Unidos y Canadá (CETA), disponible en: [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc\\_151918.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151918.pdf)
- [https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDI\\_WG\\_May08\\_Span\\_Full.pdf](https://ase.tufts.edu/gdae/Pubs/rp/FDI_WG_May08_Span_Full.pdf)
- [http://ec.europa.eu/priorities/publications/eu-us-free-trade-one-year\\_es](http://ec.europa.eu/priorities/publications/eu-us-free-trade-one-year_es)
- [http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-15-6060\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6060_en.htm)
- <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS?status=1000> consultado el 27 de julio de 2016.
- [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf) consultado el 27 de julio de 2016.
- <http://www.bbc.com/news/business-21439945>
- <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=91&tipo=TE&title=inversiones>.
- <http://www.hispaniccouncil.org/wp-content/uploads/PolicyPaper2THC.pdf>
- <http://www.reuters.com/article/us-eu-us-trade-idUSBRE91C0OC20130213>
- [http://www.sice.oas.org/Trade/TPP\\_Final\\_Texts/English/Chapter9.pdf](http://www.sice.oas.org/Trade/TPP_Final_Texts/English/Chapter9.pdf).
- [http://www.sice.oas.org/trade/cafta/CAFTADR/CAFTADRin\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/trade/cafta/CAFTADR/CAFTADRin_s.asp)
- Naciones Unidas, Reporte Mundial de Inversiones, 2014, disponible en: [http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014\\_overview\\_es.pdf](http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf)
- Naciones Unidas, Informe sobre las inversiones en el mundo 2015, New York y Geneva, 2015, disponible en: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en).
- Organización Mundial del Comercio, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/appellate\\_body\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/appellate_body_s.htm)
- Proyecto de texto de la TTIP – inversión. Capítulo II Inversión. Definiciones específicas para la protección de inversiones, disponible en: [http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_es.htm)
- Resolución del Parlamento Europeo, 8 de julio de 2015, disponible en: [http://www.ecamcham.com/site/cam/conferencias/2016/Transatlantic\\_Trade\\_and\\_Investment\\_Protection\\_Treaty\\_los\\_temores\\_europeos\\_al\\_arbitraje\\_Luis\\_Enrique\\_Graham.pdf](http://www.ecamcham.com/site/cam/conferencias/2016/Transatlantic_Trade_and_Investment_Protection_Treaty_los_temores_europeos_al_arbitraje_Luis_Enrique_Graham.pdf)
- Resumen Ejecutivo del Acuerdo de Asociación Transpacífico, disponible en: [http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Negotiations/Summary\\_TPP\\_October\\_2015\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Negotiations/Summary_TPP_October_2015_s.pdf) consultado el 27 de julio de 2016.
- Sistema de Información de Comercio Exterior, OEA, disponible en: [http://www.sice.oas.org/default\\_p.asp](http://www.sice.oas.org/default_p.asp); consultado el 27 de julio de 2016.
- Texto Final Acuerdo CETA: disponible en: [http://www.sice.oas.org/TPD/CAN\\_EU/Texts/Final\\_CETA\\_Text\\_e.pdf](http://www.sice.oas.org/TPD/CAN_EU/Texts/Final_CETA_Text_e.pdf)
- United Nations Conference on Trade and Development, Investment Policy Monitor, No. 15, March 2016, disponible en: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d01\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2016d01_en.pdf).









© 2016 • **PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**  
REPÚBLICA DEL ECUADOR

Quito -Ecuador

[www.pge.gob.ec](http://www.pge.gob.ec)