

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Estudios Sociales y Globales

**Programa de Maestría
en Relaciones Internacionales,
mención Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos**

**Análisis Crítico del Arbitraje como Método de Resolución
de Conflictos entre el Estado y el Inversionista Extranjero**

Adriana Ocampo Carbo

2007

Declaración:

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

.....
Adriana Verónica Ocampo Carbo
Quito, 24 de septiembre del 2007.

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Estudios Sociales y Globales

**Programa de Maestría
en Relaciones Internacionales,
mención Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos**

**Análisis Crítico del Arbitraje como Método de Resolución
de Conflictos entre el Estado y el Inversionista Extranjero**

Adriana Ocampo Carbo

Tutor: Eco. Marco Romero Cevallos

Quito

2007

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar cómo los conflictos en materia de inversiones sometidos al arbitraje internacional se refieren cada vez más a medidas y políticas de carácter público adoptadas por los Estados receptores de la inversión, para este fin se examinan las tendencias que ha recibido el tratamiento a la inversión extranjera desde la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad, las obligaciones y derechos constantes en los Acuerdos Internacional de Inversión actuales cuyas normas de trato a la IED y procedimientos de resolución de conflictos se hallan estandarizados. De la misma manera se revisan las directrices del arbitraje internacional; las deficiencias en las reglas procesales generales aplicadas a éste método y los principios de acceso a la jurisdicción del CIADI. Por otro lado se trata de analizar de forma rápida tres procesos arbitrales en los cuales ha intervenido el Estado Ecuatoriano como demandado. De esta forma se puede evidenciar como la capacidad reguladora y controladora del Estado se ha visto limitada en la toma de decisiones nacionales referentes a reglas de tratamiento de la IED, y medidas ambientales, fiscales y sociales, principalmente porque afectan de forma directa o indirecta al inversionista, y además porque la nueva red mundial de tratados internacionales sobre inversión establecen normas que son de obligatorio cumplimiento de los Estados.

Agradecimientos

*A la Universidad Andina Simón Bolívar
por fomentar el pensamiento crítico,
el trabajo constante en la investigación,
por ser una real academia del conocimiento*

INDICE

INTRODUCCION.....	8
CAPITULO I.- TENDENCIAS GLOBALES DEL TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....	11
1.1. Tendencias de la Inversión Extranjera, IED	11
1.2. Instrumentos actuales de la inversión extranjera	16
1.2.1. Leyes nacionales	16
1.2.2. Acuerdos Internacionales	17
1.2.2.1. Acuerdos Multilaterales	18
1.2.2.2. El acuerdo multilateral de inversiones AMI auspiciado por la OCDE	19
1.2.2.3. Acuerdos Regionales	22
1.2.2.4. Los tratados bilaterales sobre inversiones, TBI	25
1.3 Derechos y obligaciones prescritos en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).....	28
1.3.1 Alcance y ámbito de aplicación.....	29
1.3.2 Trato Nacional.....	30
1.3.3 Trato de nación más favorecida (NMF).....	32
1.3.4 Tratamiento justo y equitativo, y protección y seguridad plena.....	35
1.3.5 Expropiación.....	36
1.4 Consideraciones Finales.....	38
CAPITULO II.- LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CAMPO DE LAS INVERSIONES.....	40
2.1 Métodos de solución de controversias constantes en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).....	41
<i>Métodos extrajudiciales o amistoso</i>	43
<i>Opción del inversionista para someter la controversia a tribunales nacionales o al arbitraje internacional</i>	44
<i>La protección diplomática</i>	47
2.2 Reglas de arbitraje en materia de inversiones constantes en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).....	48
<i>Arbitraje Institucional</i>	49
<i>Arbitraje ad-Hoc</i>	51

2.3 Deficiencias de las Reglas aplicadas al Arbitraje Inversionista-Estado.....	52
2.3.1 Falta de transparencia y apertura.....	53
2.3.2 Multiplicidad de procesos arbitrales e imposibilidad.....	
de su consolidación.....	56
2.3.3 Falencias en los mecanismos de designación de árbitros.....	58
2.4 Jurisdicción del CIADI.....	62
2.4.1 Rationae Materiae.....	62
2.4.2 Rationae Personae.....	63
2.4.3 Rationae Voluntatis o Consentimiento a la jurisdicción del CIADI.....	64
2.5 Consideraciones Finales.....	67
CAPITULO III.- ESTUDIO COMPARATIVO DE PROCESOS	
DE ARBITRAJE INTERNACIONAL. CASOS DE INTERÉS.....	
3.1. Caso Arbitral UN3481, Encana Corporation v. República del Ecuador-	
IVA Petrolero.....	70
3.2. Caso Arbitral UN3467, Occidental Exploration and Production Company c.	
República del Ecuador - IVA Petrolero.....	77
3.3 Consideraciones sobre la Caducidad del Bloque 15	84
3.4 Consideraciones finales.....	90
4. CONCLUSIONES.....	93
Bibliografía.....	98
ANEXOS	
Anexo 1.....	101
Anexo 2.....	107

INTRODUCCION

El 6 de agosto de 1945 el bombardero en Onol-gay puso fin a la Segunda Guerra Mundial, iniciándose una nueva etapa de la historia mundial caracterizada por un conjunto de organizaciones internacionales encaminadas a estructurar el nuevo orden mundial. De esta forma en 1947 la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo redactó el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) que constituyó la apertura de las puertas nacionales a la inversión extranjera, y la transferencia de tecnologías. Posteriormente en 1957 se conforma la Comunidad Económica Europea que crean un mercado común que en diez años cuadruplicó el nivel económico de sus miembros, y que sería el inicio de una serie de acuerdos multilaterales, regionales y bilaterales de orden comercial y para la promoción y protección recíproca de inversiones extranjeras que han consolidado un esquema normativo de carácter general que establecen los derechos y obligaciones que tienen las partes contratantes como son el trato nacional, el trato de nación más favorecida, el trato justo y equitativo y la resolución de controversias..

En el presente trabajo, siendo un análisis crítico del arbitraje internacional, analizará la inversión extranjera y su tratamiento el cual ha variado de conformidad con el interés de los países en vías de desarrollo de incorporarse al sistema de economía de mercado y ser lugar de destino para los nuevos capitales lo que consecuentemente a permitido el replanteamiento de los regimenes jurídicos afines con la inversión extranjera.

En efecto, las dos últimas décadas un importante número de Estados han suscrito acuerdos internacionales en materia de inversiones con el fin de atraer al capital

extranjero y además fomentar las políticas de desarrollo económico interno, por medio de los cuales se regula y sobre todo se protegen los flujos de inversión extranjera. Pero además y principalmente asumen el carácter instrumental de ser un medio de solución de controversias generadas entre las partes (Estado e inversionista extranjero).

De la misma manera se tratará de analizar las deficiencias existentes en las normas de arbitraje referentes al nombramiento y designación de árbitros, la falta de transparencia y apertura de éstas y la multiplicidad de demandas que pueden derivar en laudos contradictorios, y que no garantizan un equilibrio entre el interés del inversor y el interés estatal.

Actualmente, los conflictos suscitados de las inversiones extranjeras ya no se refiere únicamente a cuestiones meramente comerciales o contractuales, sino que han traspasado dicho ámbito y se refieren a cuestiones de política pública como el derecho del Estado a promulgar leyes tributarias, sobre salud pública o medio ambiente, que el inversionista, en la mayoría de las veces las considera como atentatorias a su inversión por contraponerse a sus intereses, y esto se da porque la permeabilidad de las normas contenidas en los tratados otorgan amplio margen de discrecionalidad tanto al inversionista como al tribunal que decide, corriéndose el riesgo de que éstos tratados y acuerdos sobre inversiones, sean invocados de forma abusiva por parte del inversionista para acudir ante tribunales internacionales en caso de conflictos referentes a asuntos de política pública y como un medio de presión para obtener mejores condiciones por parte del Estado, pero a su vez limitan las facultades regulatorias del Estado, ya que, en los últimos años reglamentaciones legítimas adoptadas en beneficio de los ciudadanos han sido consideradas como un tipo indirecto de expropiación, incluso medidas adoptadas

de buena fe por los gobiernos se han apreciado como violatorias al trato nacional, lo que implica un perjuicio de orden económico, social y jurídico de los países anfitriones.

De esta manera surge la necesidad de estudiar los temas expuestos en esta tesis, tratándose además de hacer una ligera referencia casuística de dos casos ecuatorianos sobre el tema del Impuesto al Valor Agregado y la caducidad de Occidental, con sus limitaciones, que nos permitan llegar a nuestras propias conclusiones sobre las ventajas y desventajas del arbitraje internacional, y a su vez replantear el papel del Estado, trazar un nuevo rumbo que proteja a sus ciudadanos y su patrimonio, y sin que ello signifique afectar los derechos reconocidos en los convenios internacionales.

CAPITULO I

TENDENCIAS GLOBALES DEL TRATAMIENTO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Este capítulo tiene como propósito fundamental entender las tendencias globales que ha tenido la inversión extranjera directa (IED) y los instrumentos modernos de la misma como son los acuerdos multilaterales y bilaterales, los cuales contienen una serie de derechos y garantías que protegen la inversión extranjera, con algunas variaciones, pero que reflejan las directrices predominantes en materia de inversiones.

1.1 Tendencias de la Inversión Extranjera, IED

La inversión extranjera¹ directa es una fuente de financiamiento externo, y en el caso de América Latina ha sido la fuente de financiamiento más estable desde la década de los noventa. La IED favorece al desarrollo productivo y del empleo en la economía receptora siempre que exista implementación de proyectos nuevos y no se trate simplemente de la compraventa o transferencia de activos del Estado a favor de la empresa privada, como sucedió en el caso de las privatizaciones² de los años noventa. Es así como inclusive la IED orientada a atender el mercado externo genera un efecto positivo indirecto a través del aumento de las exportaciones, no obstante este precepto se cumple cuando la IED se ha constituido en proveedora de capitales, de tecnología, how know, y ha generado encadenamientos entre actividades receptoras de la IED y

¹ La IED cuenta con dos actores importantes que son: las empresas transnacionales y las multinacionales.

² La década de los noventa fue el boom de las privatizaciones. Los países involucrados en programas de privatización creció de 12 en 1988 a 43 en 1995. Según los datos del Banco Mundial durante el mismo período de 1988 a 1995 se vendieron bienes estatales por un valor de US\$ 135.000 millones en más de 3.800 operaciones de privatización. La región con más privatizaciones fue Latinoamérica que concentró el 46% de las operaciones; seguida por Asia oriental con un 25%; Europa y Asia central (incluida la ex-URSS) con un 17% y el resto del mundo con un 12%. En 1992, las privatizaciones llevadas a cabo en países en vías de desarrollo ya implicaban operaciones por 23.100 millones de dólares, involucrando a miles de ex-compañías estatales. Peter Young, "The Lessons of Privatization," y Mary M. Shirley, "Trends in Privatization," Economic Reform Today, No. 1, 1998, sacado del trabajo "Las Privatizaciones" de Denes Martos, Buenos Aires, Septiembre, 2000, página web http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Martos_LasPrivatizaciones.htm

otras actividades locales que generan beneficios en términos de transferencia de tecnologías, capacitación de recursos humanos y desarrollo empresarial local.³

El tratamiento de la IED ha sufrido importantes cambios a través del tiempo. A finales del Siglo XIX⁴ las reglas de tratamiento de la IED consistían en un trato similar a los nacionales, predominando el principio de la soberanía territorial por la cual el Estado tenía plena jurisdicción sobre las personas y controversias ocurridas en su territorio. Esta tendencia continuó durante la primera mitad del Siglo XX en el que a pesar del incremento de la IED, las políticas gubernamentales afectaron la propiedad foránea⁵ y los conflictos derivados de las inversiones se hicieron cada vez más difíciles de resolver por medio del derecho internacional clásico. Fue luego de la Segunda Guerra Mundial, con el Acuerdo de Bretton Woods, que se establecen nuevas reglas que configurarían el nuevo sistema monetario y financiero internacional avalado por instituciones modernas como el Fondo Monetario Internacional, el Banco de Reconstrucción y Fomento y el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT)⁶ cuyo fin fue impulsar el comercio y eliminar las barreras arancelarias, que en efecto permitieron apuntalar a la IED. Posteriormente para la década de los años cincuenta se empezaron a suscribir

³ La CEPAL manifiesta que para que esto ocurra se requiere que estas empresas que se radican no operen en enclaves. En este mismo sentido se podrían generar efectos negativos de desplazamientos de empresas locales por parte de las transnacionales, en cuanto al financiamiento e insumos. El efecto de la IED depende del sector donde esta se localice, por ejemplo en la región el sector primario, particularmente el minero, los encadenamientos productivos han sido mínimos, de allí que a conclusión de la CEPAL el vínculo entre IED y el crecimiento no es clara. CEPAL, SERIE Informes y estudios especiales No. 16, José Luis Machinea y Cecilia Vera, Santiago de Chile, 2006, pp. 35, 36, 37.

⁴ Para ese nuevo periodo los nuevos centros receptores de los productos periféricos serían Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica, las importaciones provenientes de los centros siguieron siendo, fundamentalmente, manufacturas consumidas por las elites internas, es así como los centros usaron a la periferia latinoamericana como mercado para sus manufacturas y como espacio para la colocación de sus excedentes de capital, principalmente capital de cartera para el financiamiento de los gobiernos. A finales del siglo XIX, con el ascenso de potencias emergentes, la exportación de capital tomó la forma de inversión extranjera directa (IED), con el objetivo principal de controlar las fuentes de materias primas. La IED se colocó preferentemente en la actividad de explotación de los recursos naturales y en los servicios.” Arturo Guillén R., Modelos de Desarrollo y Estrategias Alternativas en América Latina, pp. 3,4,5.

⁵ Durante este periodo ocurrió la Revolución Mexicana así como en el Europa Central y Oriental la nacionalización de toda la economía, y el posterior advenimiento de la Unión Soviética. En este contexto, el conflicto surgido entre Estados Unidos y México por la nacionalización de las inversiones petroleras en 1930 demostró la dificultad de utilizar los procesos diplomáticos y la falta de reglas internacionales para reclamar la compensación y pago adecuado, pronto y efectivo. International Investment Agreements: Key Issues, Trends in International Investment Agreement: An Overview, pp.6

⁶ Como antecedentes de la OMC tenemos las reglas multilaterales sobre inversiones contempladas en la Carta de la Habana de 1948, en la cual se acordó la creación de la Organización Internacional del Comercio la cual establecía medidas sobre las inversiones así como políticas de pleno empleo, políticas laborales y reglas comerciales, que no fueron ratificadas por los Estados Unidos. A este acuerdo únicamente se mantuvo el GATT actualmente OMC.

varios convenios de integración económica como son la Comisión Europea del Carbón y el Acero (CECA) en 1951; y el Tratado de Roma de 1957 que creó la Comisión de Energía Atómica (EURATOM) y la Comunidad Económica Europea, que sin duda afectaron la situación de la IED ya que allí se originaron las primeras negociaciones para la promoción y protección de las inversiones (TBI). Con esta misma tendencia en la década del sesenta en América Latina surgen como acuerdos de integración la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) conformada en 1960; y, el Pacto Andino de 1969.

Sin embargo, el vertiginoso crecimiento de la IED siempre estuvo íntimamente ligado a las empresas transnacionales que progresivamente habían creado dependencia tecnológica en los países en desarrollo⁷ lo que implicó que en el caso de América Latina prosperara un nuevo sector económico estrechamente relacionado con las empresas monopolistas transnacionales y al sector financiero internacional por medio del endeudamiento externo⁸. En este contexto la ONU mediante resolución 1803 de 1962 declaró el reconocimiento del ejercicio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales y el derecho de las personas y naciones a ejercer control sobre los mismos, inclusive el de nacionalizar la propiedad extranjera pero a cambio de una compensación apropiada.

⁷Durante esta etapa el modelo de desarrollo para Latinoamérica era la sustitución de importaciones que consistió en un modelo de desarrollo hacia adentro a través del fomento de la industria y desarrollo del mercado interno, este modelo se dividió en dos etapas: la primera de sustitución fácil que consistía en la fabricación de manufacturas para abastecer el mercado interno que utilizaban técnicas de producción relativamente sencillas. El esfuerzo recayó en inversores nacionales, y el papel del Estado fue central desde un inicio a través de la regulación y adopción de medidas de protección arancelaria, el financiamiento público de las inversiones, la aplicación de estímulos fiscales entre otras. La segunda etapa denominada sustitución difícil, a pesar de que también estuvo orientada “hacia dentro” hubieron cambios sustantivos ya que los nuevos bienes industriales que comienzan a producirse son bienes de consumo duradero como automóviles, electrodomésticos, actividades que más que la sustitución de importaciones consistían en una descentralización de actividades industriales de los países desarrollados, puesto que la inversión para la industrialización de esta etapa provino de capitales foráneos principalmente estadounidenses. De esta manera las empresas transnacionales capitalizaron el desarrollo del mercado interno y se apoderaron de las ramas y actividades más dinámicas de la industria, lo que a su vez profundizó la dependencia tecnológica. Arturo Guillén R., Modelos de Desarrollo y Estrategias Alternativas en América Latina, pp. 14, 15, 16.

⁸Cardoso, F.H. y Enzo Faletto, Dependencia y desarrollo en América Latina, México, Siglo XXI editores, 1969, pp.154.

Cabe señalar que la liberalización con la que actualmente cuenta la IED se debe a que gradualmente se han eliminado las restricciones tanto tecnológicas como políticas, en tal sentido el cambio es notable si consideramos que para los años setenta se trataron de regular los márgenes de acción de las transnacionales y los flujos de capital tanto a nivel global como nacional. En efecto, la crisis energética de esta década causó un gran impacto en el desarrollo que exigió cambios en el sistema y régimen económico mundial, en este sentido la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1974 realizó la declaración sobre el establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional, conjuntamente con el Programa de Acción y la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, con el fin de contrarrestar el modelo de acumulación de los países desarrollados a través de sus transnacionales, enfatizando el rol del estado en el ejercicio de su jurisdicción y el control sobre la inversión extranjera y especialmente sobre las transnacionales⁹, sin embargo el principal resultado de la crisis energética fue la reunión de la OCDE de 1975 a 1977 cuyas negociaciones se dirigieron hacia las fuentes de energía, el comercio, el financiamiento y la IED. A nivel nacional y regional, se construyeron estructuras de control de la entrada y operación de las transnacionales y la IED, así por ejemplo el Pacto Andino en 1970 adoptó la Decisión 24 con la cual se implantó el Régimen Común de Tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, que regulaba el ingreso de transnacionales y sus inversiones; así mismo en varios países se impusieron requisitos de desempeño que buscaban que las inversiones tuvieran efectos positivos en las economías internas y leyes sobre inversión que establecían los procedimientos y condiciones para la entrada de la inversión. Es importante destacar que fue durante esta década donde ocurrieron la

⁹ Véase Notas sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, Bermúdez Augusto; Rojo, Juan; Revista Nueva Sociedad, No 22, Enero-Febrero, 1976. pp. 58-74. El NOEI generó muchas expectativas que lastimosamente no se cumplieron.

mayoría de las nacionalizaciones que generaron oscilaciones en la IED.¹⁰ Paralelamente durante este mismo periodo se constituye el Código de Conducta de las Corporaciones Transnacionales.¹¹

A partir de los ochenta el panorama cambia, ya que luego de la crisis de la deuda externa se da inicio a una etapa de reformas estructurales basadas en la desregulación financiera y la apertura comercial¹² que permitiera atraer a la IED, en este marco en 1985 el Banco Mundial crea Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones, que se constituye en un fondo de protección a la inversión¹³, en 1986 se empieza a discutir el tema de las IED en las negociaciones de la Ronda de Uruguay-OMC y en 1987 los países del Pacto Andino sustituyen la Decisión 24 por la Decisión 220 que permitió la flexibilización en el tratamiento a la inversión extranjera.

Ya para la década de los noventa, en plena aplicación del Consenso de Washington¹⁴ los flujos de IED empezaron a aumentar¹⁵ como resultado de la

¹⁰ Las caídas ocurren en tres épocas: en 1974 debido a la nacionalización de activos de las petroleras estadounidenses en el Medio Oriente; en 1977 por la volatilidad de los mercados cambiarios y las políticas restrictivas a las IED por parte de países receptores; y, en el periodo de 1979 a 1982 por la reducción de la IED proveniente de EEUU, y una contracción de las corrientes de Europa asociado por las altas tasas de interés y la crisis de la deuda. Gustavo Bittencourt y Rosario Domingo, *Inversión Extranjera Directa en América Latina: Tendencias y determinantes*, pp. 8, 9.

¹¹ En ese mismo marco se crean otros códigos: así está Código sobre Transferencia de Tecnologías de la OCDE, la Declaración Tripartita de Principios concernientes a las empresas multinacionales y las políticas sociales de la OIT de 1977, El Acuerdo Multilateral de Reglas Justas para el control de prácticas comerciales restrictivas de 1980.

¹² La crisis de la deuda conllevó a que los acreedores externos decidieran suspender el financiamiento voluntario, se aumentó la rigidez de los programas de ajuste impuestos por el FMI, lo que obligó a los países de América Latina a planificar sus economías hacia el exterior y a financiar el pago del servicio de la deuda mediante la obtención de superávit en la balanza comercial, lo que se tradujo en una drástica compresión de la capacidad de importación y de los niveles de inversión, consumo y empleo. La reestructuración de la economía se encaminó al modelo neoliberal que consistió en modelo económico abierto y orientado hacia fuera, la recesión fue tanta que esta década fue denominada la "década perdida". La CEPAL indica que este modelo siguió dos caminos: los países de América del sur siguieron una economía de reprimarización y los países de Centroamérica y México el modelo de la maquila para exportaciones a EEUU, sin embargo en toda la región se vieron procesos de desindustrialización y ruptura de las cadenas productivas. Véase Arturo Guillén R., *Modelos de Desarrollo y Estrategias Alternativas en América Latina*.

¹³ La MIGA fue creada con la finalidad de aumentar en los países en vías de desarrollo el flujo de capital y tecnología con fines productivos. Para ser parte de este fondo es necesario ser miembro del Banco Mundial, lo que permite aumentar la capacidad de las entidades aseguradoras de la inversión extranjera a través del coaseguro o reaseguro, da la posibilidad de garantizar las inversiones que los Estados no pueden cubrir, asegurar la inversión de las transnacionales en los países en desarrollo, y los mecanismos de solución de controversias que puedan surgir.

¹⁴ Ya para 1989 los organismos internacionales plantearon una serie de reformas económicas consagradas en el conocido Consenso de Washington, que proponía diez puntos a aplicarse en las economías de los países en desarrollo: 1) establecer una disciplina fiscal; 2) priorizar el gasto público en educación y salud; 3) llevar a cabo una reforma tributaria; 4) establecer tasas de interés positivas determinadas por el mercado; 5) lograr tipos de cambio competitivos; 6) desarrollar políticas comerciales liberales; 7) una mayor apertura a la inversión extranjera; 8) privatizar las empresas públicas; 9) llevar a cabo una profunda desregulación; y 10) garantizar la protección de la propiedad privada. Sacado de "El Consenso de Washington de 1989" de Luis Dallanegra Pedraza, documento elaborado en base a datos del Banco Mundial, pp.1

liberalización de la economía. Durante esta década se suscriben un gran número de acuerdos de libre comercio de carácter regional y bilateral principalmente en el continente americano¹⁶ y en el mismo periodo hasta el 2003 se reflejan cambios en las regulaciones nacionales e incorporación de nuevas leyes en los ámbitos jurídicos internos,¹⁷ lo cual reflejan el cambio de tendencia en el tratamiento de la IED. Los Estados en su búsqueda de inversión extranjera se han preocupado del diseño y suscripción de instrumentos, que se han ido perfeccionando a través del tiempo.

1.2 Instrumentos actuales de la inversión extranjera

1.2.1 Leyes nacionales

El panorama actual sobre el tratamiento de la IED es notable a nivel mundial, a partir de la década de los ochenta la gran mayoría de los países en desarrollo de África, Asia, América Latina y Europa Central y Oriental, así como parte de países desarrollados incluyeron en sus ordenamientos jurídicos regímenes de tratamiento a la IED.¹⁸ Estas normas están contempladas por un lado en las constituciones políticas, que contienen normas de garantía de la propiedad privada; y, por otro lado en las leyes o estatutos legales que norman los regímenes y procedimientos para las inversiones. Es innegable que estas normas de tratamiento crean un ambiente legal para el

¹⁵ Sobre el crecimiento de la IED en América Latina en los años noventa véase el Tabla 1 anexa. Sobre este mismo tema véase el Informe de la CEPAL No. 16, José Luis Machinea y Cecilia Vera, Santiago de Chile, 2006. También sobre el panorama de América Latina en la década de los noventa sobre las inversiones extranjeras véase el Informe de la CEPAL de 1999 de *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe* preparado por Alvaro Calderon, Michael Mortimore y Luisa Rangel. También véase el informe del 2006 de la CEPAL sobre *La inversión extranjera en América Latina y El Caribe* y el World Investment Report 2006, *FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*, UNCTAD, 2006

¹⁶ En los noventa se suscriben quince acuerdos si consideramos a la OMC que entró en vigencia como tal en enero 1995 cuando sustituyó al GATT; el TLCAN que entró en vigencia en enero de 1994; el Grupo de los Tres (Colombia, México y Venezuela) de suscrito el 13 de junio de 1994, el MERCOSUR tratado regional suscrito en marzo de 1991, el tratado de libre comercio entre Costa Rica y México suscrito el 5 de abril de 1994, tratado de MERCOSUR con Bolivia suscrito el 17 de diciembre de 1996, tratado de libre comercio entre Bolivia y México suscrito el 10 de septiembre de 1994, tratado comercial entre MERCOSUR y Chile suscrito el 25 de junio de 1996, tratado entre Canadá e Israel suscrito el 31 de julio de 1996, tratado de libre comercio entre México y Nicaragua suscrito el 18 de diciembre de 1997, tratado suscrito entre Canadá y Chile el 5 de diciembre de 1996, tratado entre Chile y México suscrito el 17 de abril de 1998, tratado de CARICOM y República Dominicana suscrito el 22 de agosto de 1998, tratado de Centroamérica y Chile suscrito el 18 de octubre de 1999, tratado entre México y Triángulo del Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras) suscrito el 29 de junio del 2000, Centroamérica y República Dominicana suscrito el 18 de abril de 1998. Fuente: Sistema de información sobre Comercio Exterior, disponible en la página web http://www.sice.oas.org/agreements_s.asp

¹⁷ Ver Tabla 3 anexa referente a la reforma e incorporación de leyes de promoción de la IED a nivel mundial. Para ver más información sobre las tendencias históricas de la IED y las ETN, véase International Investment Agreements: Key Issues, Trends in International Investment Agreement: An Overview, Capítulo I, Volumen I.

¹⁸ Véase Tabla 3. Para conocer los regímenes jurídicos de América Latina véase la página web <http://alca-ftaa.iadb.org/esp/invest/PREFACE.HTM#LEG>.

funcionamiento de las empresas extranjeras y sus inversiones, sin embargo deben ser complementadas con leyes comerciales, laborales y tributarias que fortalezcan el sistema judicial y administrativo de los Estados.

Así mismo las leyes nacionales se constituyen en la base del derecho internacional, puesto que sus principios y reglas interactúan constantemente, creando un vínculo importante que además ha sido nutrido por la variedad de acuerdos internacionales.

En Ecuador, al igual que en los demás países de la región, las políticas comerciales para atraer la inversión extranjera han sido eminentemente nacionales, tendencia que ha sido convalidada por la Comunidad Andina en su Decisión 598 mediante la que se permite a los miembros andinos negociar independientemente acuerdos comerciales con terceros países, concordante con la Decisión 291 que les da libertad a los países de la CAN para definir sus políticas de inversión. De esta manera Ecuador ha promulgado dos leyes para la promoción y protección de las inversiones: Ley de Promoción y Garantía de Inversiones¹⁹ y la Ley de Comercio Exterior e Inversiones²⁰, de la misma manera existe el Plan Nacional de Promoción de Inversiones No Petroleras 2001-2001.²¹

1.2.2 Acuerdos Internacionales

El derecho económico internacional actual está integralmente conformado por una serie de acuerdos y tratados bilaterales, multilaterales y regionales que contienen

¹⁹ Ley No. 46 publicada en el Registro Oficial 219 de 19 de diciembre de 1997

²⁰ LEXI, Ley No. 12 publicada en el Registro Oficial S-82 de 9 de junio de 1997.

²¹ Este Plan ha sido creado mediante Decreto Ejecutivo No. 3374, publicado en el Registro Oficial No. 718 de 4 de diciembre del 2002, y tiene como objetivo alcanzar hasta el año 2010 una inversión extranjera directa de 7000 millones de dólares. El organismo encargado de configurar las políticas de la IED es el COMEXI, y los órganos que ejecutan estas políticas son el Ministerio de Relaciones Exteriores conjuntamente con el MICIP, existiendo además una organización encargada de la promoción de la IED que es la CORPEI.

formas de tratamiento de la inversión, y que son piezas clave para entender el dinámico desarrollo del armazón jurídico mundial²².

1.2.2.1 Acuerdos Multilaterales

Los acuerdos multilaterales, especialmente los que tienen metas globales, hacen posible la aplicación de normas y reglas de carácter universal. A nivel mundial existen una serie de acuerdos multilaterales, entre los más conocidos está el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial de Trabajo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la Organización Mundial del Comercio cuya estructura institucional es relevante de forma directa e indirecta para la IED. Otros acuerdos multilaterales a pesar de no tener relación directa con la IED como la Convención de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, regulan los conflictos derivados de las mismas o el Acuerdo Multilateral de Garantía de Inversiones que regula las garantías del capital foráneo.²³

Si bien es cierto que en el plano multilateral no existe un conjunto de normas único sobre inversiones, durante la Ronda de Uruguay que estableció a la OMC del cual Ecuador es parte desde el 21 de enero de 1996, se negociaron varios temas concordantes con la IED a saber el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversión Relacionadas con el Comercio, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo sobre Contratación Pública.²⁴

²² Ver gráfico 1 en Anexos, referente al Spaghuetti Bowl, sobre los múltiples acuerdos internacionales.

²³ International Investment Agreements: Key Issues, Trends in International Investment Agreement: An Overview, Capítulo I, Volumen I, pp. 17

²⁴ Acuerdos constantes como Anexos del Acuerdo en el que se establece la Organización Mundial del Comercio, negociados durante la Ronda de Uruguay y establecidos el 15 de abril de 1994. La información y contenido de estos acuerdos, así como las negociaciones de la Ronda de Uruguay se la puede obtener en la página web de la OMC http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/ursum_s.htm#Agreement. Respecto de este tema es necesario tomar en cuenta que las últimas negociaciones de la OMC se ha expuesto, principalmente por parte de los países desarrollados, la necesidad de negociar en

1.2.2.2 El acuerdo multilateral de inversiones AMI auspiciado por la OCDE

El Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI)²⁵ a pesar que no pudo constituirse como tal, fue uno de los procesos de negociación más importantes que empezó a estudiarse en 1995 en el seno de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), y mediante el cual se buscó plasmar en un solo estatuto temas trascendentales relacionadas con la inversión extranjera y los estados, los derechos laborales, ambientales, los culturales, los límites de la política, y los ámbitos para el ejercicio de la democracia.

El AMI abarcó una definición amplia sobre la inversión y el inversionista.²⁶ Y a pesar de que se negociaba entre países miembros de la OCDE, sus compromisos se extenderían a los ámbitos políticos y administrativos de otros países suscriptores ya que cubría todo tipo de instrumentos legales como leyes, sentencias judiciales y tratados internacionales; se aplicaría a todos los niveles de gobierno, nacional, regional o local.²⁷

Dentro de su normativa el AMI se refería al trato nacional para los inversionistas como

el marco de la organización el tema de las inversiones, no obstante previo a esto es debe tomarse en cuenta las implicaciones que estas reglas tendrían en las políticas nacionales de inversión, ya que al considerarse un estatuto de carácter global, las políticas y objetivos nacionales propias de cada país con respecto al tratamiento de la IED y el desarrollo se verían afectados, así por ejemplo en el caso de la India, este país tiene dentro del plan nacional sus propios objetivos proyectados para la IED, por lo que han hecho una fuerte oposición a la iniciativa de crear un acuerdo mundial de inversiones.

²⁵ El AMI en su momento fue catalogado por sus críticos como el Tratado Internacional de los Derechos de los Inversionistas. Transnational Corporate Bill of Rights, Negotiations for a Multilateral Agreement on Investment, Andres Durban and Mark Vallianatos Friends of Heart-US, Global Policy Forum, Abril, 1997, disponible en el sitio web <http://www.globalpolicy.org/socecon/bwi-wto/mai1.htm>. Además se lo cataloga como el Documento Constitucional del Nuevo Orden de la hegemonía plena del capital transnacional, esto debido a que el tratado se caracterizó básicamente por recoger las tendencias dominantes globales sobre las relaciones entre estados y transnacionales; además se convertiría en un acuerdo de obligatorio cumplimiento al cual se someterían las legislaciones nacionales que podrían ser cuestionadas ante tribunales internacionales. No obstante para los defensores del AMI, el acuerdo era necesario en el proceso inevitable de la globalización, cuyos beneficios superarían de cualquier forma los aspectos negativos de dicho avance, ya que la dinámica del mercado permitiría una mejor distribución de la riqueza, siendo indispensable el fortalecimiento de los procesos de liberalización que limitarían las políticas distorsionadas y unilaterales de los Estados que traen como consecuencia un mal desempeño de las inversiones. Michelle Sforza-Roderick, Scout Nova y Mark Weisbrot, Writing the constitution of a single global economy, a concise guide to the Multilateral Agreement on Investment: Supporter's and Opponent's Views, Global Policy Forum, disponible en el sitio web <http://www.globalpolicy.org/socecon/bwi-wto/sforza.htm>

²⁶ La inversión abarcaba: una empresa sea esta de cualquier naturaleza, pública o privada, con fines o sin fines de lucro. Cualquier forma de participación de una empresa, como las acciones entre otras y los derechos originados de éstas. Los préstamos o cualquier forma de obligaciones así como los derechos que se derivaren de éstos. Derecho sobre contratos, sean de construcción, gestión, producción, ganancia compartida, llave en mano. Derechos sobre desempeño. Derechos de propiedad intelectual. Derechos adquiridos sea por ley o contratos. Cualquier otro tipo de propiedad, tangible o intangible, movable o inamovable, o derechos derivados de arrendamientos, hipotecas y otras obligaciones. Artículo II, sobre el alcance y aplicación del Acuerdo, numeral 2 del texto del AMI. OCDE, Multilateral Agreement on Investment, The MAI Negotiating Text, 24 Abril 1998, disponible en el sitio web <http://www.oecd.org/daf/cmisis/mai/mainindex.htm>.

²⁷ "El ámbito de aplicación del AMI es muy amplio, cubre toda forma de inversión. Un inversionista es definido como una persona natural o legal de una parte contratante. Para el AMI, un inversionista puede ser cualquiera, y es difícil imaginar una definición más amplia." Sacado del discurso del Ministro de Economía y Finanzas de Francia, Xavier Musca, titulado Mai Briefing for non OCDE countries, "Scope of the MAI", París 17 de septiembre de 1997, sitio web <http://www.oecd.org/daf/cmisis/mai/musca.htm>.

un principio básico de no discriminación para las empresas extranjeras que inviertan en territorio nacional, prohibía al estado receptor obligar al cumplimiento de cualquier requisito de desempeño.²⁸ Prohibía además la expropiación o nacionalización, directa o indirectamente, salvo que se realizase para un fin público, de forma no discriminatoria, mediante procedimientos legales, con compensación económica rápida, adecuada y efectiva, que será libremente negociable y transferible.²⁹

Uno de los temas centrales del AMI fueron los mecanismos de solución de controversias entre los estados y el inversionista. Del análisis del acuerdo se determina que los temas que podían ser sometidos al arbitraje internacional eran muy amplios. La solución de controversias se refería a todo tipo de disputas entre las partes que fueran consideradas como el incumplimiento de una obligación adquirida en el acuerdo y que causaran pérdidas, daños y perjuicios al inversor. Los conflictos que no fueren resueltos mediante la negociación o la consulta, podrían someterse, a elección del inversor, ante: la jurisdicción nacional de la parte contratante implicada en la controversia; a cualquier procedimiento de arreglo de disputas acordado con anterioridad a la disputa; o al arbitraje.³⁰

²⁸ Esto significaba que no podía obligar al inversionista a exportar una determinada cantidad de producción, incorporar en su producción un determinado porcentaje de materia nacional, compra de bienes y/o servicios nacionales, relacionar el volumen de importaciones con el volumen de exportaciones o con el movimiento de divisas relacionado con la inversión, requisitos de transferencia tecnológica, exigencia de localizar en territorio nacional la sede mundial o regional de la empresa, suplir con uno o más bienes producidos y servicios que genere a una región específica del mercado mundial en forma exclusiva desde el territorio nacional, desarrollo de algún tipo de investigaciones en territorio nacional, establecer acuerdos de co-participación con inversionistas nacionales y establecer su mínimo de participación. OCDE, Multilateral Agreement on Investment, op. cit., p. 16, 17, 18, 19.

²⁹ Se consideraría como expropiación indirecta, la consecuencia de leyes, reglamentos, normas, etc. emitidas por el estado, que repercutieren en la disminución de ganancias del inversionista, Artículo IV del Acuerdo, OCDE, Multilateral Agreement on Investment, op. cit., p.57. y “Debido a que el AMI define la expropiación en los términos más amplios, sus reglas podrían prohibir a cualquier regulación gubernamental que aún indirectamente reduzca la rentabilidad de una inversión corporativa. De hecho sería difícil identificar una iniciativa de conservación ambiental que no tenga este efecto, en por lo menos algunos de los inversionistas. En realidad hay evidencia reciente de que las regulaciones ambientales constituyen el blanco más probable de esta prohibición en contra de la “toma” por parte del gobierno.” An Environmental Primer on the Multilateral Agreement on Investment, West Coast Environmental Law, Vol. 21:04, 17 de diciembre de 1997, disponible en el sitio web http://www.wcel.org/4976/21/21_04.pdf

³⁰ Esto refleja la similitud con los TBI en cuanto a la forma de resolver los conflictos, y su sometimiento al arbitraje sea ante el CIADI, ante un Tribunal arbitral ad-hoc establecido de conformidad con las reglas CNUDMI, o ante la Cámara de Comercio Internacional. El tribunal podría pedir en consulta la opinión de científicos y peritos técnicos, en temas polémicos como la salud, medio ambiente, seguridad, incluyendo las controversias que podrían surgir por nuevas regulaciones estatales. Estas opiniones o informes emitidos por cuerpos de científicos tendrían un carácter definitivo a tomar en cuenta por el tribunal, ya que nada se dice respecto a la voluntad de la población afectada por dicha inversión y sus secuelas. El tribunal podría convenir en que la parte demandada viola sus compromisos y obligaciones adquiridos en el AMI; podría recomendar que la parte demandada concilie sus

Este acuerdo se consideró como un paso lógico a la liberalización y globalización, y además se tomaron elementos ya existentes en otros acuerdos³¹ que conformaría un estatuto uniforme y global, se pretendía pues constituir un marco multilateral de inversión internacional con altos estándares de liberalización y protección de la inversión.

El secretismo con el que se desarrollaron las negociaciones de este acuerdo no impidió que a comienzos de 1998 éstas fracasaron principalmente por la inconformidad y discusión en temas como el de extraterritorialidad, estándares laborales y ambientales por parte de Estados Unidos, así como las excepciones que solicitaba Francia con respecto a sus derechos sobre su cultura, a esto se sumó una campaña internacional liderada por movimientos sociales y ongs ambientalistas.

La falta de concertación para llegar a los acuerdos tanto regionales como multilaterales se debe a que por un lado, es difícil para los estados acordar un solo marco normativo, que convenga a los intereses de todos y cada uno de ellos; y, por otro lado surgen graves conflictos al querer imponer restricciones en la facultad reguladora del Estado. Desde esta perspectiva los acuerdos internacionales no puede lograrse sino en la medida en que los estados logren coincidencias. No obstante el AMI dejó una propuesta marcada principalmente por la consolidación de los procesos de globalización, que han sido retomados en el foro de la OMC.³²

acciones con las obligaciones adquiridas en el AMI; ordenar una compensación económica a la parte demandada; y ordenar cualquier otra forma de indemnización con la que esté de acuerdo la parte demandada, incluida la compensación por la inversión. Artículo V del Acuerdo, OCDE, Multilateral Agreement on Investment, op. cit., p. 63-76

³¹ El acuerdo regional TLCAN y principalmente su Capítulo XI referente a inversiones, de los acuerdos bilaterales, y la OMC.

³² El AMI no tiene marco institucional, lo que en su momento indicaba a todas luces que el marco institucional sería la OMC, siendo conocido que la OCDE inició conversaciones y consultas sobre la AMI con los países asiáticos y los de América Latina, lo que serviría de presión política de los países miembros de la OCDE para establecer un contexto favorable. Además en el proyecto de declaración Ministerial de 26 de septiembre del 2001 se presentaron dos opciones para la decisión de Doha sobre la naturaleza y

1.2.2.3 Acuerdos Regionales

El sistema internacional planteado en Bretton Woods tuvo un bajo grado de multilateralismo económico³³, lo que permitió el incremento de políticas nacionales y regionales independientes que dieron paso al surgimiento de los acuerdos regionales que han propugnado el continuo crecimiento y desarrollo zonal que envuelven un alto grado de unidad y cooperación entre sus miembros.

La cobertura y alcance actual de los acuerdos sigue creciendo³⁴, entre los más importantes está la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), la Unión Europea, la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y el Mercado Común del África Oriental y Meridional (COMESA), acuerdos que abarcan más de la mitad del comercio mundial.

De todos estos acuerdos el TLCAN se ha considerado actualmente como el más avanzado en materia de inversiones, marcando la tendencia global, de hecho cuenta con un capítulo sobre inversiones (Capítulo XI), que está estructurado en tres objetivos básicos: (1) el establecimiento de un ambiente seguro para las inversiones, facilitando reglas de trato justo a los inversionistas e inversiones; (2) la eliminación de las barreras

labor futura de las inversiones en la OMC, cuyo informe se presentaría en el quinto periodo de sesiones de la Conferencia Ministerial que se realizó en Cancún en el 2003 sobre el tema de inversiones.

³³ De hecho el sistema de Bretton Woods no fue un acuerdo de libre comercio, sin embargo estableció las instituciones que fortalecerían el comercio mundial, pero implicó según Arrighi (1999, p. 91-3) un acuerdo confuso sobre el comercio mundial que no era ni abierto ni cerrado con una estructura política desordenada de relaciones diplomáticas Ad-hoc entre Japón, Estados Unidos y la Comunidad Europea y tratados bilaterales entre estos tres y otros países más pequeños.

³⁴ Según la OMC actualmente existen más de 100 acuerdos regionales que superan el 60% del comercio mundial, cada uno de los cuales contiene un grupo de normas que favorecen exclusivamente a sus miembros. Los acuerdos regionales se clasifican en: Acuerdos de comercio preferencial, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, mercados comunes, uniones económicas. Para conocer más de estos acuerdos y los existentes a nivel mundial se puede revisar el trabajo de la ONU, "Los bloques comerciales regionales: ¿Amenazan el sistema de comercio multilateral?", Nueva York, 1990 y FIDE: "Apuntes sobre los bloques comerciales", FIDE N° 169, septiembre de 1992.

a las inversiones y (3) la provisión de mecanismos efectivos de solución de controversias inversionista-Estados.³⁵

La Unión Europea, es también uno de los acuerdos regionales más importantes a nivel mundial, el cual pese a contrariar los principios básicos del GATT, no fue considerado como un obstáculo para el comercio internacional por dicho organismo multilateral.³⁶ En efecto el régimen de liberalización de transferencias de capital, la eliminación de las medidas discriminatorias y adopción de reglas comunes a todos sus miembros han logrado un importante impacto en el desarrollo y crecimiento de sus economías y en economías de países en desarrollo.

En el caso de América Latina los acuerdos regionales aunque no han tenido los resultados esperados han contribuido a la integración económica, en mayor grado el MERCOSUR que durante las últimas décadas ha logrado captar gran parte de la IED proveniente de las transnacionales europeas y americanas a la región sudamericana³⁷. Su régimen de inversiones consta del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; el Protocolo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones provenientes de Estados no partes del MERCOSUR, que se complementa con la normativa nacional y los TBI suscrito entre los estados partes o no partes del proceso. Así mismo, el acuerdo de integración de la Comunidad Andina, ha modificado su régimen de inversiones desde 1971 cuando implantó el Régimen Común de

³⁵ KUNDMÜLER Franz y ROGER, Rubio, El Arbitraje del Ciadi y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte, Lima Arbitration, No. 1 – 2006, p. 75

³⁶ Es conocido que la política comercial de la Unión Europea siempre tuvo un fuerte carácter discriminatorio que sólo fue tolerado por el GATT, ante la posición de fuerza de la Unión Europea ante una eventual salida, lo que le dejaría herida de muerte a la organización. OYARZUN DE LAIGLESIA, 1993, pp.188. Sacado de la Tesis Doctoral “El Comercio Agrícola en la Unión Europea y sus Condiciones Estructurales”, Mauro Oliveira, Universidad Complutense de Madrid, 2003

³⁷ Véase Inversión Extranjera y restricción externa en el MERCOSUR de Gustavo Bittencourt, pp. 31,32,33,24 <http://www.face.ufmg.br/novaeconomia/sumarios/v13n1/Bittencourt.pdf>, así mismo véase el informe de la CEPAL del año 2002, Comunidad Andina: Inversión Extranjera Directa y Estrategias Empresariales, pp. 68, sobre la evolución del capital extranjero en la Comunidad Andina, allí se aprecia que es el MERCOSUR el que mayor captación de IED tiene., así mismo se puede ver el Informe sobre inversiones extranjeras en América Latina y El Caribe del año 2006.

tratamientos a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes y regalías mediante la Decisión 24, reemplazada por la Decisión 220 y que sirvió de antecedente para la normativa actual, Decisión 291 sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías y Decisión 292 sobre el Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas.

Cabe destacar que los acuerdos regionales se constituyen en una alternativa para los países en vías de desarrollo, puesto que su avance tiene gran importancia en la inserción internacional y permiten superar las limitaciones que se perfilan en el escenario mundial, no obstante se plantean varias cuestiones con relación a la OMC, así por ejemplo las uniones aduaneras y asociaciones de libre comercio o mercados comunes, entiéndase acuerdos comerciales regionales, tienden a generar escudos y barreras impenetrables para terceros países; si bien es cierto que el GATT y la OMC desde sus inicios permitieron la creación de zonas de libre comercio y uniones aduaneras como excepción a la cláusula de nación más favorecida, el objetivo básico de ésta fue el desarrollo del comercio intraregional y la no obstaculización del comercio a países no integrantes de dichos acuerdos regionales que en efecto se ha venido dando a nivel mundial; por otro lado el artículo XXIV del GATT establece que los acuerdos regionales deben cubrir “lo esencial de los intercambios comerciales”, y el artículo V del AGSC pone como condición la “cobertura sectorial sustancial”, sobre el contenido de estas disposiciones existen varias interpretaciones dentro del foro de la OMC que no llegan a consensos. Ahora bien los acuerdos regionales avanzan de forma más rápida que los multilaterales y en ese sentido contienen incluso normativa referente a políticas de inversión y competencia que aún no han sido contempladas por la OMC, lo cual deja entrever las discrepancias existentes entre las reglas de los acuerdos regionales con las

reglas de la OMC, que deben ser solventadas a través de una sólida voluntad política que permita examinar el real impacto de los acuerdos regionales en la economía mundial.

1.2.2.4 Los tratados bilaterales sobre inversiones, TBI.

El principal instrumento de garantía de las inversiones extranjeras son los tratados bilaterales de inversión. El término *tratado* es considerado en su significado general según lo establecido en el párrafo 1, inciso a del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera sea su denominación”.³⁸

El TBI moderno según la historia tiene su origen en Europa con el tratado suscrito en el año de 1959 entre la República Federal Alemana y Pakistán³⁹. Posteriormente en los años 70 creció la tendencia de los países europeos a suscribir acuerdos bilaterales con países en vías de desarrollo, que servían para proteger sus inversiones, ya que surgían conflictos entre la planificación estratégica, particularmente relacionados con la pérdida de soberanía, la evasión de impuestos, las nacionalizaciones o expropiaciones.⁴⁰ El primer modelo que buscaba la estandarización del TBI fue presentado en la OCDE en 1962; posteriormente en 1982 Estados Unidos suscribe su primer tratado con Panamá, cuyo texto sirvió de modelo para los tratados suscritos en la

³⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicado en RO No. 6 de 28 de abril del 2005

³⁹ Este tratado fue suscrito el 25 de noviembre de 1958, se refería a la protección de inversiones.

⁴⁰ En Ecuador el caso fue muy palpable, en relación a los costos en la producción de petróleo, ya que las inversiones para la prospección y la exploración se elevaban de manera incontrolable aumentando notoriamente el marco de inversión para recuperación, y naturalmente en la fase de explotación y producción primero se pagaban los gastos efectuados para después establecer las utilidades a repartirse. En el cálculo para las retenciones que efectúa el Banco Central sobre las Exportaciones de las Compañías Petroleras, año 1975, Registro Oficial No. 782 de 15 de abril de 1974, se establecía hasta un 79% del Impuestos: 53% de Impuesto a la Renta, 10% adicional a la Renta, 1% adicional Renta, y 15% al Ad valoren FOB exportaciones.

región latinoamericana. Este modelo fue reformado en el 2004 tomando en cuenta las tendencias de la IED⁴¹.

Dentro de la coyuntura histórica uno de los mayores intereses del inversionista extranjero ha sido la protección de sus inversiones frente a las políticas estatales unilaterales. Tal fuerza ha tenido esta tendencia, que durante las últimas décadas los TBI han crecido en forma dinámica formando una red mundial que se puede decir conforma el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera. Según datos de la UNCTAD hasta el año 2003 existían alrededor de 2.265 TBIs, en los cuales participaban 176 países,⁴² cabe mencionar que la dificultad por llegar a acuerdos multilaterales, ha permitido que los TBI avancen en la estandarización de las cláusulas para mejorar las condiciones de la IED. De esta forma, los TBI se constituyen en el mecanismo legal a nivel internacional más importante para la protección y gobernabilidad de la inversión extranjera directa, instituyéndose además como garantía complementaria a las ofrecidas por el régimen nacional sobre las inversiones extranjeras, tendiente a proteger fundamentalmente la propiedad privada, la libre repatriación de utilidades, la no discriminación en el trato, y la forma de resolver las controversias surgidas entre el Estado y el inversionista.

Los TBI por lo tanto tienen un conjunto de normas que son de obligatorio cumplimiento para los Estados, y que benefician directamente al inversionista, ya que le

⁴¹ El modelo del Nuevo TBI fue trabajado desde 1994 y su texto final se logró tenerlo en noviembre del 2004, su contenido se lo puede obtener en la página web www.state.gov/www/issues/economic/7treaty.html, en el se consideran los principios de negociación del Bipartisan Trade Promotion Authority Act (TPA), que entre otras cosas incluye mecanismos de transparencia en la resolución de disputas entre el inversor y el Estado, acumulación de causas, etc.. El primer TBI suscrito bajo este modelo es el de la República Oriental del Uruguay y EEUU.

⁴² Ver Gráfico 2 anexo. De acuerdo con el gráfico, uno de los países con más TBI es Argentina, país que ingresó al grupo de las 20 naciones con mayor número de tratados, superando a Estados Unidos que tiene 39 tratados e igualando a España y Suecia con 54 tratados.

confiere derechos. En esta esfera los principales efectos jurídicos de los TIB son los siguientes:

1.- El Estado se compromete internacionalmente a garantizar la protección de la IED, a través de las normas de tratamiento contempladas en el TBI.

2.- Se otorgan seguridad jurídica a la IED, ya que el Estado receptor se compromete a mantener los términos y condiciones del contrato suscrito con el inversionista.

3.- El Estado receptor otorga al inversor extranjero jurisdicción y competencia para someter los conflictos al arbitraje internacional, lo que le permite presentar sus demandas sin intermediación del Estado, superando de este modo todas las limitaciones que le impondría la normativa nacional.

4.- La resolución unilateral de un contrato administrativo por parte de un estado implica la violación del TBI y consecuentemente la responsabilidad para con el inversionista⁴³, por lo tanto el proceder del Estado debe limitarse o remitirse a lo estipulado en el tratado.⁴⁴

Esto significa, que los contratos suscritos por el inversor extranjero con el Estado son respaldados y garantizados en su fiel cumplimiento por los tratados; cabe recalcar que los contratos privados Estado-inversor de por sí no tienen un nivel internacional; no obstante la solución de las diferencias que puedan surgir de estos contratos se basa en la protección de los acuerdos internacionales sobre inversiones. En general el TBI es el principal elemento de la estructura jurídica actual que regula la IED; su objetivo fundamental ha sido establecer mecanismos para la protección de la inversión a través de disposiciones encaminadas al resguardo de las inversiones contra

⁴³ La responsabilidad del Estado infractor se da por la lesión directa de los derechos del otro Estado o por la violación de los derechos de un nacional del otro Estado, como en el presente caso.

⁴⁴ TEMPONE, Rubén Eduardo, Protección de Inversiones Extranjeras, sobre los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones y sus efectos jurídicos, Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 31, 32,33.

las nacionalizaciones o expropiaciones, la seguridad en la libre transferencia de capitales y los mecanismos de resolución de controversias.⁴⁵

Es necesario apreciar que los TBIs, por tratarse de acuerdos bilaterales contradicen los principios de la OMC ya que ponen en entredicho las cláusulas de nación más favorecida o de trato nacional contempladas en sus acuerdos, desbaratando de esta forma las negociaciones realizadas en su foro, así por ejemplo el modelo de TBI de Estados Unidos prohíbe al país receptor de la inversión imponer requisitos de desempeño contenidos en los Acuerdos sobre inversión relacionadas con el Comercio (TRIMS) de la OMC, en este sentido los TBIs imponen condiciones mayores a las acordadas en el plano multilateral que de forma general contienen cláusulas modales de tratamiento a la inversión que generan obligaciones de las partes suscriptoras de los convenios para con un tercero que es el inversionista.

1.3 Derechos y obligaciones prescritos en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII).

El presente acápite se refiere a los derechos otorgados al inversionista y las obligaciones que asume el Estado mediante la suscripción de los tratados internacionales de inversión. A pesar de que las cláusulas de los acuerdos internacionales sobre inversiones no son uniformes, existe un conjunto de cláusulas características y que se explican por la modelización única que ha impuesto el Derecho Internacional, debido a que las necesidades e intereses del inversionista son similares en cualquier parte del mundo, y como consecuencia se han visto además una armonización de las leyes nacionales en materia de inversiones.

⁴⁵ International Investment Agreements, Key issues, Volume I, UNCTAD, 2004, P. 42,43

1.3.1 Alcance y ámbito de aplicación

Para determinar el ámbito de aplicación es fundamental establecer la definición de “inversión” e “inversor” que conjuntamente con los conceptos de ámbito de aplicación territorial y temporal, definen un contexto muy amplio, así como los beneficios del acuerdo que disfrutará cada parte. En el concepto de inversión se concibe a todo tipo de bienes muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, derechos reales como servidumbres, hipotecas, préstamos usufructos, prendas, participación en compañías o derechos obtenidos en estas como acciones, participaciones, títulos, obligaciones comerciales, derechos de crédito, obligaciones u otras prestaciones vinculadas directamente con la inversión, y derechos de propiedad intelectual. Dentro de todo este enunciado se determinan las concesiones económicas otorgadas por ley o por contrato, que protegen al inversionista no solo frente a la decisión del Estado sobre las expropiaciones de bienes muebles o inmuebles, sino además frente a posibles incumplimientos de los contratos por parte del Estado y que por tanto impliquen una violación al acuerdo. El objetivo primordial de emplear una definición sumamente amplia es precisamente garantizar y proteger a todas las formas de la inversión extranjera.⁴⁶

En cuanto a la definición de inversor, se prescribe que es esta parte la que gozará de todos los beneficios del tratado o convenio. El término inversor abarca a personas naturales y jurídicas que realizan la inversión en el territorio de otra parte. La persona física así denominada, no es sino una persona natural que debe ser nacional de una de las partes contratantes, de conformidad con su legislación, es decir debe ser ciudadano

⁴⁶ De conformidad con el reporte de la UNCTAD se definen cinco tipos de limitaciones a la IED, que se ha planteado a lo largo del tiempo: a) Las inversiones que han sido establecidas únicamente de conformidad con la ley del Estado receptor.; b) Limitación sobre el tiempo de establecimiento de la inversión; c) Limitaciones sobre la naturaleza de la inversión, d) Limitación sobre el monto de la inversión, y, e) Limitación por un sector específico de la economía del Estado receptor. Actualmente los TBI contempla una definición amplia de la inversión que no permite limitaciones contempladas en este párrafo. International Investment Agreements, Key issues, Volume I, UNCTAD, 2004, p. 146 a 149.

del país de donde proviene la inversión. En cuanto a la persona jurídica ésta deberá ser constituida bajo las normas y procedimientos de una de las partes contratantes y tener su domicilio en dicho territorio.⁴⁷

El ámbito de aplicación territorial se refiere por su parte a la extensión territorial del estado receptor de la inversión extranjera, que abarca el territorio nacional, zonas marítimas, incluyendo suelo, subsuelo marino adyacente al mar territorial, donde la parte contratante ejerce su soberanía, siendo posible excluir alguna zona o área estratégica.

Respecto de la aplicación temporal de los tratados sobre inversión, actualmente la gran mayoría de estos acuerdos contemplan la posibilidad de que sus normas sean aplicadas a todas las inversiones establecidas antes o después de la suscripción del tratado, excepto los conflictos surgidos antes de la entrada en vigencia del convenio.⁴⁸

1.3.2 Trato Nacional

Las disposiciones sobre el tratamiento en general se refieren al sistema legal aplicable a la inversión extranjera, es decir el tratamiento que el Estado se comprometió a darle a través de la suscripción de un convenio. En el Derecho Internacional,

⁴⁷ Existen algunos criterios para determinar la nacionalidad de una persona jurídica: 1) La persona jurídica se considera nacional de un país cuando ha sido constituida en su territorio y bajo su legislación. 2) La persona jurídica se considera nacional de un país por tener en su territorio su sede o asiento. 3) La persona jurídica se considera nacional de un país por ser ciudadanos de dicho territorio los accionistas que controlan la empresa. YMAZ VIDELA, Esteban, Protección de Inversiones Extranjeras, Tratados Bilaterales, p. 23. En los tratados se ha venido exigiendo que las compañías cumplan con requisitos arriba señalados, pero la dificultad para aplicar dichos criterios ha determinado que en algunos casos cada parte determine expresamente el significado de persona jurídica. Esta discordancia se da con países de derecho anglosajón que no es compatible con el latino, así por ejemplo, el Convenio suscrito entre Canadá y Ecuador, Artículo I, literal h se establece: que "h.- inversionista" significa en el caso de Canadá: i) cualquier persona natural que sea nacional canadiense, o residente permanente de Canadá a tenor de sus leyes; o 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 del Ecuador; iii) cualquier persona natural que es nacional del Ecuador a tenor de su legislación; o iiiii) 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".

⁴⁸ Este carácter retroactivo de la norma está permitido de conformidad con el artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 que establece que: "Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo"

existieron dos corrientes para el tratamiento de la inversión extranjera, la primera conocida como la Doctrina Calvo⁴⁹ en base a la que América Latina durante muchos años otorgó a la inversión extranjera el trato mínimo bajo el mismo tratamiento y leyes nacionales; y, la segunda corriente inclinada a la protección de los inversores defendida históricamente por los países desarrollados quienes consideraban la necesidad de un mínimo de estándares internacionales para el tratamiento de extranjeros.⁵⁰

La cláusula de trato nacional obliga al Estado a dar al inversionista extranjero un trato no menos favorable al que, en circunstancias similares otorgue a sus nacionales, es decir prohíbe el trato discriminatorio y su objetivo es evitar que se creen cierto tipo de barreras que perjudiquen al inversor extranjero y le impidan competir en igualdad de condiciones con los nacionales. En acuerdos de tipo regional por lo general se añade la prohibición expresa de hacer parte de este beneficio de trato nacional a terceros países que no son parte del acuerdo. En lo que respecta a los TBI existen excepciones sobre el trato nacional que son impuestas por las partes; por ejemplo en el Tratado suscrito entre

⁴⁹ La Doctrina Calvo es conocida también como “standar nacional” en oposición al “standar internacional mínimo” al que se han adherido los países desarrollados. Significa que el principio de soberanía territorial del Estado establece: a) el principio de igualdad ante la ley, b) la sujeción a la ley tanto de los extranjeros como de su propiedad y la sujeción a la jurisdicción judicial del Estado receptor, es decir a la jurisdicción nacional; c) la abstención de intervención del Estado extranjero en las controversias acerca del tratamiento de sus nacionales y sus derechos de propiedad, abarcando la protección diplomática como la armada, a menos que el Estado receptor hubiere convenido someter los conflictos a decisión judicial o arbitraje internacional, d) la inexistencia de la obligación del Estado receptor de pagar compensación por daños sufridos por foráneos a causa de guerras civiles o disturbios, a menos que una ley la haya establecido. Esteban M. Ymaz Videla, Op. Cit, p.12.

⁵⁰International Investment Agreements, Key Issues, Volume I, UNCTAD, 2004, p. 187.

Ecuador y los Estados Unidos⁵¹, otro ejemplo es el TBI suscrito por Argentina con EEUU.⁵²

De forma general esta cláusulas “engendran el peligro de que cualquier cambio en la legislación que se refiere a aquellos (los tratados), pueda afectar a quien se beneficia de estas cláusulas de tratamiento”.⁵³

1.3.3 Trato de nación más favorecida (NMF)

La cláusula de trato de nación más favorecida,⁵⁴ es la obligación que asumen los estados contratantes de conceder al inversionista extranjero un trato no menos favorable que el otorgado en las mismas circunstancias a terceros países y se entiende como uno de los componentes más importantes de los acuerdos de libre comercio, recogido en numerosos instrumentos multilaterales, como por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en su artículo I, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) en su artículo II y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) en su artículo IV. En la esfera regional latinoamericana, el Acuerdo de Cartagena de 10 de marzo de 1996 en su

⁵¹ Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos el 27 de agosto del 2003, Convenio No. s/n, publicado en el Registro Oficial No. 49 de 22 de abril de 1997. En este tratado EEUU establece excepciones al trato nacional previsto en el artículo II, constante en las notas anexas del protocolo, numeral 2, en las cuales indican que se reservan el derecho a establecer o mantener excepciones restringidas al trato nacional, en los sectores o materias sobre: Transporte aéreo; transporte marítimo y de cabotaje; banca; seguros; asignaciones oficiales; programas gubernamentales de seguros y préstamos; producción de energía y electricidad; agencias de aduanas; propiedad de bienes inmobiliarios; propiedad y operación de estaciones emisoras de radio y televisión comercial; propiedad de acciones en la "Communications Satellite Corporation"; provisión de servicios públicos de telefonía y telegrafía; prestación de servicios de cable submarino; aprovechamiento de la tierra y los recursos naturales; explotaciones de minas en propiedades públicas; servicios marítimos y servicios afines; y corretaje a título primario de valores del Gobierno de los Estados Unidos. Ecuador por su parte se reserva el derecho a hacer o mantener excepciones restringidas al trato nacional en los sectores de Pesca tradicional (que no incluye procesamiento de la pesca ni la acuicultura); propiedad y operación de estaciones emisoras de radio y televisión comercial. Tratado Entre la Republica del Ecuador y Los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, de su Protocolo, de las Notas Reversales Anexas al mismo y del Protocolo del Canje de Instrumentos de Ratificación.

⁵² Tratado Bilateral de Inversión suscrito entre Argentina y EEUU el 14 de noviembre de 1991, Ley Argentina No. 24.124 de 26 de agosto de 1992, Estados Unidos de conformidad con el artículo II del Tratado, constante en las notas anexas del Protocolo se reserva el derecho a establecer o mantener excepciones al trato nacional en transporte aéreo, navegación, banca, seguros, energía, propiedad y gestión de emisoras de radio y tv, servicio público de telefonía y servicios telegráficos, y otros; también con ciertos programas que involucran garantías, préstamos y seguros gubernamentales. Por otro lado Argentina se reserva el derecho de establecer excepciones en el trato nacional en lo concerniente a la propiedad inmueble en áreas de frontera; transporte aéreo; industria naval, plantas atómicas, minería del uranio, seguros, minería y pesca. Sin embargo la minería fue excluida posteriormente de estas excepciones.

⁵³ YMAZ VIDELA, Esteban, Op. Cit., p. 29

⁵⁴ El concepto de la cláusula de nación más favorecida es la generalización del significado de “puerta abierta” establecido en el Tratado de Nankin en 1842 suscrito entre China y la Corona Británica, y por el cual se abrían cinco puertos al comercio exterior.

artículo 155 establece el trato de nación más favorecida,⁵⁵ el MERCOSUR en su Protocolo de Montevideo sobre el comercio de servicios, en la Parte II, artículo III se refiere a esta cláusula; el TLCAN se refiere a este trato en su artículo 1203, Capítulo XII, Quinta Parte.

Pese a que en algunas legislaciones como la Argentina⁵⁶ se determina que el trato de NMF generalmente está exceptuado de las ventajas que se otorgan a través de diversos acuerdos de integración económica⁵⁷, esta disposición de NMF trae consigo un problema que se asienta en el hecho cierto de que un inversor extranjero puede acogerse a la cláusula de trato de nación más favorecida de otro Estado, cualquiera que este fuere, si este ofrece mayores ventajas, y alegar discriminación.

Si bien es cierto que se permiten ciertas excepciones, en cuanto a que países que conforman una región tengan un acuerdo de libre comercio cuyos beneficios no se aplique a terceros países, o bien un país puede contraponer obstáculos a los productos originarios de determinados países, que se consideran objeto de un comercio desleal por ejemplo, sin embargo los acuerdos sólo permiten estas excepciones en circunstancias estrictas ya que de manera general, el trato NMF significa que cada vez que un país da

⁵⁵ Cualquier ventaja, favor, franquicia, inmunidad o privilegio que se aplique por un País Miembro en relación con un producto originario de o destinado a cualquier otro país, será inmediata e incondicionalmente extendido al producto similar originario de o destinado al territorio de los demás Países Miembros. Quedan exceptuados del tratamiento a que se refiere el inciso precedente, las ventajas, favores, franquicias, inmunidades y privilegios ya concedidos o que se concedieran en virtud de convenios entre Países Miembros o entre Países Miembros y terceros países, a fin de facilitar el tráfico fronterizo" Acuerdo de Cartagena, Art. 155. Sobre el mismo tema, el Black's Law Dictionary, define a la Cláusula de la Nación Más Favorecida de la siguiente manera: "Es una cláusula que se encuentra en la mayoría de tratados y establece que aquellos ciudadanos o sujetos de las naciones contratantes que acuerdan dicha cláusula gozan de privilegios mutuos. Generalmente estas cláusulas buscan establecer el principio de igualdad en el trato internacional. Asimismo se establece que este principio es violado no cuando se conceden ventajas a una nación en particular sino a partir de la condición por la que éstas son otorgadas. Dichas condiciones pueden haber sido pactadas con sujeción al pago de una contraprestación o si que el precio se basa en una equivalencia substancial y no en una simple evasión". Por su parte, la Organización Mundial del Comercio, expone lo siguiente: "En virtud de los Acuerdos de la OMC, los países no pueden por regla general establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales. Si se concede a un país una ventaja especial (por ejemplo, la reducción del tipo arancelario aplicable a uno de sus productos), se tiene que hacer lo mismo con todos los demás miembros de la OMC."

⁵⁶ "...en virtud de la cláusula de admisión contenida en el concepto de "inversión" contenido en la mayoría de los tratados suscritos por Argentina, la extensión del trato nacional y de la nación más favorecida no es idéntica en los tratados suscritos con los países del MERCOSUR y con los Estados Unidos de América que con los celebrados con los demás países. De allí se derivan importantes consecuencias prácticas; por ejemplo, el inversor europeo no podría pretender el trato ofrecido al inversor estadounidense en la fase pre-establecimiento, a través de la invocación del trato de la nación más favorecida". Rubén Eduardo Tempone, op. Cit., p. 55.

⁵⁷ FERNANDEZ DE GURMENDI, Silvia, Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras, Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata, año II, No. 3, 1992, p.70

apertura o liberaliza un sector, tiene que hacer lo mismo a favor de todos sus interlocutores comerciales. La cláusula de trato de NMF concede al beneficiario el derecho a tener el mismo nivel de tratamiento acordado con un tercer estado, antes o después de que su tratado bilateral haya entrado en vigencia.

Según la doctrina internacional existen excepciones a la cláusula de NMF, es decir, que no puede ser aplicada en caso del mantenimiento del orden, las buenas costumbres o la moral y cuando se trata de salvaguardar la seguridad nacional del Estado receptor.⁵⁸ No obstante, las obligaciones originadas de la cláusula de NMF en un marco de análisis extenso pueden constituirse en un riesgo sobre la superposición de los inversionistas, y una ampliación exagerada de los beneficios adquiridos y negociados en otro contexto. Por tanto surge la necesidad de que nuestros países empiecen a negociar tratados estudiando y analizando la relación de éstos con otros acuerdos ya suscritos, con el fin de que no existan contradicciones, tomando en cuenta que de existir una diferencia surgida de esta cláusula sería un tribunal arbitral internacional el que en última instancia interpretaría el contenido, alcance y efectos de dichas disposiciones.

La cláusula de NMF y la de trato nacional por lo general se hallan combinadas en el mismo párrafo de los tratados debido a que, “los países exportadores de capital le dan importancia a esa combinación a fin de que el inversor alegue la que más le convenga a sus intereses”.⁵⁹

⁵⁸ International Investment Agreements, Op. Cit., p. 196,196.

⁵⁹ YMAZ VIDELA, Esteban, Op. Cit., p. 30

1.3.4 Tratamiento justo y equitativo, y protección y seguridad plena

Los AII buscan un “trato justo y equitativo” de las partes, siendo este un principio absoluto, su fundamento es proteger a la inversión extranjera, mediante normas básicas universales. Su contenido específico o particular depende de un juicio de valor que se emite en el caso concreto, por las propias partes en consulta o por un tercero encargado de dirimir un conflicto.⁶⁰ La cláusula se refiere al trato que como norma mínima debe dársele al inversionista independientemente del trato que se les dé a los inversionistas nacionales, se ha sostenido que consiste en la no discriminación a través de un patrón mínimo, además de la obligación del Estado de proteger la propiedad privada del inversionista.⁶¹

Sobre el trato justo y equitativo, no se tiene precisiones sobre lo que serían medidas injustificadas o discriminatorias, por lo que se entiende que es el trato menos favorable que el dado a otras inversiones.⁶² Para el CIADI, el resguardo de tratamiento justo y equitativo, “es una expresión y parte constitutiva del principio de buena fe reconocido por el derecho internacional, aunque para su violación no es menester que la parte estatal haya actuado de mala fe.”⁶³ Estas medidas van acompañadas por lo general de las obligaciones sobre seguridad y protección plena, las cuales se refieren a la tutela que debe dársele al inversionista durante periodos de tiempo de conflicto público, como levantamientos, motines, disturbios, etc., siendo un principio por el cual se amplían las obligaciones que los Estados Parte han asumido y los obliga a ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera.⁶⁴

⁶⁰ TEMPONE, Rubén Eduardo, Op. Cit., p. 55

⁶¹ YMAZ VIDELA, Esteban, Op. Cit., p. 28

⁶² FERNANDEZ DE GURMENDI, Op. Cit., p. 70.

⁶³ CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos, Caso No. ARB (AF)/00/2, Laudo de 29 de mayo de 2003, 153.

⁶⁴ TEMPONE, Rubén Eduardo, Op. Cit., p. 55

1.3.5 Expropiación

La protección a la propiedad de la inversión extranjera es un derecho garantizado y protegido por las normas nacionales y por los tratados internacionales, aunque en éstos no definen como tal el significado del acto expropiatorio, ni se especifica si se refieren expresamente a la expropiación como una medida no prohibida, se establece que cuando se cumplen las condiciones expresadas en los tratados y Derecho Internacional, se trata de un acto legítimo del Estado.⁶⁵

Según la normativa reglada en los tratados internacionales existen dos tipos de expropiaciones: la directa y la indirecta⁶⁶. La expropiación directa es de carácter físico que constituye la nacionalización de la empresa, es decir la transferencia de la propiedad privada a favor del Estado que debe cumplir con los siguientes requisitos: debe ser para una finalidad o interés público, no ser discriminatoria, realizarse cumpliendo las normas del debido proceso previsto en la ley; y, ser compensadas por el estado de forma pronta, justa y equitativa. Es necesario recalcar que en el Derecho Internacional no existe una conceptualización concreta para definir a la “utilidad pública”, ni existe un concepto común en las diferentes legislaciones, por lo que debe ser un tribunal judicial o arbitral quien lo establezca⁶⁷. El segundo criterio para la expropiación es que se cumpla el debido proceso, es decir que se cumplan con todos los procedimientos tipificados en la ley, con una motivación clara de la expropiación y que sea autoridad competente quien resuelva la expropiación. La no discriminación en cambio es un criterio ligado con el trato justo y equitativo, es decir que la medida no sea dirigida a una empresa o

⁶⁵ El Estado posee potestad expropiatoria, que constituye un principio reconocido por el Derecho Internacional contemporáneo y que procede del principio de soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, tal y como lo proclamó la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 3201, proclamó el “Nuevo Orden Económico Internacional” y en esta resolución se dispuso que el Estado tiene soberanía permanente sobre todos los recursos naturales y todas las actividades económicas, por lo tanto ejerce el control sobre todas las actividades de explotación y producción de los mismos e inclusive tiene el derecho de nacionalizar todos los bienes que se encuentren en su territorio con la respectiva y adecuada indemnización.

⁶⁶ También conocida como medidas equivalentes a expropiación.

⁶⁷ El interés público, según el Banco Mundial, debe ser esencial o preeminente u obvio. The World Bank, Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment”, 1992, Vol. I, p. 139.

nacionalidad específica. Finalmente el derecho a la compensación de forma pronta, justa y efectiva, criterio que es aplicado no sólo para las expropiaciones directas sino también para las indirectas, y sirve para determinar el alcance de la compensación y sus formas de pago.⁶⁸

El estándar de la compensación es que ésta debe ser pronta, justa y equitativa, lo que a su vez no implica que la indemnización deba ser exorbitante, pues para ella debe tomarse en cuenta los criterios de “valor real del mercado”, “empresa en marcha”, los beneficios presentes y futuros.⁶⁹

Respecto de la expropiación indirecta, ésta es más difícil de determinar, ya que puede ser cualquier medida que adopte el Estado y que perjudique al inversionista extranjero. En la actualidad se han observado algunas formas: (i) Una medida equivalente a expropiación es aquella que aunque no confisque directamente la propiedad, tiene las mismas consecuencias de privar al dueño de todos los beneficios de su propiedad. (ii) La expropiación progresiva, la cual se refiere a una serie de medidas adoptadas consecuentemente con el fin de expropiar directa o indirectamente, en este caso una sólo medida por sí sola no implica expropiación, pero sí el conjunto de medidas que llevan a ese fin. (iii) La expropiación reglamentaria, que consiste en adoptar medidas con finalidades reglamentarias tradicionales pero que tienen consecuencias sobre una inversión extranjera.⁷⁰

⁶⁸ Sobre esto ya en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1960 y 1970 se generaron intensos debates, por un lado los países industrializados se alinearon a la ecuación “pronta, justa y efectiva”, por su parte los países en vías de desarrollo se alinearon a favor de una indemnización “apropiada”, que implicaba un estándar más flexible, ya que tenía que ver con el análisis del tiempo durante el cual la empresa ha explotado el recurso o servicio, se ha recuperado la inversión inicial, si ha existido enriquecimiento ilícito como resultado de la situación colonial, si las ganancias obtenidas han sido excesivas, si han contribuido con el desarrollo económico y social del país, el respeto a las leyes laborales, la política de reinversión, etc. TEMPONE, Rubén Eduardo, Op. Cit., p. 22-27

⁶⁹ YMAZ VIDELA, Esteba, Op. Cit., p. 45,46.

⁷⁰ COSBEY, Aaron y otros, Inversiones y Desarrollo Sustentable, Internacional Institute for Sustainable Development, www.iisd.org, 2004, p. 14. Sobre este mismo tema, los autores de este libro manifiestan que “a la tercera modalidad se aplica la denominada doctrina de los EE.UU. de apropiaciones reglamentarias que, según algunos, sostiene que una reglamentación puede

La expropiación indirecta es una disposición, por así llamarla, de carácter ambiguo ya puede ser cualquier medida adoptada por el Estado que cause daño de forma indirecta a la inversión extranjera, es decir no siendo expropiación propiamente dicha, tienen las mismas consecuencias y efectos de una. El determinar en qué momento las acciones del Estado se convierten en expropiación indirecta será facultad de un tercero llamado a resolver el conflicto, convirtiéndose los métodos de resolución de controversias de gran importancia, principalmente la instancia arbitral internacional convocada a dirimir esta clase de conflictos, tema del cual se hablará en el segundo capítulo.

1.4 Consideraciones Finales

Los objetivos principales de la Conferencia de Bretton Woods fueron la planificación de la política de disciplina fiscal mundial, control de los tipos de cambios y evitar las prácticas restrictivas del comercio mundial, que evidentemente fueron diseñadas para el beneficio de los países exportadores de capitales. En efecto fue los EEUU que propuso un sistema multilateral de comercio, que terminó pareciéndose a una especie de alianza entre las tres zonas más desarrolladas, Japón, Estados Unidos y Europa Occidental. De esta manera se creó el GATT, el cual se basó en tres principios fundamentales: el de no discriminación o nación más favorecida, el de reciprocidad en las concesiones arancelarias otorgadas por los países partes; y, el de ventaja mutua. Las negociaciones posteriores y la negativa de países tanto desarrollados como subdesarrollados, en modificar sus políticas, han obligado a introducir cláusulas especiales de tratamiento que han desvirtuado el espíritu de estos principios, que no obstante han servido de base fundamental para normas de tratamiento sobre inversión

equivaler a una forma de expropiación indirecta si tiene repercusiones negativas significativas en el valor económico de una inversión. Por ejemplo, un gobierno quizá prohíba la utilización de un producto peligroso para el medio ambiente que un inversionista hace o utiliza, y cause con ello un daño económico significativo al inversionista. Según esta doctrina se debería pagar una indemnización.”

mucho más avanzadas introducidas en los TBI y en los acuerdos regionales, que si bien favorecen a un grupo de países, tienden a crear escudos impenetrables a terceras naciones, y al mismo tiempo han generado un conjunto de normas de tratamiento internacional, que pueden ser aplicadas en cualquier ámbito incluso en temas negociados en otros contextos y parámetros.

Ahora bien, es indudable que existe una ventaja fundamental para las partes, y es que al establecerse los derechos y obligaciones del Estado y de los inversionistas se plantean reglas claras de juego a las cuales las partes tienen que someterse, sin embargo el problema radica no en la suscripción en sí de los acuerdos sobre inversión, sino en el desconocimiento del alcance real de las reglas contenidas en estos instrumentos, ya que existe una clara ambigüedad al momento de desarrollar conceptos de gran importancia, como son los de expropiación, NMF, trato justo y equitativo, compensación pronta, justa y adecuada, ámbito de aplicación; imprecisiones que sin duda permiten una amplia interpretación e inclusive tergiversación de los deberes y derechos establecidos en los acuerdos, que ponen en peligro el equilibrio entre las políticas de interés público y los derechos del inversionista extranjero, esto principalmente porque no existen limitaciones de hasta donde se pueden superponer los derechos del inversionista a la realidad económica y social de un país.

Precisamente estos vacíos son el preámbulo de las controversias en materia de inversiones a las cuales se busca sistematizarlas en procedimientos que varían de conformidad con las reglas existentes, creándose centros especializados para su resolución que tropiezan por la naturaleza de los contendientes.

CAPITULO II

LOS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL CAMPO DE LAS INVERSIONES

Los acuerdos internacionales sobre inversiones (AII) establecen en su normativa, una serie de cláusulas que garantizan a la inversión extranjera. En la actualidad la inversión extranjera se halla ampliamente protegida por estos acuerdos, y esto se debe a que el área de inversión se ha prolongado del sector de explotación de recursos naturales a otros ámbitos de la economía como servicios, comercio y propiedad intelectual, de allí que se prevé además los mecanismos para la solución de las controversias que podrían generarse entre el inversionista y el Estado receptor.

En la práctica los AII han permitido que los conflictos surgidos entre Inversionista-Estado deriven en demandas de arbitraje internacional, aproximadamente 219 conocidas, de las cuales más del 70% han sido presentadas en los últimos cuatro años, ninguna de estas propuestas por los gobiernos sino por los inversionistas⁷¹. El incremento registrado en el número de diferencias se debe a varios factores, entre estos tenemos el aumento de flujo de inversiones internacionales de distinto origen que a la vez genera disputas internas en cuanto al creciente interés del Estado por regular políticas públicas como las ambientales, de salubridad, tributarias e incluso medidas de emergencia adoptadas en períodos de crisis financieras y económicas que afectan a las

⁷¹ Así mismo estadísticamente tenemos que por lo menos 61 gobiernos, entre ellos 37 países en vías de desarrollo, 14 países desarrollados y 10 de Europa Oriental y Estados Independientes del Commonwealth, tienen suscritos TBIs, y de éstos Argentina tiene presentadas en su contra 42 demandas de arbitraje, en el 2003 tuvo 20 demandas, en el 2004 tuvo 8 demandas más, y durante los primeros diez meses del 2005 tuvo 5 casos más planteados en su contra, la mayoría de estas se debieron a la crisis financiera por la cual atravesó el país del Sur; por su lado México es el segundo país con más demandas de arbitraje internacional (más de 17), que se originan en su mayoría del TLCAN; Estados Unidos de Norteamérica tiene 11 demandas en su contra; la India enfrenta 9 demandas; República Checa tiene 8 demandas en su contra; Egipto tiene 8 demandas; Polonia 7 demandas; Ecuador tiene 7 demandas; Canadá tiene en su contra 6 demandas y República de Moldavia enfrenta 5 demandas en su contra. UNCTAD (2005), *Investor State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, Unctad Series on International Investment Policies for Development, United Nations, New York and Geneva, 2005, p. 5, 6, 7. Ver anexo 2, informe de la UNCTAD del 2005 sobre las disputas de las últimas décadas entre el Estado y el inversor.

inversiones extranjeras, esto sumado a la complejidad de los actuales AII que dificultan su implementación. Estas disputas envuelven las obligaciones legales contenidas en los acuerdos que tienen que ver con el tratamiento justo y equitativo, la no discriminación, el tema de las expropiaciones y propiedad privada y el alcance y definición de dichos acuerdos.

El presente Capítulo tiene como objetivo el estudio de los procedimientos de solución de controversias entre el inversionista y el Estado, siendo necesario para ello analizar la solución de controversias entre Estado – Estado, los tratados bilaterales contemplados como forma de acceso a los diferentes centros de arbitraje internacional, las reglas para el arbitraje contenidas en estos acuerdos, y las deficiencias existentes en estas reglas.

2.1 Métodos de solución de controversias constantes en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)

Gran parte de países en vías de desarrollo, particularmente en América Latina han mantenido la perspectiva tradicional sobre los métodos de resolver disputas surgidas entre el inversor y el Estado receptor, como un conflicto de exclusivo conocimiento de cortes nacionales, tendencia enlazada directamente con la Doctrina Calvo, que se basaba en el principio de igualdad de los Estados negando de esta forma que los extranjeros tuvieran privilegios especiales, y que las diferencias debían ser resueltas en tribunales nacionales de conformidad con la legislación nacional. En contraste los inversionistas extranjeros han mantenido tradicionalmente el criterio de que las disputas originadas entre el inversionista – Estado receptor debería resolverse a través de mecanismos internacionales de resolución de conflictos gobernados por

estándares y procedimientos internacionales, con el arbitraje internacional.⁷² Esta perspectiva ha ido cambiando con el avance de la globalización, y a partir de la década de los ochenta y más intensamente en los noventa cuando se empiezan a incorporar los sistemas de resolución de controversias ante tribunales internacionales.⁷³

Para hablar de los métodos de resolución de controversias es necesario distinguir entre las controversias originadas entre el inversionista y el Estado; y, las controversias Estado – Estado cuyo sistema de solución de conflictos constante en los AII se refiere básicamente a las diferencias originadas sobre la interpretación, aplicación, inobservancia o errónea interpretación, así al surgir problemas interestatales se advierte

⁷² El criterio de no internacionalizar los conflictos derivados de las inversiones extranjeras y no someterse a sistemas internacionales de solución de controversias se vio reflejado en diferentes instrumentos y acuerdos regionales, y fue incorporado en algunas Constituciones de América Latina, perspectiva que además influyó en otros países durante la década de los setentas, lo que produjo que en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 12 de diciembre de 1974, se pusiera énfasis en el derecho de todo Estado para: “reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera” Ibidem UNCTAD (2003), Op. Cit. p. 27.

⁷³ Esto se puede apreciar en el caso de Ecuador que hasta la fecha tiene suscrito veinte TBIs todos en la década de los noventa y que incluyen a los métodos alternativos de solución de controversias, el arbitraje para la resolución de conflictos originados entre el inversionista y el Estado: 1) Convenio con Chile para la Protección Recíproca de Inversiones para la Protección Recíproca de de Inversiones, suscrito el 27 de octubre de 1993, Convenio No. s/n, publicado en el Registro Oficial No. 785 de 20 de septiembre de 1995; 2) Convenio con Paraguay sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito el 28 de enero de 1994, Convenio No. S/N, Registro Oficial No. 782, 15-Sep-199 3) Convenio con Francia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito el 7 de septiembre de 1994, Convenio No. S/N, Registro Oficial No. 778, 11 de septiembre de 1995; 4) Convenio con Gran Bretaña e Irlanda para la Promoción y Protección de Inversión, suscrito el 10 de mayo de 1994, publicado en el Registro Oficial 778 de 11 de septiembre de 1995; 5) Convenio con Venezuela para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 18 de noviembre de 1993, publicado en el Registro Oficial 548 de 14 de octubre de 1994; 6) Convenio con Suiza para la Promoción y Fomento de las Inversiones suscrito el 02 de mayo de 1968, publicado en el Registro Oficial 198 de 7 de abril de 1971; 7) Convenio con El Salvador para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 16 de mayo de 1994, publicado en el Registro Oficial 831 de 28 de noviembre de 1995; 8) Tratado con Alemania para la Promoción y Fomento de Inversión suscrito el 21 de marzo de 1996, publicado en el Registro Oficial 84 de 11 de junio de 1997; 9) Convenio con Bolivia para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 25 de mayo de 1995, publicado en el Registro Oficial 159 de 24 de septiembre de 1997; 10) Convenio con Cuba para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 06 de mayo de 1997, publicado en el Registro Oficial 330 de 2 de junio de 1998; 11) Convenio con Perú para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 07 de abril de 1999, publicado en el Registro Oficial 341 de 17 de diciembre de 1999; 12) Tratado con Estados Unidos para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 27 de agosto de 1993, publicado en el Registro Oficial 49 de 22 de abril de 1997; 13) Convenio con España para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 26 de junio de 1996, publicado en el Registro Oficial 106 de 11 de julio de 1997; 14) Convenio con los Países Bajos para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 27 de junio de 1999, publicado en el Registro Oficial 406 de 06 de septiembre del 2001; 15) Convenio con Finlandia para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 18 de abril del 2000, publicado en el Registro Oficial 483 de 28 de diciembre del 2001; 16) Convenio con Suecia para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 31 de mayo del 2001, publicado en el Registro Oficial 502 de 25 de enero del 2002; 17) Convenio con Argentina para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 18 de febrero de 1994, publicado en el Registro Oficial 785 de 20 de septiembre de 1995; 18) Convenio con China para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 21 de marzo de 1994, publicado en el Registro Oficial 104 de 9 de julio de 1997; 19) Convenio con Rumanía para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 21 de marzo de 1996, publicado en el Registro Oficial 104 de 9 de julio de 1997; 20) Convenio con Canadá para la Promoción y Protección de Inversión suscrito el 29 de abril de 1996, publicado en el Registro Oficial 105 de 10 de julio de 1997. Lo mismo ocurre con otros países de América Latina, a manera de ejemplo se indica el caso de Argentina tiene alrededor de cincuenta y dos TBIs suscrito en los años noventa, donde incluye como forma de resolver los conflictos el arbitraje; en el caso de Chile, este país ha suscrito alrededor de cincuenta y dos TBIs en el cual someten las diferencias al arbitraje internacional; Colombia por su parte tiene cuatro TBIs en la misma dirección; Perú tiene veintiséis TBIs que señalan a los métodos alternativos de resolución de conflictos para resolver las diferencias Estado-inversionista; Bolivia tiene veintidós TBIs en los cuales indican al arbitraje como la forma de solución a conflictos derivados entre el Estado y el inversionista. Fuente: Sistema de información sobre Comercio Exterior, disponible en la página web http://www.sice.oas.org/countries_s.asp

predominantemente la iniciación de procesos de solución por medios bilaterales. Algunos AII exigen que estos procesos bilaterales se hagan como condición para poder recurrir a procedimientos de toma de decisiones por terceras partes.⁷⁴ La obligatoriedad de concurrir al sistema de solución de conflictos, fijada en el acuerdo, está establecida expresamente en una cláusula compromisoria, siendo por tanto el recurso arbitral de carácter forzoso.

En lo concerniente a los métodos de resolución de conflictos entre inversionista – Estado, estos tienen como objetivo el consagrar un procedimiento jurisdiccional que observa la instancia arbitral como una forma de garantizar los derechos de la inversión extranjera. Dentro de estos métodos para resolver diferencias, la gran mayoría de los AII establecen cláusulas que en primera instancia exhortan el uso informal de los métodos para solución de disputas, a través de negociaciones directas o consultas amistosas. Los requerimientos para la consulta o negociación tienen valor no sólo porque ayudan a calmar tensiones, sino que además pueden ayudar a tener una actitud amigable del Estado receptor respecto a las inversiones económicas,⁷⁵ lo que también permite suavizar las relaciones Estado-inversionista.

Métodos extrajudiciales o amistosos

El objetivo de las consultas amistosas y las negociaciones directas es conciliar las diferencias existentes entre las partes de forma amigable y de mutuo acuerdo, esto no implica que las partes deban llegar a un acuerdo, sin embargo el hecho de sentarse a negociar permite que se asuman actitudes no litigantes, ya que las partes pueden hacer

⁷⁴ Estos métodos bilaterales y de terceras partes que suelen establecerse son: Las negociaciones y consultas; el arbitraje interestatal especial, que es el más común en los AII; los arreglos arbitrales o judiciales permanentes para la solución de las controversias; y, las instituciones políticas o administrativas cuyas decisiones son obligatorias. UNCTAD(2003) Soluciones de Controversias: Entre Estados, UNCTAD, Naciones Unidas, 2003, p.17

⁷⁵UNCTAD (2003), Op. Cit., p.23, 24

todo lo posible por lograr un acuerdo consensuado.⁷⁶ De forma general los tratados establecen la necesidad, en lo posible, de mantener las negociaciones por un periodo de tiempo que puede ser de tres, seis y hasta doce meses.⁷⁷ Pero estos medios extrajudiciales no son obligatorios, y así se entiende del tenor literal de los tratados.⁷⁸

Cuando la negociación directa o la consulta amistosa falla, se procede a solicitar la intervención de una tercera parte para que ayude a solucionar el conflicto a través de los buenos oficios, la mediación o la conciliación.

Opción del inversionista para someter la controversia a tribunales nacionales o al arbitraje internacional

En la gran mayoría de los acuerdos internacionales se prevé que una vez concluido el periodo de negociaciones o consultas amistosas, el inversor pueda someter la controversia al proceso jurisdiccional, otorgando el derecho de opción de acudir a los tribunales internos del Estado receptor de la inversión o directamente al arbitraje internacional, siendo cualquiera de estas vías excluyentes entre sí.⁷⁹ Este es el principio llamado fork in the road⁸⁰ que es muy común en los tratados suscritos por países como Argentina por ejemplo, en los cuales se concede al inversionista extranjero la facultad de proponer un reclamo ante un tribunal internacional, siempre que se hayan cumplido

⁷⁶ En esta primera etapa de la controversia, es importante que las partes aporten con información necesaria y suficiente que determine la dinámica de la negociación o consulta, que en todo aspecto es confidencial en el proceso

⁷⁷ El modelo de TBI del Reino Unido de 1991 establece en su artículo 8, tres meses para las negociaciones; el TBI suscrito entre Canadá y Ecuador establece un periodo de seis meses; el TBI de 1991 suscrito entre Chile y Argentina establece 12 meses.

⁷⁸ El AMI por ejemplo plantea la posibilidad de negociación como no obligatoria, quedando así a elección de las partes concertar un arreglo amistoso; los Tratados suscritos con Ecuador de la misma manera indican que las partes harán todo lo posible para resolver las controversias de forma amistosa, pero esto no implica según el tenor literal una obligación.

⁷⁹ PALLARES, Beatriz, Reflexiones acerca del consentimiento del Estado para someterse al arbitraje, en De Cita, Inversiones Extranjeras, Zavallía S.A., 2005, p. 66

⁸⁰ Principio conocido también como “bifurcación en el camino” que implica la opción definitiva y excluyente del inversor cuando escoge someter el conflicto a tribunales nacionales o tribunales internacionales.

con los requisitos de: a) agotar la etapa de negociaciones y consultas amistosas; y, b) ejercer el derecho de opción a la jurisdicción internacional.⁸¹

Algunos tratados sin embargo establecen que previo a someter la controversia al arbitraje internacional se debe agotar todas las instancias de jurisdicción nacional⁸², en la cual si transcurrido un periodo de tiempo no se ha tenido ningún resultado, el inversionista podrá recurrir a las instancias internacionales correspondientes.

El agotamiento de las instancias jurisdiccionales nacionales⁸³ constituye una regla del Derecho Internacional, y se basa en dos preceptos básicos, a saber: a) se supone que la persona que invierte en un Estado extranjero ha confiado en los recursos legales que las leyes internas franquean a todos los individuos; y, b) el principio de soberanía estatal presume que todos los estados mantienen un orden jerárquico similar o equivalente en la administración de justicia, lo cual constituye un derecho mutuamente reconocido por todos los países.⁸⁴ Estos principios se han reformado a partir del establecimiento del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, Convención de Washington celebrado el 18 de marzo de 1965.⁸⁵

En efecto, para recurrir al arbitraje internacional ante el CIADI no es necesario agotar las instancias nacionales, siempre que las partes no hayan acordado lo contrario, disposición que debe constar expresamente por escrito para que tenga validez al

⁸¹TEMPONE, Rubén Eduardo, Op. Cit., p. 75

⁸² Este término "jurisdicción" debe ser interpretado de conformidad con las normas y reglas del Derecho Internacional, particularmente con las reglas aceptadas por la práctica de los países, compiladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Sacado del libro "Derecho Internacional Público" de Eduardo Jiménez de Aréchaga, p. 222-223

⁸³ En varias sentencias se ha tomado en cuenta este criterio de agotar todas las instancias nacionales, por ejemplo la Corte Internacional de Justicia en el caso referente a Eletttronica Simula S.p.A. (ELSI) (United Status v. Italy) consideró *inter alia*, ya que el inversor extranjero estaba obligado a agotar las instancias locales antes de presentar la demanda ante la corte internacional.

⁸⁴ TEMPONE, Rubén, Op. Cit., p. 80

⁸⁵ El artículo 26 tipifica que: "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio."

momento de alegarla. Las formulaciones usadas en los TBI, a menos que de otra manera explícitamente se haya expresado, normalmente establecen que los Estados han exceptuado los requerimientos de agotar las instancias nacionales⁸⁶.

Ahora bien, la controversia en cuanto a la jurisdicción se origina también en los contratos administrativos suscritos por el inversionista y el Estado (sea gobierno nacional, local, municipios, concejos provinciales, etc.), recordemos que en primera instancia la Doctrina Calvo prohibía la prórroga de jurisdicción en este tipo de contratos, y su incumplimiento debería resolverse en tribunales nacionales. En base a esto se ha dicho que los contratos son de competencia exclusiva de la jurisdicción estatal; sin embargo en la actualidad la gran mayoría contienen la cláusula arbitral para la resolución de controversias⁸⁷, lo que significa el consentimiento expreso del Estado a someter sus diferencias ante un centro internacional, que implica a su vez una renuncia a cualquier tipo de inmunidad de jurisdicción como excepción⁸⁸. Esta particularidad está relacionada íntimamente con la “umbrella clause”⁸⁹ que establece como una obligación del AII el respetar todo compromiso u obligación contenidos en los contratos u otras formas de acuerdos entre el inversor y el Estado; ciertamente el rompimiento del contrato de inversión acarrea la violación del AII, lo que significa que las obligaciones de los contratos suscritos entre el inversionista con el Estado y viceversa se convierten

⁸⁶ Schreuer, 2001, p. 390-396; Peters, 1997, p.233-243 Sacado de Dispute Settlement: Inversor-State, Op. Cit., p. 34 UNCTAD (2003). En efecto la declaración de agotamiento de las instancias nacionales puede ser introducida en cualquier momento antes de dar el consentimiento al arbitraje, pero este requerimiento no puede ser introducido de forma retroactiva una vez que el consentimiento al arbitraje del CIADI se ha perfeccionado. Sólo Israel, al momento de la ratificación del Convenio CIADI en 1983 realizó la notificación respectiva al Centro requiriendo el agotamiento de las instancias administrativas y judiciales nacionales. En la práctica los Estados casi nunca insisten en agotar las vías de justicia nacionales. Ibidem, 1997, p. 198, Sacado de Dispute Settlement: Inversor-State, Op. Cit., p. 336, 37, UNCTAD (2003).

⁸⁷ El adendum al contrato de participación del Ecuador con la Occidental dentro de la cláusula de resolución de controversias establece que las partes se someterán en arbitraje sea ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito o ante el arbitraje internacional ante el CIADI, siendo ambas vías excluyentes.

⁸⁸ Al respecto en Argentina la ley No. 24.488 sobre “Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante los tribunales argentinos” establece, de conformidad con la doctrina internacional, que los Estados extranjeros no podrán invocar inmunidad de jurisdicción cuando “consientan expresamente a través de un tratado internacional, de un contrato escrito o de una declaración en un caso determinado, que los tribunales argentinos ejerzan jurisdicción sobre ellos.” Lo que es aplicado por coherencia a sus actos con relación a tribunales extranjeros. Ymaz Videla, Esteban, Op. Cit. p. 57, 58.

⁸⁹ Diferentes variantes de la umbrella clause podemos ver en los tratados de: Ecuador suscrito con Estados Unidos en su artículo II, numeral 3.C dice: “c) Cada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones.” El tratado suscrito entre Argentina con Alemania en su artículo 7 dice: “Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones efectuadas por los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio”.

en obligaciones internacionales, por razón de su incorporación a las obligaciones del tratado bilateral de inversiones⁹⁰, teniendo además como objetivo y propósito principal el extender la protección de los AII hacia dichos contratos, como una forma de salvaguarda hacia las alegaciones por parte del Estado, siendo en consecuencia uno de los efectos del principio de bifurcación en el camino, la independencia del inversionista para acudir directamente al arbitraje internacional, sin que medie un requerimiento de prejudicialidad.

La protección diplomática

La protección diplomática ha sido excluida como forma de resolver disputas entre el inversionista y el Estado, ya que al solicitar el amparo del Estado el inversionista endosa el conflicto convirtiéndose en una controversias estatal, es así como la relación individuo lesionado – Estado infractor se convierte en una nueva relación consistente en Estado lesionado – Estado infractor⁹¹, lo cual genera una carga política que enfrenta a dos estados sobre una asunto de interés particular. El artículo 27 del CIADI también impide el auxilio diplomático⁹², de esta forma, los países sometidos a la jurisdicción del CIADI, al suscitarse un conflicto o durante el procedimiento para solucionarlo, tienen prohibida la protección diplomática⁹³, que ha sido desplazada por otros métodos de solución de controversias donde las partes pueden hacer valer sus

⁹⁰ WEIL Prosper, sacado de The International Bank for Reconstruction and Development/ The World Bank, “Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment “, 1992, Vol. I, p. 179.

⁹¹ MORENO, Lucio, Derecho Internacional Público, p. 253

⁹² Art. 27 CIADI: “(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia”.

⁹³ La Doctrina Calvo, dentro de sus principios negaba la protección diplomática del nacional de otro estado en cualquiera de sus formas. El desplazamiento de la protección diplomática ha sido consecuente durante el tiempo, en Latinoamérica por ejemplo varias constituciones la prohibían, así por ejemplo la Constitución de Venezuela de 1953 en su artículo establecían que las controversias deberían ser resueltas en tribunales nacionales; la Constitución del Ecuador de 1967, en su artículo 82 disponía que la renuncia a la protección diplomática era de carácter implícito y esencial condición de los contratos con extranjeros; la Constitución del Perú de 1933 en su artículo 32 consideraba como ilegítimo el amparo diplomático de los extranjeros; Bolivia en su Constitución de 1945 en su artículo 18 establecía que los extranjeros no podían hacer uso de la protección diplomática; Argentina en su Constitución de 1949 en su artículo 95 atribuye al poder judicial nacional conocer las causas en los cuales la nación argentina sea parte.

derechos. No obstante el segundo numeral del mismo artículo establece que las gestiones diplomáticas informales no pueden considerarse como tutela diplomática, siendo difícil establecer la línea que separa los dos criterios enunciados en esta norma.

Finalmente, el carácter estándar de las normas de tratamiento y protección de los tratados evidencia la posibilidad de una aplicación injustificada de los métodos de resolución de controversias para que el inversionista inicie un procedimiento de arbitraje internacional institucional o ad-hoc de forma directa, a pesar de la existencia de una cláusula de foro doméstico,⁹⁴ procedimiento en el que obligatoriamente tendrán que utilizarse las reglas preexistentes o las acordadas por las partes, que de forma general serán abordadas en la siguiente sección.

2.2 Reglas de arbitraje en materia de inversiones constantes en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)

Los Acuerdos Internacionales de Inversión, sean TBI's o acuerdos regionales o comerciales prevén mecanismos para resolver los conflictos derivados de la relación Estado- Inversor, de forma particular el Arbitraje Internacional. Por lo general los AII establecen reglas de arbitraje institucionales, las cuales son administradas por un centro

⁹⁴ Así por ejemplo, lo sucedido con la Compañía de Aguas Aconquija S.A. subsidiaria argentina de la compañía francesa Compagnie Générale des Eaux es determinante, puesto que esta empresa suscribió un contrato de concesión en 1995 con la Provincia de Tucumán, y a pesar de que en dicho contrato las partes sometieron su jurisdicción ante los tribunales contenciosos administrativos de la Provincia de Tucumán, la Compañía Aguas de Aconquija S.A. presentó la demanda arbitral ante el CIADI basándose en el Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrado entre Argentina y Francia en 1995. (No obstante en este caso, el Tribunal Arbitral estableció: "... el Tribunal determina que, debido a la conexión crucial en este caso entre los términos del Contrato de Concesión y estas supuestas violaciones al TBI, no se puede hallar responsable a la República de Argentina al menos hasta que los demandantes hayan, como lo requiere la cláusula 16.4 del Contrato de Concesión, hecho valer sus derechos en procedimientos ante los Tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán y se hayan visto denegados sus derechos, ya sea procesal o substantivamente") Caso CIADI Nro. ARB/97/3, publicado en español en La Ley, Buenos Aires, año LXV, Nro. 25, 5 de febrero del 2001, p.1 . Lo mismo ocurrió en el caso "Lanco internacional Inc. C. República Argentina", a pesar de que en el contrato de concesión, en su artículo 12 las partes habían acordado como jurisdicción en caso de controversias los tribunales de lo contencioso administrativo de Buenos Aires, la empresa inversionista decidió accionar la demanda directamente ante el CIADI. Esto refleja la gran importancia que tienen los TBI y su influencia en las relaciones contractuales del Estado con el inversor extranjero, ya que, y a pesar de que en el primer caso "Compañías de Aguas Aconquija S.A. c República Argentina" el tribunal arbitral resolvió a favor del estado basándose en los términos expresos contenidos en el contrato de concesión; en el segundo caso "Lanco internacional Inc. C. República Argentina" el tribunal arbitral resolvió de forma diferente, señalando que a pesar de existir un contrato de concesión que establece la jurisdicción interna como foro para resolver los conflictos, no ha sido considerada la existencia de un procedimiento de arreglo de diferencias acordado previamente en el TBI suscrito entre EE.UU. y Argentina de 1991. Caso CIADI Nro. ARB/97/6, publicado en 40 ILM 454 (2001)

de arbitraje; y, reglas de arbitraje ad-hoc o especial, que conforman un conjunto de normas aplicables al arbitraje sin una institución o centro que las administre. De conformidad con la UNCTAD las reglas más utilizadas dentro del arbitraje internacional son las UNCITRAL, las de la Cámara de Comercio de Estocolmo, las de la Cámara de Comercio Internacional y el arbitraje Ad-Hoc, donde las partes proponen su propio procedimiento y la constitución del tribunal arbitral; y el Centro más utilizado es el CIADI.⁹⁵

Arbitraje Institucional

El arbitraje institucional al que se hace referencia en la gran mayoría de los tratados suscritos en América Latina y Estados Unidos, es el administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el Convenio de Washington de 1965 por iniciativa del Banco de Reconstrucción de Fomento (Banco Mundial), convenio que fue remitido para la aprobación de varios Estados y del cual el Ecuador es parte⁹⁶, y cuyo fin fue fundar un centro de arbitraje y conciliación para la resolución de diferencias surgidas entre el inversor y el Estado.

Las reglas ordinarias del CIADI son aplicadas cuando tanto el Estado al que pertenece el inversionista como el Estado receptor son partes del Convenio; y, las Reglas del Mecanismo Complementario son utilizadas cuando una de las partes no es suscriptora del Convenio y por lo tanto no reúne los requisitos para someterse a las reglas ordinarias del Centro. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo es otro de los centros de solución de controversias, creado en 1917 y ratificado en 1970 por Estados Unidos y Rusia como un centro neutral de arreglo de

⁹⁵ UNCTAD (2003) Op. Cit., p. 5. Ver anexo 2.

⁹⁶ El Ecuador suscribió este Convenio del CIADI el 15 de enero de 1986, aprobado por el Congreso Nacional mediante Resolución Legislativa No. R-22-053 del 7 de febrero del 2001 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1417-B, publicado en el Registro Oficial No. 309 de 19 de abril del 2001. Actualmente son parte del Convenio 154 países. Ver anexo 2 de estados parte del Convenio

disputas comerciales entre el occidente y oriente, categoría que ha conservado históricamente, no obstante desde el 1 de enero del 2007 el Instituto ha adoptado nuevas reglas para el arbitraje, con el fin de que esta sea accesible a más Estados.⁹⁷ La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que también se ha constituido como un centro de solución de diferencias comerciales, que se creó en 1923.⁹⁸

La diferencia entre el CIADI con los demás centros de arbitraje internacional radica principalmente en que las reglas del CIADI constituyen el sistema institucional exclusivo para el arreglo de diferencias entre el inversionista – Estado, mientras que los demás centros se han caracterizado por conocer principalmente litigios empresariales en el ámbito comercial, y aunque su campo de acción en estos últimos años se han estado dirigiendo cada vez más a resolver controversias entre Estado-inversionista, las reglas del centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y de la Cámara de Comercio Internacional son menos frecuentes, ya que actualmente existen aproximadamente 1500 tratados bilaterales que contemplan como solución de las controversias el Arbitraje administrado por el CIADI, sea bajo las reglas ordinarias o el mecanismo complementario.⁹⁹ Es necesario aclarar que las reglas más usadas en el CIADI han sido las de UNCITRAL, que pueden ser usadas tanto para el arbitraje institucional como el arbitraje ad hoc y se caracteriza por tener un procedimiento sencillo.

⁹⁷ Hasta la fecha el Instituto de la SCC ha expandido sus servicios de arbitraje internacional a más de 40 países de Europa occidental, Europa oriental, Rusia, Asia y Estados Unidos. Para mayor información sobre estadísticas, arbitrajes resueltos y normas véase la página web de la Institución: www.sccinstitute.com

⁹⁸ En América Latina las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI son poco usadas, no obstante han sido aplicadas en algunos tratados de Cuba. Además se ha incluido en TBIs del Reino Unido y se estableció en el proceso de negociación del AMI como centro para resolver las disputas.

⁹⁹FRUTOS-PETERSON, Claudia, El Ciadi y los Tratados Bilaterales de Inversión, Consejero Jurídico del CIADI, Washington D.C., 2005, p.7.

Arbitraje ad-Hoc

En lo que respecta al arbitraje ad-hoc, los TBIs por lo general incluyen al procedimiento establecido en el Reglamento Arbitral de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL; y, en menor frecuencia a las reglas de la Corte Permanente de Arbitraje, que es el tribunal más antiguo para la resolución de controversias en el ámbito internacional, establecido en 1899.

Aunque ambas reglas mantienen un contenido y estructura similares; ya que la Corte Permanente de Arbitraje modificó sus reglas en base a las reglas de Arbitraje UNCITRAL de 1976 y las reglas de conciliación UNCITRAL de 1980; por un lado las reglas de arbitraje UNCITRAL tienen como principal objetivo armonizar las reglas usadas en el arbitraje comercial, suministrando un procedimiento general y opcional para la conducción del arbitraje; y, la Corte Permanente de Arbitraje que ha producido las Reglas Opcionales para Arbitrar Disputas entre dos Partes en la que solo una es Estado, si bien es cierto provee una estructura para conducir el arbitraje con la asistencia de un Bureau Internacional de la Corte, esta es de carácter voluntaria, y el bureau actúa únicamente como una estructura de ayuda administrativa, siendo así las reglas normas simples de procedimiento que guían a las partes, mas no un sistema institucional de arbitraje.¹⁰⁰

Se debe precisar que el Arbitraje Ad-Hoc constituye una forma particular de administrar justicia, ya que el procedimiento es diseñado por las partes, de modo que el lugar de arbitraje es de libre elección y la conformación de tribunal es voluntaria con la elección de árbitros vinculados a las partes quienes libremente seleccionan el tercero. Este tipo de arbitraje es esencialmente informal ya que se elige para un juicio

¹⁰⁰ UNCTAD (2003), Op. Cit, p.35

determinado fuera del ámbito institucional, por lo que no tienen ningún tipo de registro, siendo muy difícil llevar una estadística de los mismos, lo que a su vez genera desconfianza en este tipo de procesos.

Al respecto de estas dos formas de arbitraje, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN, en su capítulo sobre inversiones, artículo 2001 combina el arbitraje institucional y el ad-hoc, cuyos conflictos se deben resolver de conformidad con las reglas estipuladas en dicha disposición.¹⁰¹ De esta manera, el Capítulo XI desde su existencia en 1993, ha servido como instrumento jurídico base para el desarrollo de posteriores TBIs, convirtiéndose en uno de los textos más influyentes a nivel mundial,¹⁰² a pesar de que no han existido mayores reformas en las reglas de solución de controversias.

En el capítulo I, al analizar las normas de tratamiento de la inversión se pudo establecer como su carácter general abre la posibilidad a ciertos abusos e interpretaciones extensivas de las partes, lo mismo puede revelarse en las reglas procesales empleadas en los procedimientos arbitrales.

2.3 Deficiencias de las Reglas aplicadas al Arbitraje Inversionista-Estado.

Es preciso señalar que las deficiencias en las reglas que se aplican al arbitraje inversionista – Estado tienen que ver con el carácter privado de las mismas, ya que éstas en un comienzo fueron originadas para resolver conflictos estrictamente comerciales

¹⁰¹ Las reglas a saber son: (1) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, siempre que ambas Partes sean partes en dicho Convenio; o (2) El Mecanismo Complementario del Centro, cuando una de las Partes no fuere parte del Convenio; o (3) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o (4) Las reglas aplicables al derecho internacional y las interpretaciones que el TLCAN haga en la Comisión de Libre Comercio.

¹⁰² Los TBIs que Ecuador ha firmado aceptan someter sus diferencias al Arbitraje Internacional, las partes pueden escoger las Reglas del CIADI, del Mecanismo Complementario del CIADI, o las reglas del CNUDMI, a excepción del TBI suscrito con Cuba (que no es parte del Convenio de Washington), donde se establece únicamente las reglas del CNUDMI para el arbitraje internacional.

entre empresas particulares, quienes buscaron un sistema de justicia autónomo de carácter privado que les permitiera en el menor tiempo posible superar sus diferencias. Estas mismas reglas están siendo utilizadas cada vez más en conflictos surgidos entre el inversionista y el Estado, con implicaciones mayores ya que comprenden intereses en muchos casos políticos y sociales cuya tutela es obligación del Estado y que indudablemente no se limita al interés meramente comercial de las controversias.

En este trabajo se han observado deficiencias que tienen que ver con la falta de transparencia en los procesos, la ambigua selección de árbitros, la multiplicidad de foros e imposibilidad de consolidación de causas que serán analizadas a continuación.

2.3.1 Falta de transparencia y apertura

El sinnúmero de reglas arbitrales existentes no consideran dentro de sus articulados la transparencia y acceso público de la información de los procesos que los Centros de Arbitraje manejan, precisamente porque tienen como antecedentes reglas de arbitraje comercial privado.

En la actualidad, ningún centro de arbitraje internacional señalado en este trabajo a excepción del CIADI, que cuenta con una base de datos publicada en su página web; tienen un registro de información de casos arbitrales, ciertamente ni la Cámara de Comercio Internacional, ni la Cámara de Comercio Estocolmo, ni la Secretaría del CNUDMI¹⁰³ llevan un registro de las demandas presentadas y los procesos resueltos; y en el tema del acceso público a los procesos, ninguno de estos centros permite conocer la situación de las causas ni los documentos que se incorporan a éstas. En efecto sus

¹⁰³ En el caso de la Secretaría de la CNUDMI, esta no tiene base de datos ni informes de las demandas que se han iniciado en base al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, puesto que sus reglas de arbitraje son especiales y pueden realizarse en cualquier parte del mundo sin la colaboración de la Secretaría.

reglas de arbitraje han consentido que un gran número de procesos sigan siendo inhibidos al público, lo que imposibilita la intervención de *amicus curiae*, que implica el derecho de comparecencia de terceros interesados en los juicios arbitrales, para lo cual se requiere la autorización expresa de las partes litigantes, pese a tratarse de conflictos surgidos de concesiones públicas.¹⁰⁴

La problemática en la transparencia y apertura también se presenta en la falta de publicación de muchos de los laudos arbitrales, cuyos procesos se han realizado en un ambiente de absoluta confidencialidad y únicamente las partes pueden autorizar su divulgación.¹⁰⁵ Sin embargo muchos de estos laudos han sido considerados por los tribunales arbitrales en sus motivaciones como orientación previa a resolver nuevos casos,¹⁰⁶ contrariamente al principio de que dichas decisiones no son vinculantes a terceros sino únicamente para las partes involucradas en el litigio, lo que refleja un evidentemente desequilibrio de información pública; pues mientras que los estados anfitriones no conocen ni el alcance completo de los compromisos contraídos en los TBIs; quienes asumen la defensa en los conflictos, importantes bufetes de abogados especializados en la rama, tienen mayor acceso a la información de las decisiones arbitrales a través de vínculos formales e informales.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Si bien es cierto que el CIADI ha introducido algunas reformas a sus Reglas, en su artículo 37 y artículo 41 de las Reglas Complementarias, mediante las cuales se faculta al tribunal para acoger recursos de terceros o permitirles intervenir en las audiencias públicas, sin necesidad de contar con el consentimiento de las partes, se deviene de imposible ejercer este derecho cuando no se tiene acceso público al proceso; y además no se establece nada respecto del acceso a documentos. UNCTAD (2005), Op. Cit., p. 56

¹⁰⁵ El Reglamento del CIADI en el numeral (4) de su regla 48 indica que no se podrá publicar el laudo sin consentimiento de las partes, sin embargo de lo cual el Centro podrá publicar extractos de las normas jurídicas aplicadas por el tribunal. El Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, aplicado desde 1 de enero del 2007, en su artículo 46 establece que el Tribunal conducirá el procedimiento con absoluta confidencialidad.

¹⁰⁶ Véase el caso CIADI/ARB/AF/97/1 Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos, en este proceso se toma como referencia a varios laudos arbitrales entre ellos: *Biloune, et al. v. Ghana Investment Centre, et al.*, 95 I.L.R. 183, 207-10, (1993), *Benvenuti y Bonfant Srl c. el Gobierno de la República del Congo*, 1 ICSID Reports 330; 21 I.L.M. 758; *AGIP SPA c. el Gobierno de la República del Congo*, 1 ICSID Reports 306; 21 I.L.M. 737, *Sola Tiles, Inc. c. Irán (1987)* (14 Iran-U.S. C.T.R. 224, 240-42; 83 I.L.R. 460, 480-81), véase también el caso LCIA UN3481 Encana Corporation c. República del Ecuador, se tomó como referencia Occidental Exploration and Petroleum Company c. República del Ecuador CASO LCIA UN3467.

¹⁰⁷ IISD (2004), Op. Cit., p. 7. En este mismo documento los autores hacen notar como un conocido bufete de abogados de Washington ostenta en su página web el haber obtenido un laudo arbitral a favor de una empresa petrolera contra Kazajistán en base al TBI Kazajistán –EEUU, laudo que no ha sido publicado por convenio de confidencialidad entre las partes, sin embargo puede ser utilizado en la defensa de otros casos, únicamente por quienes tiene acceso al mismo. Muchas veces los estados anfitriones tienen que recurrir al asesoramiento de estos bufetes internacionales que pertenecen al mismo país de donde proviene la inversión.

Ahora bien, el tema de la confidencialidad de los procesos y laudos en general tiene como interés subyacente el eludir a las responsabilidades fiscales, a la publicación de procesos de fabricación o para mantener cualquier secreto que interese a las partes,¹⁰⁸ lo que perjudica al interés público y estatal en cuanto al conocimiento de antecedentes casuísticos y contraría normas universales de acceso a información.

Existen varios mecanismos necesarios para que exista transparencia del proceso:

- (1) La publicación de la notificación de intención del inversionista de someter la controversia a arbitraje y el aviso de iniciación del proceso;
- (2) La publicación de todos los argumentos presentados en el tribunal;
- (3) La publicación de los laudos y decisiones del tribunal;
- (4) Acceso del público a las audiencias arbitrales;
- (5) El permitir comparecer como amigo del tribunal, *amicus curiae*, en el proceso arbitral y poder alegar.¹⁰⁹ Estos mecanismos no han sido aplicados en ningún centro, puesto que para ello debe reformarse las reglas procesales.

Es importante reconocer sin embargo, que en el contexto del TLCAN se están publicando sistemáticamente en sitios web auspiciados por los gobiernos declaraciones conjuntas de orientación para los tribunales arbitrales que permitan tener niveles de conocimiento general sobre el arbitraje internacional y orientaciones similares en cuanto a las peticiones de terceros no vinculados a comparecer en los procedimientos de arbitraje. Al respecto un tribunal establecido en el marco del TLCAN aceptó la intervención *amicus curiae*, presentada por el Instituto Internacional para el Desarrollo

¹⁰⁸ SIERRALATA RIOS, Aníbal, Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional, Editorial Temis S.A., Tercera Edición, Bogotá, 1998 p. 61,62. Sobre este tema el autor del libro es mucho más duro al afirmar que la cláusula arbitral permite escapar a la ley, ya que los árbitros pueden decidir en equidad en cuyo caso no necesitan fundamentar su laudo, y en caso de fallar en derecho las partes podrán sólo publicar las partes dispositivas del laudo, a fin de huir a las responsabilidades tributarias o fiscales.

¹⁰⁹ IISD (2004), Inversiones y Desarrollo Sustentable, Canadá, www.iisd.org, p. 4-5

Sustentable (IISD) y otras ONGs en el caso de Methanex c. Estados Unidos de América¹¹⁰, sentando un precedente que permite no sólo una mejor normativa procesal sino la participación ciudadana, considerando que muchas de las controversias se han originado en promulgaciones de políticas públicas.¹¹¹

Estas iniciativas no dejan de ser pequeños pasos hacia una mayor apertura y transparencia en el manejo de los casos, no obstante dado el creciente número de AII, es recomendable que exista una base de datos sobre los arbitrajes internacionales, por lo menos de los institucionales. En la apertura procesal debe considerarse además la revelación de alegatos, doctrinas y laudos similares que se pronuncien en audiencia de arbitrajes abiertas al público, estipulaciones que sin duda son difíciles de incorporar en los AII ya existentes, pero que pueden ser negociadas en futuros acuerdos.

2.3.2 Multiplicidad de procesos arbitrales e imposibilidad de su consolidación

La diversidad de los foros para resolver los conflictos de inversión, conjuntamente con la entrada en vigor de tratados bilaterales de inversión y la estrategia de los inversionistas, quienes crean sociedades locales¹¹² o en terceros países para viabilizar su inversión, han permitido que el inversionista pueda escoger el foro más conveniente para resolver dichas diferencias.

Esto ha originado que los Estados sean objeto de múltiples demandas planteadas ante distintos centros de arbitraje, referentes a un mismo conflicto legal, y que han

¹¹⁰ www.iisd.org/pdf/2003/trade_methanex_background.pdf

¹¹¹ Los EE.UU., también ha seguido esta tendencia y a reformado su modelo de TBI, en el cual se han introducido principios básicos de acceso a información de los procesos arbitrales, disponiendo la publicación obligatoria de documentos, audiencias públicas y el derecho de terceras partes a solicitar el permiso para intervenir como *amicus curiae*. Estas disposiciones a la transparencia se había aplicado con anterioridad en los tratados de inversión y de libre comercio suscritos con países como Chile, Singapur y cinco Estados centroamericanos, donde se suprime las condiciones de confidencialidad.

¹¹² Sobre el tema de las sociedades locales véase el trabajo de Javier Diez – Hochleitner titulado “El arbitraje Internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS”, 11-2005, en su página 52 donde se refiere a que los APPRIS (Acuerdos de promoción y protección recíprocas de inversiones) y por ende el mecanismo de arreglo de diferencias previstos en estos se extienden a las inversiones realizadas a través de las sociedades locales.

tenido diferentes resultados,¹¹³ generando un problema de seguridad jurídica en el contexto internacional. Esta situación se debe a tres motivos: el primero es que los TBI protegen y garantizan la inversión de un número indefinido de personas jurídicas, que a su vez están conformadas por otras entidades jurídicas o por personas naturales que pueden ser de diferentes nacionalidades, quienes además eligen los métodos alternativos de solución de conflictos como se explicó anteriormente; por ende cualquier conflicto puede derivar en un sinnúmero de demandas arbitrales independientes e inconexas por parte de los inversionistas que se sienten afectados; en segundo lugar, la tendencia jurisprudencial (que en ese caso si es vinculante para los inversionistas), es la admisión de varias demandas y reclamos indirectos por parte de socios de compañías afectadas por las medidas estatales;¹¹⁴ y en tercer lugar, la falta en la mayoría de los tratados de una cláusula de acumulación y consolidación de causas originadas por una misma controversia en un solo tribunal, que logre evitar laudos contradictorios¹¹⁵.

El riesgo de procedimientos simultáneos y relacionados se presenta también cuando en base a la cláusula “bifurcación en el camino” se prosiguen al mismo tiempo un juicio ante tribunales nacionales y un procedimiento de arbitraje internacional sobre un mismo conflicto.

¹¹³ Así por ejemplo el caso de Lauder contra la República Checa, que se refería a la interferencia en el negocio de televisión en el cual se iniciaron dos procesos por separado y sobre la base de dos TBI diferentes, sobre la misma materia, en el primer caso: Ronald S. Lauder v. República Checa, UNCITRAL, desarrollado en Londres, Final Award , 3 de septiembre del 2001, basado en el TBI Estados Unidos y República Checa, el tribunal arbitral negó la demanda. En el segundo caso CME República Checa v. República Checa, UNCITRAL, desarrollado en Estocolmo, Partial Award, 13 de septiembre del 2001 basado en el TBI Países Bajos y República Checa TBI el tribunal ordena a la República Checa el pago de más de trescientos millones de dólares, posteriormente se presentó el recurso de nulidad el cual fue denegado: República Checa v. CME República Checa B.V., Corte de Apelaciones. Estocolmo, Suecia, Caso No. T-8735-01 (42 International Legal Materials 919 (2003). Sacado de Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review, UNCTAD (2005), Op. Cit., p. 17. Estos laudos se hallan publicados en el sitio web: www.investmentclaims.com.

¹¹⁴ SUAREZ ANZORENA, Ignacio, Acumulación de Arbitrajes bajos los Tratados Bilaterales de Inversión, Grupo de Arbitraje Internacional, Clifford Chance, LLP, Londres, www.limaarbitration.net, p. 114. Estados Unidos ha reformado su TBI, y siguiendo las tendencias actuales a establecido la acumulación de las causas arbitrales en su nuevo modelo, el que ha sido aplicado en el TBI suscrito entre Estados Unidos y Uruguay.

¹¹⁵ A más del caso Lauder contra la República Checa, existe dos casos que fueron demandados contra Argentina por la Ley de Emergencia que llevó a renegociar todos los contratos en el área de petróleo y gas, CMS Gas Transmisión Company c. República de Argentina CASO CIADI No. ARB/01/8; LG&E Energy Corp.; LG&E Capital Corp.; y, LG&E Internacional Inc. c. República Argentina CASO CIADI No. ARB/02/1 ambas empresas dedicadas a la distribución de gas y cuyos laudos han sido contradictorios. Ambos laudos están publicados en www.investmentclaims.com.

La acumulación de los procedimientos arbitrales en el tema de inversiones¹¹⁶, se hace necesaria no sólo para evitar la coexistencia de laudos arbitrales incompatibles como se indicó anteriormente, sino además para lograr el principio de economía procesal para una eficiente administración de justicia. Cabe destacar que debido a estos antecedentes, el Capítulo 11 del TLCAN, en su artículo 1126¹¹⁷ contempla la posibilidad de consolidar los procedimientos arbitrales referentes a un mismo conflicto. Este mecanismo de acumulación pudo ser puesto en práctica a partir del año 2005, después de diez años de entrada en vigencia del Tratado.¹¹⁸ Aparte de las disposiciones del TLCAN, la extensa práctica arbitral refleja la insuficiente normativa referente a la acumulación de procesos arbitrales, que ponen en evidencia el riesgo de que los sistemas de resolución de controversias sigan emitiendo criterios contradictorios sobre conflictos originados por un mismo hecho o derecho.

2.3.3 Falencias en los mecanismos de designación de árbitros

Los problemas contemplados en los mecanismos para designar a los árbitros son diferentes a los problemas que acarrea la justicia ordinaria en cuanto a la designación de sus jueces. En efecto el procedimiento de selección de árbitros dentro de un proceso arbitral establece la posibilidad de que sean las partes litigantes quienes designen unilateralmente a uno de los árbitros y que entre los dos designados se nombre a un

¹¹⁶ La acumulación de procedimientos de arbitraje conexos es una institución existente en la doctrina y reglas del arbitraje comercial internacional (de carácter privado), donde es necesario el acuerdo de las partes para poder realizarla.

¹¹⁷ En dicho artículo se establece la posibilidad de que un tribunal constituido de conformidad con dicho artículo, una vez consideradas si las demandas se refieren a cuestiones comunes sean de hecho o de derecho y habiendo escuchado a las partes; ordene asumir la competencia y resolver todas o parte de las reclamaciones de forma conjunta o asumir la competencia y resolver una o más reclamaciones y sobre esta base se oriente para resolver las demás reclamaciones.

¹¹⁸ Así el año 2005 se notaron los esfuerzos por consolidar casos importantes en el TLCAN: *Canfor Corp. V. United States of América*; *Terminal Forest Products Ltd. v. United States of América*; y, *Tembec Inc. Et al. V. United States of América*. De la misma manera varios casos de Argentina fueron acumulados: tres casos sobre compañías de servicios sanitarios que fueron *Aguas Argentinas et al v. Argentina*, *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina* y *Aguas Cordobesas S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentina*; y, tres casos de compañías petroleras: *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. Argentina*, *El Paso Energy International Company v. Argentina* y *BP America Production Company et al v. Argentina*.

tercero imparcial con el cual se conformará el tribunal¹¹⁹, de allí se origina lo que la doctrina ha llamado “árbitro parte” cuya selección se debe a múltiples causas y razones que van desde el nivel académico, profesional o político, pero siempre afín a la tendencia de la parte que lo nombra, efectivamente el nombramiento por parte de los litigantes de “su” propio árbitro es uno de los pasos estratégicos y necesarios más decisivos y determinantes del éxito de un procedimiento arbitral.¹²⁰

Según las reglas arbitrales la nominación no debería afectar la imparcialidad del árbitro al momento de tomar una resolución; así mismo se entiende que las partes se atienen y sujetan a sus decisiones, empero existe preocupación de la comunidad internacional en cuanto a que el árbitro sea susceptible de presión de la parte nominadora o a su vez no cumpla con los requisitos de imparcialidad e independencia¹²¹. En efecto el método de designación puede desfigurar la naturaleza neutral del árbitro quien más bien de ser un tercero llamado a resolver el conflicto puede convertirse en un mandatario de la parte,¹²² lo que puede pérdida de eficacia del laudo¹²³.

Este tema ha sido considerado por varios estudiosos, M. Sornarajah al respecto expone varias dudas:

¹¹⁹ El Convenio del Ciadi en su artículo 37 establece la constitución del Tribunal el cual será nombrado según lo acuerden las partes en concordancia con la regla 3 del procedimiento.

¹²⁰ Véase el análisis realizado por GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, “Independencia, Imparcialidad y apariencia de imparcialidad en los árbitros”, publicación en PDF, UNAM, México, p. 459, disponible en el sitio web: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf, el autor indica en este trabajo que “La posibilidad de designar a uno de los tomadores de decisiones es de gran trascendencia. Sin embargo, la designación de un árbitro puede, para entender, equipararse la facultad de elegir a un amo: una vez designado, se estará sujeto a sus determinaciones.”

¹²¹ Respecto de éstos dos términos, se califica de *independiente* a un árbitro que carece de vínculos “próximos, sustanciales, recientes y probados” y la *imparcialidad* es un criterio subjetivo, que se refiere a la ausencia de preferencia del árbitro, pero difícil de probar ya que se refiere al “estado mental del árbitro”, GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, “Independencia, Imparcialidad y apariencia de imparcialidad en los árbitros”, Op. Cit., p. 460.

¹²² ROMERO SEGUEL, Alejandro, La Independencia e Imparcialidad en la Justicia Arbitral, Universidad de los Andes, p. 5, trabajo disponible en www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/Recusacion_Arbitros_Alejandro_Romero.doc

¹²³ Sobre este tema el mismo autor Alejandro Romero anota como referencia un caso en el cual la Corte de Apelaciones de Roma, en sentencia de 21 de julio de 1997, no aceptó el cumplimiento de un laudo arbitral pronunciado por el *engineer*, nominado unilateralmente por una de las partes en un contrato de concesión internacional para construcción de obra. El comentario de la sentencia se la halla en PATRONI GRIFFI, Ugo, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Milán: Giuffrè, 1998, pp. 825-835.

“Su preocupación por los valores de la comunidad internacional es más débil que su preocupación por las obligaciones contractuales y por asegurar su próximo nombramiento en un tribunal sobre la base de sus muestras de probidad comercial y lealtad con los valores de las empresas multinacionales.”¹²⁴

De la misma manera Bishop y Reed manifiestan que:

“La capacidad de nombrar a uno de los encargados de adoptar las decisiones es un aspecto definitorio del sistema arbitral y ofrece un instrumento potente cuando una parte lo utiliza con habilidad. Es también evidente que una parte procurará seleccionar a un árbitro que tenga alguna inclinación o predisposición favorable a su posición en el caso, como la de compartir referentes jurídicos o culturales u opiniones doctrinales que, casualmente, coincidirán con los argumentos de una parte.”¹²⁵

En este contexto las diferentes reglas de arbitraje han tratado de estipular como un requerimiento de los árbitros la independencia; en ese sentido el artículo 7 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional establece que todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje. El artículo 14 del Convenio del CIADI indica que los árbitros deben contar con consideración moral, competencia e imparcialidad.¹²⁶

No obstante la normativa no siempre refleja la práctica, ya que por ejemplo en el caso *Amco Asia Corporation v. República de Indonesia*, la parte demandada presentó la recusación de un árbitro para apartarlo del conocimiento de la causa, por haber dado consultoría fiscal al demandante, por lo que no cumplía con los requisitos del artículo 14 del Convenio del CIADI, esta petición fue rechazada por ser considerada intrascendente en la controversia.¹²⁷ En el caso arbitral *Holiday Inns v. Morocco*, el árbitro de la parte

¹²⁴ SORNARAJAH, M, *The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment*, the Simon Reisman Lecture in International Trade Policy, en *10 Canadian Foreign Policy*, No. 2 (winter 2003), p 2,10, sacado de IISD (2004), Op. Cit., p. 6

¹²⁵ BISHOP Doak y REED Lucy, *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party – Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 14, No. 4, 1998, disponible en el sitio web www.kslaw.com/library/pdf/bishop4.pdf, sacado de IISD (2004), Op. Cit., p. 6

¹²⁶ Art. 14 CIADI: “(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, 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. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros”.

¹²⁷ *Amco Asia Corporation y otros v. Republica de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/8171., esta demanda de recusación fue rechazada por ser considerada intrascendente en la controversia.

demandante tuvo que renunciar, al divulgar que cuatro años antes había prestado sus servicios en dicha empresa.¹²⁸

Existe una preocupación adicional, y es que muchos de los árbitros trabajan como abogados en libre ejercicio, por lo que pueden dar criterios o estrategias de defensa a su cliente, que a la vez generan conflictos de intereses.

En la actualidad se ha considerado la creación de un Colegio Internacional de Árbitros que puedan dirimir en conflictos internacionales sin tener vínculo alguno con los litigantes, y a su vez puedan elegir del cuerpo colegiado el tercer árbitro seleccionado, constituyendo un tribunal más cercano a la imparcialidad e independencia, pero esto puede ser posible únicamente a través del sorteo, siempre que las partes renuncien al derecho de elegir su árbitro, lo cual se dificulta debido a que la eficacia del laudo depende de la designación de un árbitro afín.¹²⁹

Todas las reglas aquí expuestas son aplicadas en el arbitraje ad-hoc como el arbitraje institucional, y en este último el CIADI como centro especializado para las controversias Estado – inversionista, establece un elemento adicional de sus procesos que es el tema de la jurisdicción, que también ha sido cuestionada ampliamente por los Estados, ya que siendo una especie de filtro o garantía procesal para que el sistema no sea utilizado para otros fines, muchas veces ha sido pasada por alto.

¹²⁸ Holiday Inns S.A. v. Moroco, Caso CIADI No. ARB/72/1

¹²⁹ Es conocido que en el arbitraje internacional, las partes previo a designar un árbitro realizan la entrevista correspondiente con el fin de analizar su posición. González de Cossio en su trabajo además apunta otros factores a analizarse en la designación de un árbitro: 1) Relaciones de negocios con la empresa en ocasiones anteriores; 2) relaciones familiares endebles con una de las partes o sus representantes; 3) amistad con una de las partes o sus representantes; 4) filiaciones entre despachos, 5) compartir oficinas entre abogados no asociados entre ellos; 6) servicios en otros arbitrajes. Este mismo análisis lo hacen Doak Bishop y Lucy Reed en Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Parry – Appointed Arbitrators in International Commercial, Op. Cit., 407-423.

2.4 Jurisdicción del CIADI

El elemento jurisdiccional del CIADI es un elemento central en la solución de los conflictos entre el Estado e inversor extranjero; el ámbito de aplicación del Convenio de Washington y su Reglamento se asienta en tres requisitos: que el conflicto sea sobre inversiones (*rationae materiae*); legitimidad de personería (*rationae personae*); y consentimiento (*rationae voluntatis*)

2.4.1 Rationae materiae

El artículo 25 de la Convención establece que el CIADI tiene jurisdicción para conocer todo tipo de conflicto originado de forma directa de una inversión, producida entre el inversionista y el Estado receptor.

Partiendo del concepto de inversión, las controversias en relación a la materia realmente incluyen todo tipo de bienes, activos, de propiedad de bienes muebles e inmuebles y múltiples derechos reales sean por acciones, partes sociales y derechos de propiedad industrial e intelectual, e inclusive se pueden considerar inversiones por materia a los permisos de operación, prospección, exploración y explotación de recursos naturales.

Los distintos laudos demuestran la gran flexibilidad de los tribunales al momento de interpretar el alcance del término inversión y para determinar cuando una controversia se vincula directamente con la IED. Una controversia común se da en los casos de préstamos alegados como inversiones.¹³⁰ El desafío principal es poder

¹³⁰ El arbitraje entre la compañía Fedax NV c. la República de Venezuela, el gobierno venezolano cuestionó la jurisdicción del tribunal arbitral, porque la diferencia radicaba en seis pagarés, acreencia de Fedax, y que para Venezuela no constituía inversión y no se hallaba puntualizado en el acuerdo de promoción y protección recíproca suscrito con los Países Bajos. El tribunal concluyó que el pagaré a pesar de ser un título de crédito no cumplía con el concepto de inversión extranjera directa; este criterio fue reiterado

distinguir entre los actos que son relativos a la inversión y aquellos que no lo son, para permitir que el tribunal pueda asumir el conocimiento del caso. Los préstamos se deben considerar inversión cuando se vinculan directamente con ello.

2.4.2 Rationae Personae

Este principio determina que los legítimos contradictores deban tener distinta nacionalidad. De conformidad con el artículo 25 de la Convención, el inversionista puede ser una persona natural o jurídica que cumpla con los siguientes requisitos: 1) Debe ser nacional de un Estado contratante distinto al Estado receptor de la inversión; 2) Debe tener la condición de extranjero; y, 3) Su nación de origen de ser parte de la Convención del CIADI. Se debe considerar que en cuanto a la persona natural como inversora no existen conflictos por su nacionalidad; pero en lo referente a la persona jurídica generalmente constituida con paquetes accionarios se presentan casos de conflictos de nacionalidad a la hora de litigar.¹³¹ Ahora bien, es necesario que en los contratos de inversión extranjera celebrados entre el inversionista y el Estado parte, se establezca la nacionalidad de cada una de las partes, en cuyo caso este particular deja de ser punto de controversia, y las partes no pueden alegar a posteriori una nacionalidad distinta a la declarada en el contrato.

En cuanto al Estado contratante, la ratificación del Convenio del CIADI se extiende a las diferentes subdivisiones políticas, organismos autónomos, estados federados, provincias u organismos gubernamentales que lo conforman y responde por

por el Tribunal en el caso *Ceskoslovenska Obchodni Banka A.S. c. República Eslovaca*, quien consideró que el préstamo no es una inversión.

¹³¹ En el caso *Tokios Tokelés c. Ucrania*, el Tribunal rechazó el criterio de Ucrania quien manifestaba que la compañía Tokios Tokelés era ucraniana y no extranjera, a pesar de ser una sociedad constituida en Lituania ya que tenía el 99% de accionistas ucranianos. El tribunal consideró la compañía era lituana y no ucraniana.

sus obligaciones, esta declaración estatal se denomina *locus standi*,¹³² concibiéndose al Estado como un ente unitario, que tiene una división política de orden interno para su organización y administración, pero siempre responde como un todo.

2.4.3 Rationae voluntatis o Consentimiento a la jurisdicción del CIADI

El CIADI es una institución particularmente diseñada para resolver las diferencias entre inversionistas y el Estado, su mecanismo de solución de controversias es de carácter voluntario, siendo fundamental el consentimiento de las partes para someter las diferencias a dicho Centro, el que una vez otorgado no puede ser revocado unilateralmente, conforme lo establece el artículo 25.1 del Convenio.

Existen distintas vías para acceder al arbitraje, que no sólo se encuentran en el texto del Convenio de Washington, sino que además nacen del tenor literal de varios laudos del CIADI en cuyas motivaciones se afirma que no se requiere que el consentimiento de ambas partes sea expresado en un único instrumento; así por ejemplo tenemos el caso de *Tradex Hellas S.A. v. República de Albania* que en su introducción dice: “... el Convenio no requiere que el consentimiento de ambas partes sea expresado en un único instrumento”¹³³, de la misma forma el caso *Amco Asia v. República de Indonesia* indica que: “...mientras el consentimiento por escrito al arbitraje CIADI es indispensable desde que éste es requerido por el art. 25.1 del Convenio, tal consentimiento por escrito no tiene porqué ser expresado en una solemne, ritual y única formulación. Mientras el acuerdo de inversión sea dado por escrito, satisface la interpretación de buena fe de que las partes acordaron el arbitraje CIADI, en orden a

¹³² El *locus standi* ha sido aceptado por Australia, Ecuador, Guinea, Kenia, Madagascar, Nigeria, Perú, Portugal, Sudán y el Reino Unido.

¹³³ Caso CIADI No. ARB/94/2

que el tribunal CIADI tenga jurisdicción sobre dicha controversia.”¹³⁴ Otro caso es el de *Antoine Goetz and other v. República de Burundi*¹³⁵, en donde se afirma: “... el Convenio no exige que el consentimiento de las partes sea expresado en el mismo acto jurídico”¹³⁶, esto significa que el consentimiento se lo da en el Convenio de Washington, en un AII sea TBI o TLC, en un contrato administrativo mediante cláusula compromisoria de arbitraje suscrito entre el inversionista y el Estado e inclusive puede surgir del intercambio epistolar de las partes de un conflicto¹³⁷. Cabe señalar que el consentimiento puede estar expresado en uno o más de estos instrumentos, pero debe ser expresado antes o después de originada la controversia, y el documento debe hallarse vigente. Este particular aunque parezca lógico es necesario aclararlo ya que puede darse el caso de que la controversia fuera originada con anterioridad a la entrada en vigencia del AII.¹³⁸

Se entiende por lo demás que el consentimiento a la jurisdicción arbitral del CIADI debe estar por escrito¹³⁹, ya que es un consentimiento de ambas partes y de esta condición se establece que el vínculo contractual puede tener tres vías de distinto signo, la legislativa, la convencional o la contractual. Por legislativa tenemos todas las normas internas y externas que aceptan el arbitraje como un modo de superar las diferencias; la vía convencional que se basa en lo dispuesto en los tratados de inversión que establecen que el arbitraje es un método de solución de conflictos; y, la vía contractual que es el documento privado suscrito entre el inversor y el Estado. Además existen notas

¹³⁴ *Amco Asia Corporation y otros v. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/8171

¹³⁵ Caso CIADI Case No. ARB/01/2

¹³⁶ JIMENEZ, Sonia, *Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI*, DECITA, *Derecho del Comercio Internacional, Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires, p.119, 120

¹³⁷ A pesar de que los casos en los cuales las partes ya en conflicto han decidido someter sus diferencias al arbitraje son pocos, por ejemplo el caso de *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. Costa Rica*; el caso *Misima Mines Pty. Ltda. vs. Papua Nueva Guinea* o el caso *Swiss Aluminium Ltd. e Icelandic Aluminium Co. Vs. Islandia*.

¹³⁸ Así por ejemplo en el caso *Luchetti vs. Perú*, el tribunal se declaró incompetente para conocer la demanda arbitral ya que el TBI suscrito entre Perú y Chile, en el cual el estado peruano daba su consentimiento a la jurisdicción del CIADI había entrado en vigencia con posterioridad al conflicto, y en dicho Tratado se había excluido las controversias surgidas antes de la suscripción del dicho documento. Caso CIADI No. ARB/03/04

¹³⁹ En el arbitraje se acostumbra las aceptaciones epistolares para el trámite, es decir el canje de cartas que determine la voluntad de las partes de someterse a un procedimiento de arbitraje.

comunes entre las distintas vías de acceso y la formalización del consentimiento, no obstante el requisito más importante es el Convenio de Washington y la ratificación de los Estados partes.

El consentimiento estatal para la jurisdicción CIADI muchas veces se halla añadida en la legislación interna en materia de inversiones por ser parte de los acuerdos de protección recíproca de inversiones, en la cual se requiere que el Estado aunque haya suscrito y ratificado un acuerdo internacional debe dar nuevamente su consentimiento como condición sine qua non para acceder al Centro. De este nuevo consentimiento se desprenden tres consentimientos consecutivos que son: (1) El prestado a la suscripción y ratificación del Convenio de CIADI, que es el primero y condicionado consentimiento puramente estatal; (2) El presentado a la firma de suscripción y ratificación del Acuerdo Internacional de protección de la inversiones; y, (3) El consentimiento dado una vez surgida la controversia cuando se manifiesta el deseo de concurrir al arbitraje que es de carácter mixto por cuanto lo da tanto el Estado como el inversor. Este último consentimiento no es necesario que el Estado lo otorgue cuando no existe ley expresa que le obligue a ello o disposición en el tratado que así la solicite. Esta teoría del consentimiento se conoce como la teoría de los dos escalones.¹⁴⁰

Sin embargo dentro de la legislación interna de un país puede establecerse un consentimiento “en blanco”¹⁴¹ que implica que el Estado da su consentimiento por adelantado, con lo cual se faculta al inversionista a recurrir al arbitraje inmediatamente de producida la controversia. En la actualidad este tipo de consentimiento ha sido

¹⁴⁰ JIMENEZ, Sonia, Op. Cit., p.122, 123

¹⁴¹ En inglés se lo llama “arbitration without privity” y en francés “carte blanche”.

tipificado en varias legislaciones internas¹⁴² y es el que prima en la gran mayoría de los tratados bilaterales y multilaterales de inversión.

Es claro que las provisiones contenidas en un AII busca en la gran mayoría de las veces al sistema arbitral del CIADI como el único foro de resolución de controversias, materializando el consentimiento del inversor y del Estado en los documentos de vínculo y superando la elección o no del arbitraje CIADI por parte del Estado, ya que la llamada cláusula bifurcación en el camino permite que sea el inversor quien elija el foro concreto para la resolución de disputas.

2.5 Consideraciones Finales

Los AII han permitido que el arbitraje internacional se haya convertido en el recurso moderno más utilizado por el inversor extranjero, en efecto en los últimos años el número de demandas de arbitraje internacional han aumentado. Sin embargo esta tendencia en ascenso tiene que ver con las ventajas que el arbitraje proporciona al inversionista, al tener que obviar los tribunales nacionales en caso de conflicto; y al Estado en cuanto a que el arbitraje internacional se ha constituido una condición indispensable y como garantía básica para atraer al inversionista extranjero.

Adicionalmente una ventaja importante del arbitraje internacional es precisamente que, al existir un conflicto éste es encausado a través de un sistema de resolución de controversias no politizado, por lo que la interferencia y presión que se podría ejercer por el Estado del cual el inversionista es nacional, se desvanece. De

¹⁴² Se conoce que aproximadamente existen 30 países que tienen leyes que dan este tipo de consentimiento “en blanco”, Claudia Frutos-Peterson, Op. Cit., p. 6

hecho la importancia que tiene la jurisdicción neutral o imparcial, se ve reflejada muchas veces en las decisiones finales.

Así mismo la cláusula mediante la cual se establece el foro, los métodos y reglas para la resolución de las controversias es sin duda necesaria para prevenir el “forum shopping” o búsqueda del órgano jurisdiccional más ventajoso. Sin embargo, el principio de “bifurcación en el camino” que contiene esta cláusula, le permite al inversionista dirigir su demanda directamente al arbitraje internacional sin agotar las instancias nacionales, lo que constituye un desfase de las etapas procesales puesto que permite que en algunos casos existiendo litis pendencia en tribunales internos se recurra al arbitraje internacional de forma directa¹⁴³. Ahora bien, es innegable que por medio de los tratados actuales, cuando el inversionista opta por el arbitraje internacional, los tribunales internos pierden la competencia en el conocimiento de la causa y el Estado pierde la posibilidad de alegar litis pendencia, ese es el efecto negativo del convenio arbitral, sin embargo esto no inhibe al tribunal arbitral de examinar si el reclamante ha cumplido con lo establecido en el acuerdo, si existe la cláusula compromisoria arbitral y se ha observado las disposiciones establecidas en la misma, así como sobre su propia competencia.

Idéntico problema se observa respecto de las nacionalidades de los inversionistas extranjeros, quienes en la actualidad se constituyen en transnacionales cuya nacionalidad es variada, para efectos de concurrir al CIADI, así por ejemplo en el caso *Mine c. República de Guinea*, la persona jurídica estuvo constituida en Liechtenstein, con accionistas suizos. Liechtenstein no es parte del Convenio del CIADI mientras que

¹⁴³ En el Capítulo III de este trabajo se analiza el caso de Encana y Occidental, empresas que prestaron sus servicios en el Ecuador bajo un contrato de participación y que recurrieron al arbitraje internacional a pesar de haber recurrido anteriormente a los tribunales fiscales respectivos sobre la negativa del SRI de devolverles el IVA pagado.

Suiza si es suscriptor del mismo, por lo tanto la empresa se acogió al CIADI por la nacionalidad de sus accionistas. En este sentido, la nacionalidad debería ser explícita y declarativa, siendo necesario que los convenios definan la nacionalidad en ejercicio, para que no se utilice este recurso a conveniencia del inversionista.

Los tratados de internacionales de inversión son acuerdos marcos, consecuentemente los sistemas de resolución de controversias estado – inversor constituyen una garantía jurisdiccional accesoria en el contexto internacional, que otorgan a las partes el derecho de opción para convenir los métodos y procedimientos más convenientes para conocer sus conflictos tomando en cuenta las características propias de cada negocio, ahora bien, la interpretación desmedida de estos tratados ha permitido que el inversionista presente demandas ante tribunal arbitrales internacionales sobre temas contractuales internos, esa ha sido la experiencia en varios casos planteados contra Ecuador.

CAPITULO III

ESTUDIO COMPARATIVO DE PROCESOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL. CASOS DE INTERÉS

3.1. Caso Arbitral UN3481, Encana Corporation v. República del Ecuador- IVA Petrolero

Ecuador suscribió con Encana Corporation varios contratos de participación¹⁴⁴ para el Bloque 27, el 29 de marzo de 1995; el contrato de Tarapoa de 25 de julio de 1995; el campo unificado Bloque 18B y Fanny de 27 de octubre de 1995; y el contrato unificado de Mariann y Bloque 4A el 25 de noviembre de 1999. Todos estos contratos de participación contemplaban la existencia del denominado factor X¹⁴⁵ relacionado con la producción de los distintos campos petroleros; sin embargo los porcentajes de ganancia para el Estado y el inversor se lo hicieron en base a una producción relativamente baja, lo cual tuvo que modificarse posteriormente debido al alza de producción en los campos 18B Fanny y Tarapoa.¹⁴⁶

Encana es una sociedad canadiense que en el año de 1999 adquirió a la compañía Pacalta Resource Limited propietaria a su vez de dos filiales AEC Ecuador Limitada

¹⁴⁴ Dentro de normativa ecuatoriana han existido tres tipos de contratos petroleros: 1) Contratos de asociación mediante los cuales el inversor estaba obligado a aportar una inversión inicial para la exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; el Estado aportaba posteriormente un porcentaje, y sobre la producción la compañía pagaba al Estado regalías. Este tipo de contratos se suscribieron durante el primer quinquenio de explotación petrolera. 2) Contratos de servicios mediante los cuales el Estado (Petroecuador) pagaba a la empresa petrolera los gastos incurridos en la producción de petróleo, en este tipo de contrato no existía riesgo de inversión de la empresa de servicios. 3) Contratos de participación, que son utilizados actualmente, la importancia de estos últimos contratos es que toda la inversión es por cuenta y riesgo del inversionista, y su beneficio se da en una participación de la ganancia. Este tipo de contratos empiezan a suscribirse a partir de la reforma de la Ley de Hidrocarburos o Ley No. 44 publicada en el Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993. La Constitución Política de 1978 fue aprobada mediante referéndum público y su artículo más importante es el 46 ya que consagra las áreas de explotación económica privativas y excluyentes del Estado.

¹⁴⁵ El factor X es un agente de corrección de los desequilibrios que pueden existir en la producción y afectar en la economía del contrato por modificaciones tributarias y laborales según los contratos. La normativa ecuatoriana estableció las bases de contratación para la novena ronda de licitación petrolera mediante Acuerdo Ministerial 412 publicado en el Registro Oficial No. 723 del 12 de diciembre del 2002. En este Acuerdo Ministerial se establecieron los diferentes factores para la participación del contratista que son: Factor P: Participación del Contratista, Factor Q: Producción Anual Fiscalizada en el área del contrato; y, Factor X: el promedio en porcentaje correspondiente a la participación de la contratista en una fórmula compleja donde intervienen cuatro elementos, Q que es la producción diaria promedio anual y tres variables.

¹⁴⁶ Para la modificación del factor X se debió llamar a una nueva ronda de negociaciones que permitiría ajustar los porcentajes de utilidad. La modificación del factor X del Bloque 18B Fanny fue suscrito el 14 de julio de 1999 y el del campo de Tarapoa suscrito el 2 de agosto del 2001.

que originalmente fue City Investment Co Limitada y ésta a su vez era propietaria de City Oriente Limited (COL), ambas constituidas en Barbados. Estas compañías por principio no estaban bajo el amparo del Convenio para el Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre los Gobiernos de Canadá y Ecuador, no obstante al ser Encana empresa de nacionalidad canadiense, propietaria del cien por ciento de estas tenía el control absoluto de las mismas, por lo tanto estaba protegida por el CFPRI suscrito entre Canadá y Ecuador.

ANTECEDENTES

La normativa tributaria ecuatoriana tuvo un importante cambio con la Ley No. 99-24 o Ley para la reforma de las finanzas públicas publicada en el Registro Oficial S-181 de 30 de abril de 1999, donde se agrega a la Ley de Régimen Tributario Interno el artículo 69 A el mismo que establece que las personas naturales y las sociedades tienen derecho a la devolución del valor pagado en concepto de impuesto IVA a las adquisiciones locales o importación de bienes empleados en la fabricación de bienes que se exporten. Constituyendo esta reforma la base para las reclamaciones presentadas por las empresas explotadoras de hidrocarburos para pretender la devolución del Impuesto al Valor Agregado.

El Servicio de Rentas Internas resolvió negar las devoluciones del IVA y los créditos tributarios solicitados por Encana, en varias resoluciones emitidas a partir del 28 de agosto del 2001, luego de haber hecho un estudio de los contratos de participación en los cuales se había estipulado que Petroecuador había reconocido y otorgado importantes ventajas en la negociación del factor X.

Encana suscribió un tipo de contrato (de participación), en el cual asumía todos los riesgos de exploración y explotación incluyendo todos los costos y gastos; como beneficio recibía un porcentaje del petróleo extraído en forma de factores de participación que diferían de acuerdo al bloque de producción ya que cada uno de ellos tienen ventajas o desventajas comparativas y el porcentaje es variable, por eso fueron denominados como factor X. El contrato con Encana establecía que en los casos de modificación del régimen tributario o de la participación laboral que crearan cargas no previstas en el contrato, estos factores se incluirán en el factor X con una corrección que absorbe el incremento o disminución de la carga tributaria según el caso. Desde las fechas de suscripción de los cuatro contratos con Encana existieron múltiples reformas al sistema tributario ecuatoriano¹⁴⁷, no obstante el evento que generó conflicto fue el cambio de la tasa del IVA del 10 al 12%.¹⁴⁸ La aplicación de legislación tributaria a los contratos celebrados por AEC y Col y las demás compañías petroleras generaron una serie de problemas de interpretación legal en relación con la cuestión de si tenían o no derecho a la devolución.¹⁴⁹

Es necesario indicar que el SRI resolvió devolver el IVA pagado por Encana en la producción de petróleo durante el periodo de mayo de 1999 a agosto del 2000,

¹⁴⁷ A la suscripción de los contratos con Encana, la Ley de Régimen Tributario Interno en su artículo 65 establecía que los contribuyentes del IVA tenían derecho a crédito tributario equivalente al impuesto pagado por bienes y servicios que se emplearen en la producción de un bien o servicio. Posteriormente este artículo fue reformado el 22 de agosto de 1995 y estipulaba que los valores a devolverse por concepto de IVA no generaban intereses. El artículo 36 de la LRTI que se refería al crédito tributario por el IVA pagado en la adquisición de cualquier insumo o materia prima, fue derogado el 30 de diciembre de 1994 y sustituido por el artículo 163, que se mantuvo en vigencia hasta el 29 de julio de 1999, donde se declara el derecho de uso como crédito tributario de los impuestos IVA pagados. Lo referente al uso del crédito tributario fue reformado el 30 de abril de 1999 y modificado el 14 de mayo del 2001. El artículo 69A que regulaba el reintegro del IVA pagado en actividades de exportación también entró en vigencia el 30 de abril de 1999, este artículo tuvo continuas modificaciones. También hubo reformas del artículo 169 del Reglamento y del artículo 65 de la LRTI.

¹⁴⁸ Este incremento devino de la declaración de inconstitucionalidad de la resolución presidencial contenida en el oficio T812-DAJ-2001-3280 de 10 de mayo del 2001, constante en el suplemento del Registro Oficial No. 325 de 14 de mayo del 2001, publicado indebidamente en la promulgación de la Ley de Reforma Tributaria, dispuesta mediante Resolución del Tribunal Constitucional No. 126-2001-TP Publicada en el Registro Oficial No. S390 del 15 de agosto del 2001, en la cual se resuelve que el Presidente de la República no podía modificar la Ley de Reforma Tributaria discutida en el Congreso Nacional que negó el incremento del IVA al 15%, estableciendo que esta diría 10%, en el conflicto el Tribunal Constitucional resolvió que el incremento del IVA sería del 12%.

¹⁴⁹ 1) Si sólo los fabricantes tenían derecho a la devolución del impuesto. 2) Si la extracción de petróleo constituía fabricación. 3) Si los factores de participación incluidos en los contratos de participación celebrados por las compañías petroleras se calcularon contemplando el IVA en los costos y gastos de las compañías. 4) Si era posible las devoluciones del IVA que instrumentaran mediante el mecanismo contractual. 5) Si las devoluciones IVA estaban incluidas en los factores de participación y podían reintegrarse válidamente a través de un mecanismo contractual y si ello fue recogido en el cambio del IVA 10 al IVA 12 aplicados a productos y servicios. Laudo arbitral LCIA Case UN3481 Encana Corporation v. Ecuador, pp. 14 y 15.

emitiendo notas de crédito por el valor de \$7'567.091,87 dólares. No obstante el 1 de abril del 2002 la Directora del SRI emite la resolución 233 mediante la cual anula las resoluciones del IVA devuelto a AEC y ordena su inmediata restitución basada en que estos valores ya habían sido compensados en los contratos de participación mediante la modificación del factor X.

Las compañías petroleras habían aceptado el pago de un IVA de 10%, por lo que, al modificarse el arancel porcentualmente hablando en dos puntos, lo máximo que podían aspirar es la devolución de dicho valor, claro está que la devolución debía ser tramitada conforme lo establece la Ley de Régimen de Tributario Interno, lo cual no es aplicable a todos los bienes y servicios, sino únicamente a aquellos que intervienen directamente como medios para la explotación de hidrocarburos.

A las resoluciones denegatorias de todas las peticiones de devolución del IVA, Encana (AEC y COL) propone un recurso administrativo ante el SRI y posteriormente presenta las respectivas demandas de devolución ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, que resuelve la devolución de la diferencia del IVA pagado, esto es del 2%, fundamentado en que si bien es cierto que el petróleo no era un artículo fabricado y el artículo 69A de la LRTI no era aplicable a las empresas petroleras, el artículo 12 de la LRTI concedía el derecho a los contribuyentes de exigir el reintegro por modificación de los impuestos, en este caso del IVA. Esta decisión fue apelada ante la Corte Suprema, no obstante Encana, previo a una resolución, decidió presentar la demanda arbitral contra el Ecuador.

DEMANDA ARBITRAL

La demanda arbitral notificada el 14 de marzo del 2003, y que exigía el pago de ochenta millones de dólares, aduciendo que el cambio de la política fiscal equivalió a una expropiación que significó pérdidas económicas en sus sociedades filiales constituidas en un tercer estado¹⁵⁰ y por lo tanto la violación del Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Canadá y Ecuador¹⁵¹. El arbitraje fue administrado bajo el Reglamento de Arbitraje del CNUDMI ante la Corte Internacional de Arbitraje de Londres y dentro del procedimiento las partes resolvieron que mientras se mantuviera el proceso éste sería confidencial, así como las audiencias y juntas que se celebraren en el juicio, a excepción del laudo arbitral que sería oficial, lo que implicó que tanto documentos, actas, testimonios y transcripciones fueran absolutamente negadas al público.¹⁵²

La principal excepción del Ecuador se refirió a que la demanda tenía que ver con “medidas fiscales”, no sujetas al convenio, en virtud del artículo 12 del mismo, por lo tanto no existían indicios prima facie de expropiación de ninguna inversión de Encana. El Tribunal Arbitral dio la razón al Ecuador, realizando importantes consideraciones contractuales y de derecho para aclarar las incidencias de presunta expropiación y vulneración del contrato y del CFPRI, de la siguiente forma:

- a) El tribunal emite importantes conceptos sobre las medidas fiscales y el modo de determinar su naturaleza, ya que cualquier impugnación subjetiva sobre vulneración de derechos en el campo administrativo se debe dirigir ante la

¹⁵⁰ Esto precisamente fue observado por el Tribunal Arbitral, quien además observa que Encana ha sido parte del Contrato en momentos, y ha dejado de serlo cuando ha cedido sus participaciones a la Cónдор, de nacionalidad estadounidense. En la demanda Encana no reclama por sus propias pérdidas sino por las sufridas por AEC y COL.

¹⁵¹ Convenio entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones, suscrito en Quito el 29 de abril de 1996, publicado en el Registro Oficial No. 105 de 10 de julio de 1997.

¹⁵² No obstante las partes no se pusieron de acuerdo sobre la confidencialidad de las alegaciones y documentos del arbitraje de la Occidental, que se refería a un tema similar de devolución del IVA. Vale destacar que el Ecuador había contratado al mismo bufete legal para la defensa en ambos casos.

autoridad competente, en el caso la reclamación fue hecha al Servicio de Rentas Internas y la resolución dictada por este organismo estatal debía ser demandada ante el Tribunal Fiscal, ya que las modificaciones realizadas en la Ley Régimen Tributario Interno sobre el IVA correspondía a una medida fiscal.

- b) El tribunal establece que no es competente para atender la reclamación de Encana en cuanto al IVA, por cuanto este siendo una medida fiscal está fuera del ámbito del CFPRI, y entraría a ser competencia del tribunal solo si se cumplieran dos condiciones: “1) si el tratamiento fiscal de las filiales de Encana “viola el acuerdo entre las autoridades del gobierno central” (del Ecuador) y (Encana) con respecto a una inversión”; y, “2) Si se hubiese producido una expropiación de los derechos de Encana (Artículo XII (4))”. En el primer caso no se alegó en la demanda la vulneración de los acuerdos entre Ecuador y Encana ni del contrato de participación.
- c) Por la consideración anterior, el tribunal se declara competente para conocer únicamente la reclamación por expropiación, de la cual considera que la medida fiscal adoptada por autoridad competente no implicó expropiación ni indirecta¹⁵³ ni directa¹⁵⁴.
- d) Estableciéndose que el Petróleo no era un bien que se fabricaba o que sufría un proceso, simplemente se lo extraía de los yacimientos que son de propiedad del Estado Ecuatoriano, surgiendo dos aspectos relevantes: 1) El reconocimiento de que los yacimientos son de propiedad del Estado ecuatoriano por lo que no cabe

¹⁵³ El tribunal en el numeral 173 del laudo arbitral, al resolver sobre la expropiación indirecta dice que: ... “En primer lugar, las inversiones extranjeras –al igual que todas las demás actividades- están sujetas a los impuestos y gravámenes, impuestos por el Estado anfitrión.”

¹⁵⁴ El tribunal incluyó importantes precedentes constantes de laudos anteriores, al resolver el tema de la expropiación directa citó el caso Waste Management, en el cual el tribunal resuelve: “El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado de otros elementos) es equivalente a una expropiación... la respuesta normal de un inversionista enfrentado a un incumplimiento del contrato por su contraparte gubernamental (cuando el incumplimiento no es el resultado del ejercicio de una prerrogativa del gobierno, como un decreto legislativo) es iniciar una demanda en los tribunales competentes para procurarse una reparación ante dicho incumplimiento. Es sólo cuando tal acceso a la justicia es vedado en lo jurídico o en la práctica que el incumplimiento pueda convertirse en una denegación definitiva del derecho... por lo que cabe invocar la protección del Artículo 1110” Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (2004) 43 ILM 967

ninguna forma de nacionalización de los bienes que son nacionales, y 2) que las inversiones extranjeras que se beneficien de los recursos naturales ya sea petróleo o energía hidráulica o minería no fabrican y por tanto no tienen derecho a la devolución del IVA gastado en estos conceptos.

En opinión del tribunal la política de una autoridad fiscal como las del Servicio de Rentas Internas no es recurrible bajo las normas del CFPRI, incluso si la entidad administrativa pudiera estar buscando motivos para denegar la recuperación del IVA a las compañías petroleras. El Convenio con Canadá establece el pago de daños a las empresas inversionistas, pero en el caso arbitral se pretende que se paguen a las empresas AEC y COL yendo más allá de la normativa del Convenio, sobre temas en los cuales el Tribunal no tiene competencia.¹⁵⁵ El Tribunal rechazó por mayoría la demanda de Encana basado en el artículo 8 del CFPRI entre Canadá y Ecuador.

Los convenios internacionales cuando no tienen normativas claras llevan –como en el caso de Encana– de manera rápida a una demanda ante un tribunal arbitral, sin respetar procesos de negociación ya que las partes tenían derecho a renegociar los factores de participación. En el caso de los impuestos, estos no generan dudas en cuanto a la jurisdicción y competencia, deben ser tratados exclusivamente ante los tribunales internos y resulta forjada una demanda ante un tribunal internacional, toda vez que recurren al arbitraje aduciendo expropiación indirecta por cambio de la reglamentación tributaria, la cual fue expedida para todo el territorio nacional y no exclusivamente para la inversión extranjera.

¹⁵⁵ Sobre este tema el Tribunal Arbitral menciona que Encana pretende aplicaciones parecidas a las constantes en el TLCAN lo que no es aplicable en el Convenio CFPRI con Canadá. La naturaleza del Convenio es ofrecer protección contra conductas injustas, incluyendo la expropiación sin compensación de las inversiones, pero es innegable que las decisiones tributarias son esencialmente soberanas y por tanto no dan derechos a COL y AEC para obtener un desembolso fiscal, ya que adicionalmente son parte del factor x.

3.2. Caso Arbitral UN3467, Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador - IVA Petrolero

ANTECEDENTES

La Empresa Occidental Exploration & Production Company presentó ante el Servicio de Rentas Internas en el Ecuador la formal petición de devolución del Impuesto al Valor Agregado (IVA) pagado por concepto de compras e importaciones de bienes relacionados con la actividad de exploración y explotación petrolera que mantenían en virtud del Contrato de Participación suscrito el 21 de mayo de 1999¹⁵⁶.

La petición de devolución fue negada mediante Resolución 664 del 28 de agosto del 2001; sobre este acto administrativo Occidental presenta juicio de impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal. Posteriormente, mediante Resolución 0406 del SRI de enero del 2002, el SRI establece que la OXY tenía la obligación de pagar el IVA , ya que además existía un criterio vinculante para el pago del Impuesto constante del trámite No. 199980814604, consulta resuelta mediante oficio No. 01044 de 5 de octubre de 1998, en el cual la Dirección del Servicio de Rentas Internas transcribe el artículo 54 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que enumera taxativamente los bienes cuyas compras locales o importaciones están gravadas con tarifa cero de IVA, de modo que, las compras de bienes que no constan en el listado de dicho artículo están taxativamente gravados con tarifa 10%; además indica el SRI que tanto los contratos de prestación de servicios, cuando los contratos de participación están gravados con tarifa 10% del Impuesto a la compra interna o importación de bienes. Existía además una resolución

¹⁵⁶ Occidental había reclamado en un comienzo S/.21.987.00 millones de sucres y posteriormente \$3.2 millones de dólares que fueron devueltos por el SRI; posteriormente la Directora del SRI mediante Resolución No. 234 de 1 de abril del 2002 ordena a Occidental la restitución de estos valores por considerarse indebidamente devueltos.

del SRI No. 0032¹⁵⁷, que establecía el procedimiento de devolución del “IVA pagado en actividades de exportación”, para lo cual el exportador debía presentar la solicitud de devolución con la copia de las facturas y documentos de importación, así como el detalle de las adquisiciones internas para utilizarlos en procesos de exportación, para lo cual debía presentar el COA (confrontación de operaciones autodeclaradas) de exportadores. Occidental presentó las facturas conforme las disposiciones del Servicio de Rentas Internas y en estas constaban las compras de whisky, vino, implementos deportivos, alquiler de mansiones, presentaciones artísticas, alimentos de animales domésticos, servicio de guardianía personal, y en general un buen número de bienes y servicios suntuarios que no tenían ninguna relación con la exploración y explotación de petróleo.

Occidental mantenía vigente un contrato de prestación de servicios con Petroecuador, suscrito con CEPE el 25 de enero de 1985 para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15, conviniendo modificar dicho contrato por un contrato de participación para el mismo fin¹⁵⁸ que dentro de la cláusula 8.5.2 establece otros ingresos para el Estado, y donde consta que percibirá el Impuesto a la Renta y demás tributos conforme a las leyes de la materia, entre los cuales los más importantes son el IVA y el ICE. Es importante establecer que la cláusula 8.6 del Contrato de Participación con Occidental se refiere a la estabilidad económica del contrato.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Publicada en el Registro Oficial No. 27 de 29 de febrero del 2000

¹⁵⁸ Esta modificación contiene varios anexos importantes entre los cuales existe un informe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas el cual manifiesta que en referencia a la cláusula veinte del contrato de participación en el literal d) dice: “Una de las cláusulas del convenio arbitral es la renuncia de las partes a otra jurisdicción; parece peligroso que en el contrato se mantenga la otra opción del arbitraje del CIADI”

¹⁵⁹ “En caso de que por acción del Estado Ecuatoriano o Petroecuador ocurriere cualquiera de los eventos que se describen a continuación, que tenga consecuencias en la economía de este contrato de participación: a) Modificación del régimen tributario según se describe en la cláusula 11.11, b) Modificación del régimen de remesas al exterior o cambiario según se describe en las cláusulas 12.1 y 12.3, c) Reducción de la tasa de producción según se establece en la cláusula 6.8.3, d) Modificación del valor de la tarifa de transporte descrita en la cláusula 7.3.1 conforme el procedimiento establecido en el Anexo XIV, e) Cobro del Impuesto al Valor Agregado (IVA) conforme consta en el oficio No. 01044, de 5 de octubre de 1998, que consta como Anexo XVI mediante el

La tarifa IVA a la firma del contrato con OXY era del 10%, impuesto que estaba incluido dentro del monto de producción por barril como gasto, dando cumplimiento al Reglamento de Contabilidad de Costos aplicables a los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos constantes del Decreto Ejecutivo 1418 publicado en el Registro Oficial No. 364 de 21 de enero de 1994¹⁶⁰, así mismo el contrato con la OXY establecía un factor de corrección en los porcentajes de participación que se generaran por el incremento de la carga económica, de modo que, la compañía debió demandar la aplicación del factor de corrección respecto del 2% del IVA¹⁶¹

El tenor literal del contrato es claro y conlleva un requisito de prejudicialidad, esto es, la necesidad de pedir formalmente la aplicación del factor de corrección de los porcentajes de participación en virtud del incremento del IVA en dos puntos, lo que no se realizó, constituyendo además una importante omisión esencial en la improcedente pretensión de devolución del IVA.

cual la Dirección del Servicio de Rentas Internas manifiesta que las importaciones que realice la contratista para las operaciones del Bloque 15 bajo el esquema del contrato de participación están gravadas con dichos tributos. En los casos señalados en los literales a) y b), las Partes suscribirán contratos modificatorios, conforme se señala en la cláusula 15.2, a fin de restablecer la economía de este Contrato de Participación. Cuando se produzcan los eventos señalados en las letras c), d) y e) se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación, que absorba el incremento o disminución de la carga económica conforme al Anexo número XIV” Adicionalmente esta cláusula, en su literal e) remite al Anexo 14 que determina los parámetros de ajuste por pago de IVA en Importaciones, esto es, que da la fórmula en caso de reajuste de IVA y que tiene que ver con el factor X. La fórmula es: $X_c = X_o + dX$ siendo $dX = \frac{d\text{IVA}}{X*P}$ y el Factor X + IVA resulta como $X_c = X_o + \frac{d\text{IVA}}{X*P}$

dIVA corresponde a la variación del IVA ; Q corresponde a la producción del área del contrato; P es el precio de referencia del petróleo crudo; X es el factor X promedio ponderado sin corregir por un años fiscal; Xc es el factor promedio ponderado corregido para un año fiscal. Anexo 14 del Contrato de participación con OXY, pp.201, 201 vuelta.

¹⁶⁰ Contabilidad de costos, “Artículo 1.- Objetivo.- El presente reglamento se refiere al tratamiento contable que debe dar el contratista en costos, gastos e inversiones así como la información que deba mantener durante la vigencia del contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos.”

¹⁶¹ Dentro del Contrato de Participación celebrado con OXY se establece que, de su interpretación jurisprudencial; y/o de creación de nuevos tributos o gravámenes no previstos en el contrato de participación, que tengan consecuencias de la economía del mismo, se incluirá un factor de corrección en los porcentajes de participación que absorba el incremento o disminución de la carga tributaria o participación laboral antes indicados. Ahora bien, la reclamación por la diferencia tarifaria del 2% del IVA fue aceptada por el Estado ecuatoriano en las sentencias de los casos City y Repsol YPF, que constituyan un precedente jurídico para el caso.

DEMANDA ARBITRAL

A la Resolución de negativa en el trámite de devolución del IVA por parte del Servicio de Rentas Internas, se presenta la petición de arbitraje y la OXY notifica con la demanda de arbitraje al Ecuador el 12 de noviembre del 2002, en base al TBI suscrito entre Estados Unidos y Ecuador, alegando el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Participación en varios puntos: a) el trato justo y equitativo, b) el tratamiento no menos favorable que el dado a los nacionales, c) no tomar medidas arbitrarias y discriminatorias a la inversión de la Occidental, y d) la prohibición de expropiar directa o indirectamente parte o toda la inversión.

Ecuador objeta todas las puntualizaciones propuestas en la demanda, y principalmente se excepciona estableciendo que: a) Al haber Occidental presentado cuatro demandas por separado ante el Tribunal Distrital Fiscal había elegido la jurisdicción nacional de conformidad con el artículo VI del TBI en cuestión; b) que de conformidad con el artículo X del TBI los temas tributarios no eran recurribles en arbitraje, y c) la decisión del IVA no significaba expropiación ni directa ni indirecta de las inversiones de OXY. El tribunal arbitral decidió sobre todas y cada una de estas objeciones.

En la primera objeción sobre la bifurcación en el camino, el Tribunal resuelve que si bien Occidental había recurrido ante los tribunales del Ecuador sobre las decisiones adoptadas por el SRI, esto no implicaba la elección de la jurisdicción nacional por cuanto la empresa no había presentado ninguna demanda sobre el contrato ante las cortes nacionales; OXY no podía presentar ninguna demanda sobre el contrato ya que este no había sido incumplido por el Estado ecuatoriano en ninguna de sus

partes, los impuestos son accesorios autónomos del contrato principal, regidos por normas propias que son siempre de carácter general.

Sobre la segunda objeción del Ecuador el tribunal resolvió que la negativa a devolver el IVA implicaba violación al principio de tratamiento no menos favorable que los exportadores nacionales establecido en el TBI, ordenando la devolución del IVA¹⁶²; las resoluciones sobre la no devolución del IVA petrolero eran de orden general para todas las empresas explotadoras de petróleo, no existen empresas ecuatorianas privadas dedicadas a esta actividad por lo que no podía establecerse una comparación adecuada en el tema.

A pesar de que existía litis pendencia en el Ecuador; y que el TBI suscrito entre EEUU y Ecuador hace excepciones respecto de la materia tributaria, conforme se establece en su Artículo X.¹⁶³

Para que sea procedente el arbitraje, la compañía OXY planteó la demanda como expropiación de inversiones, trato discriminatorio y menos favorable que los nacionales,

¹⁶² El costo de este arbitraje para el Ecuador fue alto, \$594.044,00 dólares en gastos del tribunal, más el costo del estudio jurídico estadounidense que patrocinó la defensa del Estado por un valor de \$1000,00 dólares la hora. El fallo arbitral obliga al Estado ecuatoriano a pagar setenta y cinco millones de dólares como devolución del IVA, con una tasa del 4% de interés por mora, el monto del reclamo fue establecido en ciento cincuenta millones, pero según acuerdo del Banco Mundial eventualmente el país tendría que pagar doscientos millones de dólares por el tiempo transcurrido y los intereses devengados por la mora. Ecuador presentó el recurso de nulidad del laudo arbitral ante la Corte de Apelaciones de Inglaterra que fue negado mediante sentencia de 4 de julio del 2007, ante lo cual se Ecuador solicitó la revisión de dicha sentencia ante la Cámara de los Lores, lo mismo que está en trámite. Es necesario considerar que será controversial la ejecución del laudo ya que el H. Congreso Nacional mediante Ley Interpretativa No. 2004-41 del 2 de agosto del 2004, publicada en el Registro Oficial No. 397 establece que el reintegro del Impuesto al Valor Agregado no es aplicable a la actividad petrolera sea en extracción, transporte o comercialización de petróleo crudo, puesto que este no se fabrica sino que se extrae de los respectivos yacimientos. En este caso, no se puede hablar de retroactividad de la ley, porque la misma como tal no se ha reformado, simplemente se ha interpretado un artículo del Código Tributario Interno, de conformidad con el Código Civil ecuatoriano.

¹⁶³ “Artículo X. 1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte.

2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente los artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:

a) La expropiación, de conformidad con el artículo III;
b) Las transferencias, de conformidad con el artículo IV, o
c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b),

En la medida en que no estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.”

que le permitieron ampararse en el TBI entre Estados Unidos y Ecuador, sobre un tema tributario soberano y adoptado como medida de política pública interna de carácter general, aplicado a personas naturales y jurídicas nacionales y extranjeras que se hallaren en el territorio nacional.

En la objeción sobre la expropiación el Tribunal decide que no se ha cumplido con los requisitos para la existencia de expropiación, por lo que la demanda de expropiación se declara inadmisibile. El tema de las expropiaciones en el TBI en cuestión no tiene una definición ni general ni particular, pues no se establecen las medidas que serían especificadas como tales¹⁶⁴.

En ese sentido, el inversionista tiene un extenso marco de causales a las cuales acogerse, y cualquier medida sea esta de regulación económica o política que afecte sus intereses de inversión serán considerados como medidas equivalentes a expropiación o nacionalización, puesto que el significado particular de la palabra expropiación se ha modificado hasta perder su sentido original, y se ha aprovechado de la indefinición de esta palabra en los TBI como base para las reclamaciones.

En la exposición de motivos y documentos presentados se aprecia claramente que se litiga por la devolución del Impuesto al Valor Agregado, impuesto existente en la gran mayoría de los países occidentales y que grava las transacciones mercantiles y la transferencia de bienes y servicios, tributo sobre el que los Estados están plenamente facultados para modificarlo, ampliarlo o disminuirlo según el caso.

¹⁶⁴ Así el Artículo III del TBI establece que: “1. Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del artículo II.(...)”

La demanda para la devolución del IVA petrolero es una demostración de la imposición de los tratados bilaterales y de protección y promoción de inversiones sobre la normativa interna, en materias que son de competencia exclusiva del Estado como son los impuestos, tributos y contribuciones especiales.

Es importante observar cómo dos conflictos, tratándose de la misma materia y naturaleza, devolución del IVA, ante un mismo centro, la Corte de Arbitraje de Londres, se resuelven de forma distinta. Los laudos de Encana y Occidental son un clarísimo ejemplo de la alta discrecionalidad de los árbitros al momento de aplicar la norma nacional y derecho internacional. Al respecto las medidas tributarias adoptadas por el Ecuador fueron y son de carácter general, es decir que no hubo violación del principio de trato no discriminatorio dirigido a las empresas petroleras, y tampoco se constituyó algún tipo de expropiación de las inversiones, pero esto no fue aceptado por el tribunal, lo que sin duda refleja que los conceptos descritos en los TBI son demasiado generales y dejan un amplio margen de interpretación para el inversionista y el árbitro. Las medidas adoptadas de buena fe por los Estados en beneficio colectivo no implican violación a los acuerdos internacionales, pues se entiende que las empresas tanto nacionales como extranjeras están en igualdad de condiciones, por lo tanto deben cumplir con los requerimientos y disposiciones que los gobiernos implantan. Sin embargo, la decisión de este tribunal deja un precedente que si es tomado por otros tribunales pondría una obligación pesada a la capacidad normativa y reguladora de los Estados.

3.3 Consideraciones sobre la Caducidad del Bloque 15

Occidental Exploration and Production Company tenía un contrato de prestación de servicios desde el 25 de enero de 1985 con el Estado ecuatoriano, que se fue modificando a favor de la empresa petrolera y en desmedro del Estado, el 18 de mayo de 1993 se firmó el contrato de exploración del campo Limoncocha, el 18 de diciembre de 1995 el contrato se modificó permitiendo la entrada a territorios intangibles de los pueblos Secoya y Siona, el 6 de mayo de 1999 Occidental recibió los campos compartidos de Edén-Yuturi y Limoncocha sin considerar el artículo 85 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos que establece que los campos que son compartidos deben someterse a un régimen de explotación unificada para lograr mayor eficiencia y economía en la operación.¹⁶⁵

Posteriormente Occidental suscribió un contrato modificadorio de prestación de servicios para explotación y exploración de hidrocarburos mediante un contrato de participación¹⁶⁶ con el mismo objeto con Petroecuador para el Bloque 15, y para el

¹⁶⁵ Según el Informe del Bloque 15: Occidental Petroleum Corporation (Oxy-EEUU) realizado por René Kaplan y Adolfo Maldonado, al entregarse el campo Eden Yuturi a Occidental el Ecuador tuvo un ingreso de 657 millones de dólares, mientras que si lo hacía Petroecuador el ingreso hubiere sido de 1084 millones, lo cual implicaba una pérdida de 427 millones de dólares para el Estado ecuatoriano.

¹⁶⁶ El tipo de contrato de participación para exploración y explotación de hidrocarburos entró en vigencia mediante el Decreto Ejecutivo No. 1416 publicado en el Registro Oficial No. 364 del 21 de enero de 1994 (en la etapa de modernización del estado para beneficiar a las petroleras, de allí la sobreexplotación ya que a más petróleo extraído mayor porcentaje de ganancia) se caracteriza por la delegación a los inversionistas extranjeros de la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato, realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración desarrollo y producción, sin que se reconozcan por tanto devolución de ninguna especie y sujetándose a la fiscalización de la producción, bajo un precio nunca inferior al precio de referencia; además se establece que se efectuarán y pagarán las deducciones y todos los impuestos de ley sin excepción, incluyendo los beneficios que podrían obtener del gas natural que siempre se encuentra en los pozos petroleros, se condiciona la participación a la superficie de terreno adjudicada no mayor de doscientas mil hectáreas en el lotes de veinte mil hectáreas, por un periodo de exploración de cuatro años y no mayor de seis años, una vez cumplidos dichos plazos tendrá que iniciarse la explotación de ley por un periodo de hasta veinte años para petróleo crudo y hasta veinticinco años para gas, prorrogables de acuerdo a los intereses del Estado, en caso de que el inversor requiera prórroga debe presentar el plan de inversión y explotación para el nuevo periodo que no podrá ser por más de cinco años. Se establece que las empresas de petróleos son responsables directas de sus operaciones técnicas, económicas y administrativas, así como del cumplimiento de todas las obligaciones derivadas de la ley, de sus reglamentos, de las bases de contratación, de los términos de referencia y del contrato, asumiendo directamente los riesgos contingentes. Con los contratos de participación se inició el control de la protección al medio ambiente y se exigían los programas de remediación y prevención del impacto ambiental, con la obligación de coordinar con el Instituto Ecuatoriano Forestal de Áreas Naturales y Vida Silvestre (INEFAN), que proporcionaría la línea base y el inventario de especies sobre las que la empresa tendría que precautelar su existencia. Las empresas petroleras tenían la obligación de presentar el inventario de yacimiento de hidrocarburos comercialmente explotables, con sus áreas propias y adicionales. Es importante apreciar que el contrato de participación tiene la fórmula de cálculo de la participación del contratista, con los siguientes literales: PC, participación de la contratista; Q, a la producción anual fiscalizada en el área del contrato; y particularmente el Factor X, que es el factor promedio, fracción decimal correspondiente a la participación de la contratista y en el cual se calculan los problemas contingentes, los casos de fuerza mayor y las modificaciones soberanas a la ley que modifican este factor.

campo unificado Edén, Yuturi y Limoncocha, mediante escritura pública suscrita el día 21 de mayo de 1999.

El contrato de participación con la petrolera Oxy no podía suscribirse sin previa consulta a las comunidades indígenas ya que había entrado en vigor la Constitución de 1998, en la cual se reconoce los derechos colectivos de los pueblos indígenas; esta grave omisión mostraba las irregularidades de la empresa enfrentados con las comunidades y generaba pugnas intercomunitarias para continuar con la explotación.¹⁶⁷

La empresa inversionista por su actividad y en consideración de que se encontraba ejecutando un contrato de prestación de servicios de hidrocarburos tenía conocimiento del texto taxativo de la codificación de la Ley de Hidrocarburos promulgada mediante Decreto Supremo No.2967, publicada en el Registro Oficial No. 711 de 15 de noviembre de 1978, así como sabía de las normas concordantes.¹⁶⁸

El 25 de octubre del 2000 Occidental mediante comunicación GG-014-00 suscrita por el Sr. Paúl S. Maciness, Represente Legal de Occidental puso en conocimiento del Ministro de Energía y Minas la inminente transacción del 40% de sus

¹⁶⁷ El bloque 15 afectó a cuatro áreas protegidas de la Amazonía: Bosque Protector Pañacocha, Parque Nacional Yasuni de 209 Km.2, Reserva de Fauna Cuyabeno de 28 Km.2 y Reserva Biológica de Limoncocha de 46 Km.2. y afectó a 26 comunidades indígenas y 22 de colonos Kichwa: San Antonio, San Francisco de Chicta, El Descanso, Parotuyacu, Pompeya, Pucapeña, El Edén, San Roque, San Isla, Amangu, Pañacocha, Pilchi, Itaya. • Secoya: Eno, Siecoya Remolino, San Pablo de Kantetsiaya, • Siona: Biaña, Orahueaya, Neñeña. • Shuar: Tzanin, Yamanunka. • Colonos: Alma Lojana, Jesús del Gran Poder, Alamor, Hacienda Rodríguez, Primavera, La Diez, Boya, Unión Amazonas, San Jacinto, Nueva Vida, San Roque, Unidos Venceremos, Palmeras del Ecuador, 14 de junio, Los Olivos 1 y 2, Tierras Orientales, Río Jivino, Vicente Rocafuerte, San Jacinto, Santa Elena, San José. Informe del Bloque 15: Occidental Petroleum Corporation (Oxy-EEUU), René Kaplan y Adolfo Maldonado, pp.1.

¹⁶⁸ Ley No. 101 promulgada en el Registro Oficial No. 306 de 13 de agosto de 1982 modificatoria a la Ley de Hidrocarburos. Decreto Ejecutivo 809 que expidió el Reglamento a la Ley de Hidrocarburos publicado en el Registro Oficial No. 197 del 31 de mayo de 1985, el mismo que estipula taxativamente que la transferencia total o parcial de los derechos y obligaciones derivado de un contrato de hidrocarburos podrán cederse a terceros previamente a la autorización expresa del Ministerio de Energía y Minas, caso contrario la cesión será declarada nula y dará origen a la caducidad del contrato. Ley No. 08 promulgada en el Registro Oficial No. 277 de 23 de septiembre de 1985 modificatoria a la Ley de Hidrocarburos. Decreto Ley No. 24 promulgada en el Registro Oficial No. 446 de 29 de mayo de 1986. Ley No. 44 promulgada en el Registro Oficial No. 326 de 29 de noviembre de 1993. Ley No. 49 promulgada en el Registro Oficial No. 346 de 28 de diciembre de 1993. Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos promulgada en el Registro Oficial No. 523 de 9 de septiembre de 1994. Ley Especial de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y sus empresas filiales, promulgada en el Registro Oficial No. 283 de 26 de septiembre de 1989 con sus reformas y reglamentos concordantes. Ley No. 006 de control tributario y financiero promulgada en el Registro Oficial No. 97 de 29 de diciembre de 1988. Ley de Régimen Tributario Interno promulgada en el Registro Oficial No. 341 de 22 de diciembre de 1989 y sus reformas.

derechos en el contrato de participación, cediéndolos a favor de City Investment Company Limited; esta comunicación fue contestada el 17 de enero del 2001 por el Ministro de Energía y Minas mediante oficio No. 003-DNH-EH-CE-PL 01 079, el mismo que en la parte pertinente indica que la cesión o transferencia total de los derechos y obligaciones derivados del contrato se los debe hacer previa autorización del Ministerio, sin lo cual dicha cesión sería nula, dando origen a la caducidad del contrato.

El contrato de participación contemplaba la figura *intuiti personae*, una locución latina que significa en atención a la persona y una consideración directa.¹⁶⁹ En el diccionario latín jurídico de Nelson Nicolliello se establece que esta figura es una consideración personal, de modo que, cuando existen estas características contractuales no existe la libre cesión de los derechos, porque es contraria a la naturaleza del otorgamiento.

No obstante, el 1 de octubre del 2000 la Oxy ya había cedido el 40% de sus derechos tanto del bloque 15 cuanto del campo unificado Edén – Yuturi-Limoncocha a City Investment Company, mediante un farmout agreement que particularmente establecía que los derechos e intereses otorgados a Oxy serían cedidos a City incluyendo los pozos, equipos, tuberías, instalaciones y en general todos los bienes muebles, agregándose además la información geofísica, geológica y datos importantes relacionados con la explotación de hidrocarburos correspondiente a los pozos en exploración, análisis y explotación e incluyendo los derechos recibidos por parte del Estado ecuatoriano en el contrato de participación, donde se incluían servidumbres, pasos y licencias ambientales, es decir los derechos de Occidental Exploration Petroleum Company, determinando que el convenio estaría vigente hasta la finalización

¹⁶⁹ Diccionario del Latín Jurídico, Valleta Ediciones, pp.75

de los contratos de participación obtenidos por la Oxy, estableciendo un operating agreement para City por el cual disponía del 40% de los derechos y dejando a la Oxy con el 60% restante; además se establecía que continuaría como operador de los campos y recibiendo una comisión de administración por tal servicio.

Oxy presentó el formulario 10K relativa a sus transacciones corrientes al 31 de diciembre del 2000, registrando la transferencia del 40% de sus derechos en el Bloque 15 y del Bloque unificado constante en el documento United States Securities and Exchanges Comisión, documento en el cual claramente consta que se efectuó la cesión de derechos sin autorización previa del Estado ecuatoriano conforme a las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos¹⁷⁰, lo mismo que posteriormente trató de convalidar mediante la notificación al Ministerio de Energía y Minas informando de la cesión del 40% de sus derechos a City Investment Company, mientras que en la práctica la negociación se había realizado con anterioridad, lo que de conformidad con la ley origina la caducidad del contrato vigente con el Estado ecuatoriano.¹⁷¹

¹⁷⁰ El contrato de participación determina todas las obligaciones tributarias de los contratados, con el régimen tributario al que deben someterse del mismo modo que lo hacen las empresas nacionales, reconociendo expresamente los derechos laborales intangibles de los contratos y todas las empresas petroleras son advertidas que las transferencias de cesiones de derechos y obligaciones del contrato se podrán realizar si se llega a determinar la conveniencia a los intereses del Estado y por tanto la cesión de derechos y obligaciones provenientes de los mismos deben ser expresa y particularmente autorizados por el Ministerio de Energía y Minas de acuerdo con el reglamento contenido en el Decreto Ejecutivo No. 809 publicado en el Registro Oficial No. 197 de 31 de mayo de 1985.

¹⁷¹ La caducidad está contemplada en el numeral 11 del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos. Decreto Supremo 2967 RO 711 de 15 de noviembre de 1978 reformada y es una figura histórica en la normativa de hidrocarburos ecuatoriana, que consta en las bases referenciales de los contratos de asociación para exploración y explotación de yacimientos hidrocarburíferos, en el contrato tipo para toda clase de trabajos en hidrocarburos y en la codificación de la Ley de Hidrocarburos en la cual taxativamente lo dispone el numeral 11 del artículo 74; los efectos de la caducidad se establecen en el artículo 75 ibidem, el procedimiento se establece en el artículo 76 y expresamente su artículo 79 establece claramente que de no existir autorización previa para las cesiones se declarará la caducidad del contrato, y al efecto de una clara interpretación de este artículo se expidió el Reglamento al artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, que regla lo siguiente: “La celebración de contratos o acuerdos privados que contravengan las disposiciones de la ley y de este Reglamento dará lugar a la declaratoria de caducidad contractual en la forma que prescribe la Ley de Hidrocarburos”.

Posteriormente se determinó que Oxy estuvo incurso en varias violaciones a las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos, particularmente las previstas en el numeral 13 del artículo 74 de la misma ley, ya que fue multada en varias ocasiones por exceder las tasas máximas de producción en sus pozos de producción, no notificó oportunamente conforme a la ley el inicio de perforación de nuevos pozos y no presentó como era su obligación los reportes de operación de perforación y la codificación del movimiento de crudo, además incumplió repetidamente la entrega de sus estados financieros e inventarios, y la entrega regular de petróleo crudo al transporte del SOTE, no pagó los derechos anuales previstos en el Acuerdo Ministerial 238 del Ministerio de Energía y Minas, denuncia que además fue presentado por el Procurador General del Estado.

El contrato de participación con Occidental establece en la cláusula vigésima primera la terminación y caducidad del contrato; y su numeral 21.1.1 dice: “Por declaratoria de caducidad emitida por el ministerio del ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos 74, 75 y 76 de la Ley de Hidrocarburos”, que se complementa con el numeral 21.1.2 que determina la caducidad en el siguiente caso: “por transferir derechos y obligaciones del contrato de participación, sin autorización del ministerio del ramo”.

La empresa Occidental tenía pleno conocimiento de las bases de contratación de los contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos¹⁷², donde se establece la ley aplicable y jurisdicción respecto de la caducidad. Ecuador ha puntualizado que no existe expropiación alguna, ya que la caducidad se ha declarado conforme al Capítulo Noveno de la Ley de Hidrocarburos, de modo que cualquier impugnación se la debe hacer ante el Tribunal Contencioso de lo Administrativo, esto es ante la legislación ecuatoriana. El arbitraje internacional no está contemplado en la causal de caducidad, y el enfoque dado por OXY bajo el amparo del TBI es forzado, el 17 de mayo del 2006 Occidental solicitó el arbitraje ante el CIADI después de que el gobierno ecuatoriano declarara la caducidad del contrato el 15 de mayo del mismo año y conforme dicha disposición asumió el control de los activos, calificando dicha medida como confiscación ilegal y pidiendo al CIADI restaure sus derechos en los que se incluía el no reemplazo de los trabajadores en la producción y se dicten medidas para el regreso de las áreas a su administración, con todo el equipamiento y maquinaria para la explotación y producción, es importante indicar que el Bloque 15 representa un 7% de la producción de Occidental en todo el mundo

¹⁷² Bases de contratación de los Contratos de Participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, Decreto Ejecutivo No. 1416 publicado en el RO 364 de 21 de enero de 1994.

En la solicitud de demanda Occidental solicitó al CIADI la conformación inmediata del tribunal para que este ordene las medidas cautelares solicitadas que comprendían: (1) La inversión del Ecuador de no menos de 350 millones de dólares al año para financiar las operaciones e inversiones del Bloque 15; (2) Que el Ecuador cesara su administración y que el tribunal nombrara una junta de administración conjunta entre el Estado y Occidental. (3) Que el Ecuador entregara mensualmente todos los informes relativos a la operación, actividades, presupuestos y cuentas del bloque 15 y el unificado Edén-Yuturi y Limoncocha. (4) La prohibición de transferir los Bloques a un tercero. (5) Por último solicitó al estado ecuatoriano que de la producción del Bloque 15 transporte 40 mil barriles por el Oleoducto de Crudos Pesados por cuenta de Occidental, para cubrir su cupo en el tubo.

A fines del mes de agosto el Tribunal Arbitral notificó a Oxy que por unanimidad rechazaban la aplicación de medidas cautelares contra el Ecuador, particularmente por que no se demostró la existencia de una situación urgente o de hechos que podrían causarle un daño irreparable, esto luego de que la transnacional decidiera renunciar a tres de las medidas solicitadas.¹⁷³

La demanda contra el estado ecuatoriano se presentó conforme el artículo 36 del Reglamento del CIADI numeral 2, identificando a las partes, esto es Petroecuador y el Estado Ecuatoriano. Posteriormente Occidental retiró la demanda contra Petroecuador.¹⁷⁴ Ecuador no acepta el CIADI como centro para dirimir la controversia, por tratarse de la violación expresa de una cláusula contractual no sujeta al arbitraje, es por esto que rechazó la solicitud para designar el árbitro correspondiente, motivo por el

¹⁷³ Occidental renunció a la petición de que Ecuador destinara una inversión de 350 millones anuales para inversión e investigación de los Bloques, la administración conjunta por parte de Ecuador y la petrolera; y, la prohibición de transferir la propiedad del Bloque a terceros. La renuncia la hizo en la audiencia realizada el 2 y 3 de mayo del 2007.

¹⁷⁴ Sin embargo Occidental se reservó el derecho de presentar en un futuro un proceso arbitral independiente contra Petroecuador.

cual con fecha 5 de enero del 2007 el CIADI nombró a la suiza Brigitte Stern como árbitro del país, de conformidad con el artículo 38 de su Reglamento, cuyo tribunal se conformó además por el neozelandés David Williams por Occidental y el canadiense Ives Portier como presidente. El Ecuador se acoge a la Regla 41 del Reglamento del CIADI referente a las Excepciones Preliminares¹⁷⁵, manifestando que la caducidad no es materia de arbitraje, y que el Centro no tiene jurisdicción y competencia.

El concurrir ante el CIADI no implica la aceptación de su jurisdicción, siendo necesario que el Estado ecuatoriano presente sus excepciones y defensa en el proceso, ya que según las normas del Centro el tribunal continuará sustanciando la causa pese a la no comparecencia de una de las partes, es importante considerar además que tanto en la normativa UNCITRAL como en el Reglamento del CIADI, el concurrir al arbitraje no implica una renuncia al derecho de excepcionarse por jurisdicción y competencia, en todos los procedimientos de arbitraje pasada la etapa de registro, presentación de documentos y constitución inclusive del propio tribunal, este debe establecer su propia competencia para asumir el conocimiento y resolución del caso.

3.4 Consideraciones finales

De los casos estudiados en el presente trabajo sobre el IVA surge una pregunta casi imposible de contestar con total certeza ¿Porqué se resuelve de manera contradictoria el caso IVA Occidental y el caso IVA Encana, cuando se refieren a la misma materia y naturaleza? Realmente sólo los tribunales que resolvieron estas causas saben el porqué de su decisión, sin embargo se puede concluir que estos problemas se

¹⁷⁵ “Toda excepción que la diferencia o una demanda subordinada no cae dentro del Centro o que por otras razones, no es de la competencia del Tribunal, deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentarla al Secretario General a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación o, si la excepción se refiere a una demanda subordinada, para la presentación de la réplica, a menos que la parte no haya tenido conocimiento entonces de los hechos en los que se fundamenta la excepción.”

motivan y producen por la falta de acumulación de causas en conocimiento de un solo tribunal que permitiría la unificación de criterios y resoluciones análogas. De la misma manera la discreción exagerada en el conocimiento de los procesos y acceso a la información, ocasiona que sea la falta de transparencia la norma general en estos procesos. Volvemos al principio del problema, casos que deben resolverse en cortes nacionales por tratarse de temas no contemplados ni protegidos por el TBI, se someten a conocimiento de tribunales arbitrales en base al principio de “bifurcación en el camino”.

Es necesario que se implementen reglas claras mediante las cuales el inversionista extranjero acepte el cumplimiento de la normativa de los Estados receptores de su inversión, referente a normas tributarias, societarias, ambientales y laborales. En el tema de los impuestos, por ejemplo, en el Ecuador el trato que reciben las transnacionales es absolutamente similar a las compañías nacionales, puesto que la norma tributaria es de carácter general no discriminatoria, en este contexto no existen privilegios particulares, la única excepción en cuanto a la devolución del Impuesto al Valor Agregado que se aplica para los bienes y servicios necesarios para la elaboración de productos de exportación, así por ejemplo en la exportación de banano y flores, estos productos reciben la devolución de los IVAs correspondientes a los embalajes de cartón y plástico. Las empresas petroleras por su parte, pretendieron que se les devuelva el IVA de whisky y licores finos, de arriendo de inmuebles de vivienda y de un sin fin de bienes que no participaban en lo más mínimo en la explotación petrolera, si hacemos una comparación en el caso de que una bananera pida la devolución del IVA por un bien no vinculado a su actividad exportadora, el SRI no autoriza de ninguna forma dicha devolución.

Si bien es cierto que actualmente el Estado participa cada vez más en el comercio internacional, lo cual evidentemente acarrea un aumento de las disputas, y el Ecuador no ha sido la excepción¹⁷⁶, cabe mencionar que de los procesos arbitrales planteados contra el país solo el caso del IVA petrolero con Occidental ha tenido un resultado negativo. Sin embargo, es necesario implantar un mecanismo eficiente y oportuno para la defensa en conflictos sobre materia de inversiones a través de un departamento especializado encargado de emprender políticas de dirección y ejecución en procesos arbitrales nacionales e internacionales, que además nos permitan tener información respecto de temas competentes al país.

¹⁷⁶ Para ver las causas contra el Ecuador revisar la página web: www.investmentclaims.com y la página del CIADI <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>. Son alrededor de diez juicios, por un monto aproximado de \$10.000 millones de dólares, monto parecido al Presupuesto General del Estado para el año 2007. Hay casos como el planteado por Miguel Lluco de la empresa Eléctrica de Guayaquil, Ex EMELEC, por \$1600 millones de dólares, que no tiene registro ya que es arbitraje ad-hoc. El presentado por Texaco por \$6000 millones de dólares en la Asociación Americana de Arbitraje; el arbitraje presentado por Occidental en el CIADI por \$1000 millones de dólares; el caso de Duke Energy propietaria de Electroquil, por \$100 millones aproximadamente; el caso de Técnicas Reunidas que se encargó de la ampliación de la capacidad de la Refinería de Esmeraldas por \$35 millones de dólares; el arbitraje de City Oriente Limited y dos ciudadanos españoles contra la AGD; otros casos efectivamente resueltos a favor del Ecuador como el caso del IVA petrolero Encana y el caso de Machala Power; y, el IVA petrolera presentada por Occidental en el cual se ordenó pagar \$75 millones de dólares y que al momento ha aumentado según información del Banco Mundial a \$200 millones de dólares.

4. CONCLUSIONES

Uno de los efectos de la globalización ha sido el cambio de tendencia en el tratamiento de la inversión extranjera, y a su vez, la transformación gradual de la conducta tradicional del Estado, el cual actualmente tiene que coexistir con nuevos regímenes internacionales que han creado mecanismos legales y jurídicos internacionales que amplía de forma prominente el ámbito de aplicación del Derecho Internacional. Este esquema jurídico de carácter internacional no es noción exclusiva o propia del Estado, pues surge de un convenio internacional que a pesar de no ser elaborado por el legislador nacional genera una carga normativa vinculante a los estados y sus ciudadanos. Por ende la soberanía estatal concebida de forma tradicional en la cual el Estado tiene plenos poderes para regular las actividades económicas dentro del territorio nacional quedan limitadas a este sistema jurídico internacional, producto de la globalización que principalmente busca garantizar los mecanismos de protección de la inversión extranjera, bajo el principio de seguridad jurídica.

Es claro que la inversión extranjera directa ha sido y es necesaria para el desarrollo de las economías nacionales, particularmente para la introducción de estructuras de producción y generación de fuentes de empleo, sin embargo en los países periféricos la IED se ha concentrado principalmente en la explotación de los recursos naturales y de las telecomunicaciones, sectores en los que se han incrementado los conflictos. Cabe destacar que mucha de la IED realizada en los países en vías de desarrollo se ha beneficiado de ciertas ventajas con respecto al uso de tecnologías e insumos que se hallan restringidos o prohibidos en el primer mundo, y porque la normativa ambiental, laboral y tributaria es menos exigente que en sus países de origen.

En la actualidad, varios gobiernos han manifestado su real preocupación por el factor económico que genera la explotación de sus recursos y el tema ambiental, lo que a su vez ha originado la renegociación de contratos, aumento de regalías a favor de los países y adopción de políticas públicas tributarias, sanitarias, ambientales, que de cierta forma restan control de los inversionistas extranjeros sobre sus operaciones.

En efecto, en los últimos años las medidas adoptadas por los Estados se refieren cada vez más a asuntos de política pública, que evidentemente han generado conflictos con el inversionista extranjero, que debiendo dirimirse en cortes nacionales van a ser resueltas por tribunales internacionales, en este punto si bien es cierto que existe un balance entre los laudos favorables al Estado y al inversionista, muchas veces los gobiernos se ven obligados a invertir cuantiosas sumas de dinero en su defensa contra demandas infundadas basadas en expectativas de rendimientos futuros. Por este motivo, la vía de acceso del inversor al sistema debe estar fundamentada en la existencia de un daño real, determinado y preciso, que haya sido ocasionado por medidas discriminatorias directas del Estado, para lo cual deben adoptarse reglas que establezcan tasas y costas a los montos de los reclamos.

Por otro lado, las normas de tratamiento contempladas en los AII no tienen definiciones claras, dejando un amplio margen de interpretación por parte del inversionista, el Estado y del tribunal, lo que permite un uso indiscriminado del arbitraje internacional referente principalmente a dos temas: el establecer qué abarca la inversión extranjera; y, la expropiación. Sobre la inversión extranjera, particularmente se han generado conflictos en cuanto a si los préstamos constituyen o no inversión extranjera directa. En el tema de la expropiación, en cambio existen dos casos: la expropiación

directa que tiene que cumplir con cuatro condiciones sine qua non: tener finalidad pública, no ser discriminatoria, cumplir con el debido proceso; y, la indemnización correspondiente por parte del Estado que expropia; y, la expropiación indirecta, que ha generado múltiples controversias en el ámbito internacional, en la cual se discute la capacidad reglamentaria del Estado al adoptar resoluciones de carácter público.

Es innegable reconocer que el comportamiento de los Estados receptores no ha sido el más adecuado, por falta de una política nacional a largo plazo y de instituciones fortalecidas y equipos de trabajo preparados para afrontar temas de negociaciones en el ámbito de las IED; ciertamente la inmediatez ha sido característica de los gobiernos, que han tenido como único recurso la reproducción de convenios de inversión negociados en diferentes contextos. Por lo tanto, se hace necesario lograr grupos de trabajo profesionales que construyan un esquema de negociaciones de acuerdos de inversión a largo plazo, si bien es cierto que resulta complejo renegociar los acuerdos ya suscritos, es menester a futuro revisar las plantillas de los tratados bilaterales con respecto por ejemplo a la cláusula de bifurcación en el camino, que deja vía libre al inversionista para recurrir a cortes internacionales, esta regla debería ser sustituida por el principio de agotamiento de las instancias nacionales previo a someter la diferencia a un tribunal arbitral internacional. Por otro lado se debe analizar los pros y los contras antes de establecer al arbitraje Ad-Hoc dentro de los sistemas resolución de conflictos, ya que este es demasiado informal, no contiene normas de procedimiento establecidas y se dificulta constituir el tribunal arbitral.

Si bien es cierto que el sistema de solución de conflictos entre el Estado y el inversor se ha constituido en una herramienta adecuada para las controversias

originadas en el campo de las inversiones extranjeras, se ha visto que existe un cierto grado de deficiencia en las reglas para los procedimientos, las cuales han tenido su origen principalmente en el arbitraje comercial, como es el caso de las reglas UNCITRAL que son las más utilizadas en los conflictos arbitrales. El sistema tiene una debilidad adicional radicada en la dificultad de revisar los laudos, según las reglas de procedimiento que se utilicen existe o no la posibilidad de un recurso, y al respecto esto advierte un perjuicio a la parte afectada, siendo necesario contemplar la creación de un mecanismo complementario para la revisión de laudos que han contrariado principios elementales de bien común, como los de medio ambiente, por ejemplo. De allí que el buen funcionamiento de éstas reglas demanda de reformas de fondo a través de la introducción de normas procesales que permitan garantizar el equilibrio de los derechos privados del inversionista con los derechos de la colectividad y el interés del Estado, siendo importante además la adopción de decisiones de orden internacional, en este aspecto es necesario establecer veedurías internacionales, según la naturaleza de los tratados contando con la participación de organismos e instituciones gubernamentales y no gubernamentales, y fortalecer la figura de *amicus curiae*, que permita la participación de éstas entidades para que intervengan directamente en asuntos de interés público.

En el plano multilateral, la OMC ha regulado el tema de la inversión extranjera directa de forma básica, ese contexto los TBIs han tomado un plano relevante convirtiéndose en el instrumento más importante para la protección de las inversiones extranjeras, que se caracterizan por no fomentar una verdadera liberalización económica, al contrario contienen una serie de normas y medidas absolutamente protectoras de la IED, que restringen la facultad del Estado receptor a controlar y

regular la inversión, y que por lo tanto se superponen a las negociaciones alcanzadas en el marco multilateral.

En la actualidad los marcos teórico conceptual y entorno de los TBI y AII son ambiguos, pues todas las mesas de negociación han tenido más de treinta años de trabajo, y siempre ha existido oposición por parte de los países desarrollados. Estados Unidos particularmente se niega a eliminar las subvenciones agrícolas, Francia reclama la protección de sus instituciones culturales y Alemania exige dar prioridades a lo social y ambiental, de modo que los acuerdos internacionales tienen que superar dos obstáculos: el político y el jurídico.

En el político los países desarrollados quieren sostener los compromisos de los TBI existentes y las fuerzas sociales tienen una clara oposición a cualquier arreglo multilateral o bilateral de comercio. El obstáculo jurídico se da por la facultad de denunciar los acuerdos internacionales de inversión, y las modificaciones tienen que ser consensuadas. La Convención de Viena de 1968 sobre el Derecho de los Tratados, en su Parte IV permite a las partes enmendar o modificar las obligaciones contraídas en virtud de los tratados, este precepto se convierte en una necesidad esencialmente por los cambios radicales ocasionados en el panorama mundial de la IED.

BIBLIOGRAFIA

- CARDOSO, F.H. y ENZO Faletto (1969), “Dependencia y Desarrollo en América Latina”, Siglo XXI Editores, México.
- BERMUDEZ, Augusto, y ROJO, Juan (1976), “Notas sobre el Nuevo Orden Económico Internacional”, Revista Nueva Sociedad, No 22, Enero-Febrero.
- BISHOP Doak y REED Lucy (2001), “Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Parry – Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, junio, disponible en el sitio web www.kslaw.com/library/pdf/bishop4.pdf.
- BITTENCOURT, Gustavo y DOMINGO, Rosario, “Inversión Extranjera Directa en América Latina: Tendencias y determinantes”, disponible en el sitio web <http://decon.edu.uy/publica/1996/Doc0696.pdf>
- BOLAÑOS LINAES, Rigel (2002), “Inversión Extranjera”, Primera Edición, Editorial Porrúa, México D.F.
- CEPAL (2006), “Comercio, Inversión Directa y Políticas Productivas”, Serie Informes y Estudios Especiales No. 16, Santiago de Chile, Publicaciones de las Naciones Unidas.
- CEPAL (2006), “La inversión extranjera en América Latina y El Caribe”, Informe 2006, Santiago de Chile, Publicaciones de las Naciones Unidas.
- CEPAL (1999), “La inversión extranjera en América Latina y el Caribe”, Informe 1999, Santiago de Chile, Publicaciones de las Naciones Unidas.
- COSBEY, Aaron y otros (2004), “Inversiones y Desarrollo Sustentable”, Internacional Institute for Sustainable Development (IISD), disponible en el sitio web www.iisd.org.
- GONZALEZ DE COSSIO, Francisco, “Independencia, Imparcialidad y apariencia de imparcialidad en los árbitro”, publicación en PDF, UNAM, México, disponible en el sitio web: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf
- FERNANDEZ DE GURMENDI, Silvia (1992), “Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras”, Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata, año II, No. 3.
- FRUTOS-PETERSON, Claudia (2005), “El Ciadi y los Tratados Bilaterales de Inversión”, Consejero Jurídico del CIADI, Publicaciones del Ciadi, Washington D.C.
- GLOBAL POLICY FORUM (1997), “Writing the constitution of a single global economy, a concise guide to the Multilateral Agreement on Investment: Supporter’s and Opponent’s Views”, Michelle Sforza-Roderick, Scout Nova y Mark Weisbrot, disponible en el sitio web <http://www.globalpolicy.org/socecon/bwi-wto/sforza.htm>
- GLOBAL POLICY FORUM (1997), “Transnational Corporate Bill of Rights, Negotiations for a Multilateral Agreement on Investment”, Andres Durban and Mark Vallianatos, Friends of Heart-US, Abril, disponible en el sitio web <http://www.globalpolicy.org/socecon/bwi-wto/mail.htm>.
- GUILLEN, Arturo, “Modelos de Desarrollo y Estrategias Alternativas en América Latina”, Universidad Autónoma Metropolitana Iztapalapa, disponible en el sitio web http://www.centrocelsofurtado.org.br/adm/enviadas/doc/17_20070501225608.pdf.
- JIMENEZ, Sonia (2005), “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, Derecho del Comercio Internacional, DeCita, Inversiones Extranjeras, Zavalía S.A., publicación No. 3, Buenos Aires.
- JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo (1998), “Solución de controversias en materia de inversiones extranjeras”, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Tomo 48, Nro. 1, Buenos Aires.
- KAPLAN, René y MALDONADO, Adolfo, “Informe del Bloque 15: Occidental Petroleum Corporation (Oxy-EEUU)”, disponible en el sitio web

<http://www.accionecologica.org/webae/images/2005/petroleo/documentos/04-Atlas-BLOQUE%2015-Occidental.pdf>

- KUNDMÜLER Franz y ROGER, Rubio (2006), “El Arbitraje del Ciadi y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte”, Lima Arbitration, Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, No. 1.
- OCDE (1998), Multilateral Agreement on Investment, “The MAI Negotiating Text”, 24 Abril 1998, disponible en el sitio web <http://www.oecd.org/daf/cmismai/mainindex.htm>.
- OLIVEIRA, Mauro (2003), Tesis Doctoral “El Comercio Agrícola en la Unión Europea y sus Condiciones Estructurales”, Universidad Complutense de Madrid.
- PALLARES, Beatriz (2005), “Reflexiones acerca del consentimiento del Estado para someterse al arbitraje”, Derecho del Comercio Internacional, DeCita, Inversiones Extranjeras, Zavalía S.A., publicación No. 3, Buenos Aires.
- ROMERO SEGUÉ, Alejandro, La Independencia e Imparcialidad en la Justicia Arbitral, Universidad de los Andes, trabajo disponible en www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/Recusacion_Arbitros_Alejandro_Romero.doc
- SORNARAJAH, M (2003), “The Clash of Globalizations and the International Law on Foreign Investment”, the Simon Reisman Lecture in International Trade Policy, en 10 Canadian Foreign Policy, No. 2.
- SUAREZ ANZORENA, Ignacio, “Acumulación de Arbitrajes bajos los Tratados Bilaterales de Inversión”, Grupo de Arbitraje Internacional, Clifford Chance, LLP, Londres, disponible en el sitio web www.limaarbitration.net.
- TEMPONE, Rubén Eduardo (2003), “Protección de Inversiones Extranjeras, sobre los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones y sus efectos jurídicos”, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires.
- UNCTAD (2006), “FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development”, World Investment Report 2006, Naciones Unidas, New York - Geneva .
- UNCTAD (2004), “International Investment Agreements: Key Issues”, Volumen I, II y III, Naciones Unidas, New York – Geneva.
- UNCTAD (2005), “Investor State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review, Unctad Series on International Investment Policies for Development”, Naciones Unidas, New York – Geneva.
- UNCTAD (2003), “Soluciones de Controversias: Entre Estados”, Naciones Unidas, New York – Geneva.
- World Bank (1002), “Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment”, Vol. I.
- YMAZ, Esteban (1999), “Protección de Inversiones Extranjeras, Tratados Bilaterales sus efectos en las Contrataciones Administrativas”, Fondo Editorial de Derecho y Economía, La Ley, Buenos Aires.
- YOUNG, Meter (2000), "The Lessons of Privatization," y SHIRLEY, Mary M., "Trends in Privatization," Economic Reform Today, No. 1, 1998, sacado del trabajo “Las Privatizaciones” de Denes Martos, Buenos Aires, Septiembre, disponible en el sitio web http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Martos_LasPrivatizaciones.htm

Anexo 1

Tabla 1

INGRESOS NETOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA A AMÉRICA LATINA, POR SUBREGIÓN, 1990-1999 (En millones de dólares y porcentajes)							
Subregión/País	1990- 1994	1995	1996	1997	1998	Participación 1998 (porcentajes)	1999 ^a
1. Centroamérica y el Caribe	1 397	2 005	2 108	4 251	5 776	7.5	5 500
2. Centros financieros del Caribe	2 506	2 427	3 119	4 513	6 486	8.5	5 000
3. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)	14 238	27 750	41 416	60 640	64 465	84.0	75 420
Argentina	2 971	5 279	6 513	8 094	6 150	9.5	21 000
Bolivia	85	393	474	731	872	1.4	800
Brasil	1 703	4 859	11 200	19 650	31 913	49.5	31 000
Chile	1 219	2 957	4 637	5 219	4 638	7.2	8 900
Colombia	818	969	3 123	5 703	3 038	4.7	350
Ecuador	293	470	491	695	831	1.3	470
México	5 430	9 528	9 186	12 831	10 238	15.9	10 000
Paraguay	98	155	246	270	256	0.4	100
Perú	785	2 000	3 226	1 785	1 930	3.0	1 500
Uruguay	...	157	137	126	164	0.3	100
Venezuela	836	985	2 183	5 536	4 435	6.9	1 200
Total (1+2+3)	18 220	32 182	46 643	69 404	76 727	100.0	85 920

Fuente: CEPAL, Centro de Información de la Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial, sobre la base de información proporcionada por el Fondo Monetario Internacional, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y los bancos centrales de cada país.

^a Cálculos de la Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales, sobre la base de proyecciones de los bancos centrales de los países correspondientes u otras fuentes, a diciembre de 1999.

Tabla 2

Table 3. Countries and territories with special FDI regimes, ^a 1998

Developed countries	Africa	Asia and the Pacific	Latin America and the Caribbean	Central and Eastern Europe ^b
Greece (1953)	Central African Republic (1963)	Kuwait (1965)	Brazil (1962)	Hungary (1988)
Turkey (1954, 1995) ^c	Kenya (1964)	Republic of Korea (1966)	Chile (1974)	Slovenia (1988)
Australia (1975)	Seychelles (1967, 1994) ^f	Pakistan (1976)	Argentina (1976)	Albania (1991)
Canada (1985)	Lesotho (1969)	Cook Islands (1977)	Barbados (1981)	Belarus (1991)
New Zealand (1985)	Liberia (1973)	Tonga (1978)	Panama (1983)	Croatia (1991)
Israel (1990)	Comoros (1982, 1992) ^c	Maldives (1979)	El Salvador (1988)	Estonia (1991)
Spain (1992)	Morocco (1983, 1995) ^c	Saudi Arabia (1979)	Bahamas (1990)	Latvia (1991)
Finland (1993)	Democratic Republic of Congo (1986)	Bangladesh (1980)	Bolivia (1990)	Poland (1991)
Ireland (1994)	Rwanda (1987)	Bahrain (1984)	Trinidad and Tobago (1990)	Romania (1991)
Portugal (1995)	Senegal (1987)	Samoa (1984)	Colombia (1991)	Russian Federation (1991)
France (1996)	Somalia (1987)	Solomon Islands (1984)	Nicaragua (1991)	Slovakia (1991)
	Botswana (1988)	Qatar (1985)	Peru (1991)	Bulgaria (1992)
	Gambia, The (1988)	Viet Nam (1987)	Honduras (1992)	Czech Republic (1992)
	Gabon (1989)	Myanmar (1988)	Paraguay (1992)	Republic of Moldova (1992)
	Mauritania (1989)	Iran, Islamic Republic of (1990)	Venezuela (1992)	Ukraine (1992)
	Niger (1989)	Sri Lanka (1990)	Ecuador (1993)	The former Yugoslav Republic of Macedonia (1993)
	Togo (1989)	Taiwan Province of China (1990)	Mexico (1993)	Lithuania (1995)
	Zimbabwe (1989)	Tuvalu (1990)	Cuba (1995)	
	Benin (1990)	Iraq (1991)	Domini can Republic (1995)	
	Malí (1991)	Thailand (1991)		
	Uganda (1991)	Yemen (1991)		
	Burkina Faso (1992)	Azerbaijan (1992)		
	Congo (1992)	Democratic People's Republic of Korea (1992)		
	Malawi (1992)	Nepal (1992)		
	Namibia (1992)	Papua New Guinea (1992)		
	Algeria (1993)	Mongolia (1993)		
	Cape Verde (1993)	Turkmenistan (1993)		
	Mauritius (1993)	Armenia (1994)		
	Mozambique (1993)	Cambodia (1994)		
	Sierra Leone (1993)	Indonesia (1994, 1995) ^c		
	Tunisia (1993)	Lao People's Democratic Republic (1994)		
	Zambia (1993)	Malaysia (1994)		
	Angola (1994)	Oman (1994)		
	Djibouti (1994)	Afghanistan (1995)		
	Eritrea (1994)	Bangladesh (1995)		
	Ghana (1994)	China (1995)		
	Côte d'Ivoire (1995)	Georgia (1995)		
	Guinea (1995)	Jordan (1995)		
	Nigeria (1995)	Palestinian territory (1995)		
	Libyan Arab Jamahiriya (1996)	Kazakhstan (1997)		
	Madagascar (1996)	Kyrgyzstan (1997)		
	Egypt (1997)	Micronesia, Federated States of (1997)		
	Ethiopia (1997)	Uzbekistan (1998)		
	United Republic of Tanzania (1997)			

Source: UNCTAD, 1998b, p. 56.

^a Refers to a law or decree dealing specifically with FDI. This table does not cover provisions contained in laws or regulations that do not deal specifically with FDI, but are relevant to FDI.

^b Includes developing Europe.

^c The country has more than one set of legislation dealing with FDI.

Note: the year in which the prevailing legislation was adopted is indicated in parenthesis. Economies are listed according to the chronological order of their adoption of FDI legislation.

Tabla 3

Table 2. National regulatory changes, 1991-2003

Item	1991	1995	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Number of countries that introduced changes in their investment regimes	35	64	60	63	69	71	70	82
Number of regulatory changes of which:	82	112	145	140	150	208	248	244
More favourable to FDI ^a	80	106	136	131	147	194	236	220
Less favourable to FDI ^b	2	6	9	9	3	14	12	24

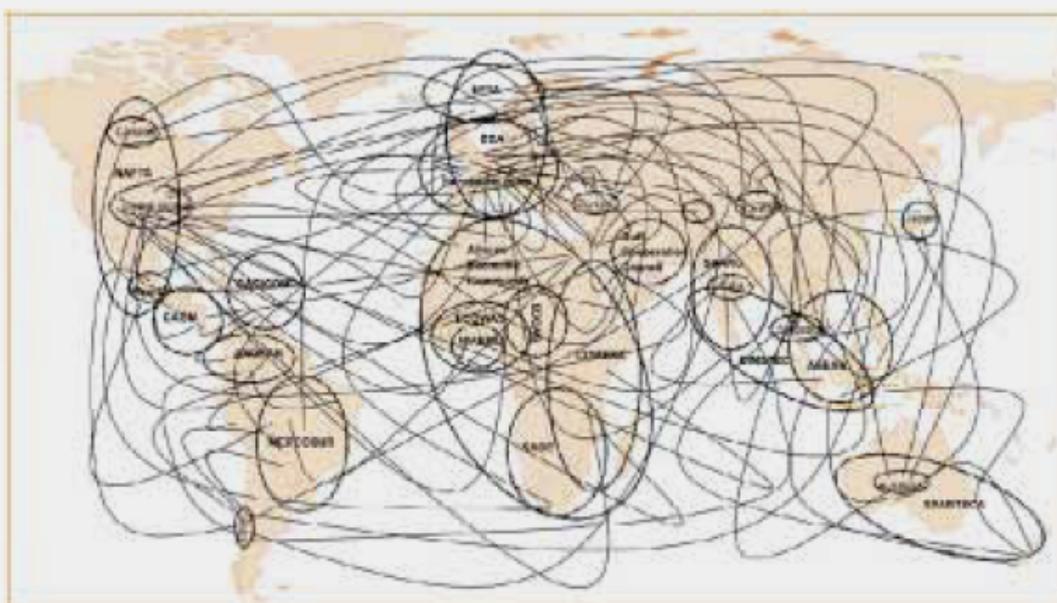
Fuente: UNCTAD, 2004, P.8

a: Incluye liberalización de cambios o cambios dirigidos a fortalecer e funcionamiento del mercado así como el incremento de incentivos

b: Incluye cambios dirigidos al incremento de control así como reducción de incentivos.

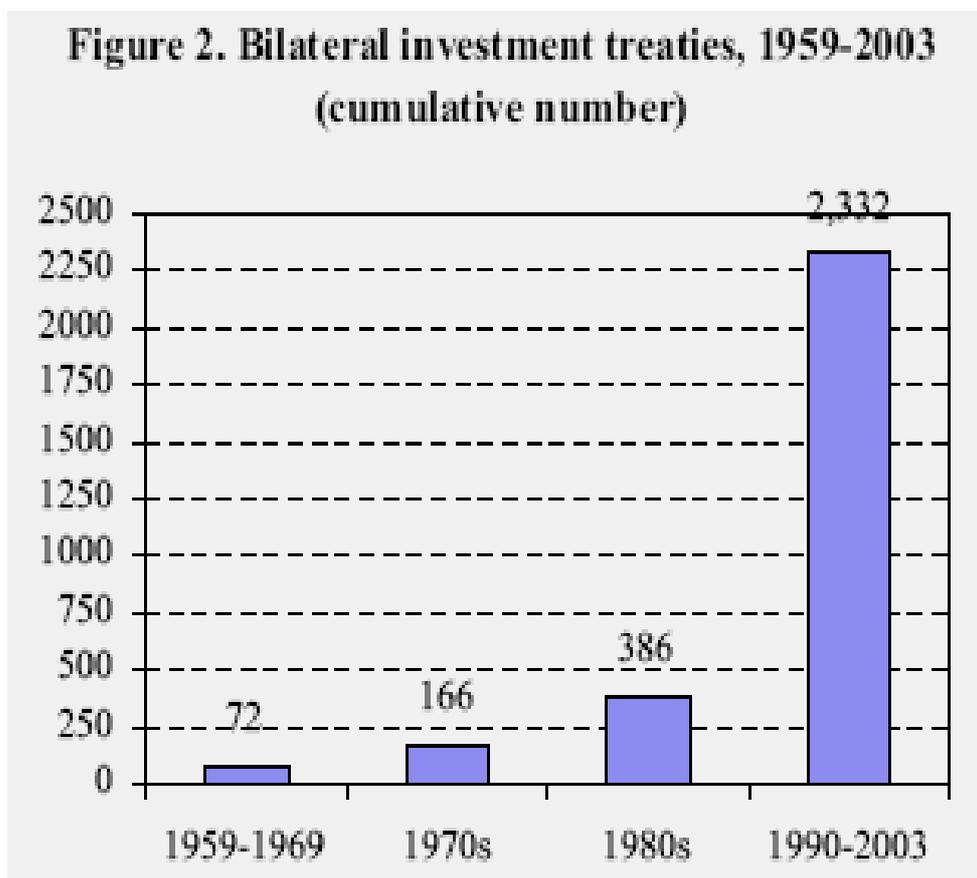
Grafico 1

Mapa 1: The «spaguetti bowl»: Multiple overlapping EIAs, June 2005



Fuente: UNCTAD, based on World Bank, 2005, figure 2.2.

Gráfico 2



Fuente: UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues, Trends in International Investment Agreement: An Overview*

Anexo 2

