

**Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

**Programa de Maestría en Derecho con  
mención en Derecho Financiero, Bursátil y  
de Seguros**

*Criterios para la Construcción de un Sistema  
de Solución de Controversias en Materia de  
Inversiones que Perfeccione el Mecanismo  
Aplicado por el CIADI*

**Catherine Ricaurte Herrera**

**2009**

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.

Catherine Ricaurte Herrera

Quito, 22 de diciembre de 2009

**Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

**Programa de Maestría en Derecho con  
mención en Derecho Financiero, Bursátil y  
de Seguros**

*Criterios para la Construcción de un Sistema  
de Solución de Controversias en Materia de  
Inversiones que Perfeccione el Mecanismo  
Aplicado por el CIADI*

**Catherine Ricaurte Herrera**

**Tutor: Dr. Michel Levi**

**Quito, 2009**

ABSTRAC

El arbitraje internacional para resolver disputas sobre inversiones está estrechamente vinculado al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI), porque por un lado el arbitraje es el mecanismo de solución de conflictos normalmente utilizado en materia de inversiones y por otro el foro generalmente elegido es el CIADI. En los últimos años, varios países latinoamericanos, han cuestionado a dicho Centro al punto de que -como evidencia de su rechazo- su convenio constitutivo ha sido denunciado primero por Bolivia y recientemente por Ecuador.

En este trabajo de investigación se analizan las falencias más graves entorno al CIADI, para ello se identifican los principios y las reglas<sup>1</sup> utilizadas por los tribunales conformados al amparo del Centro. También se revisan los procedimientos usados por el CIADI y otras críticas relevantes que dan cuenta de sus problemas. No obstante, pudimos verificar que las inconformidades con las resoluciones del CIADI -quizás las más profundas- nacen de la estructura actual de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca a las Inversiones y su concepción. Todo ello permitió, finalmente, proponer los criterios que podrían orientar la construcción de un sistema de solución de controversias, en materia de inversiones, que perfeccione el mecanismo utilizado por el CIADI.

Esta tesis contiene tres capítulos, el primero sobre la inversión extranjera y el arbitraje internacional; el segundo contiene el balance del CIADI; y el tercero lo conforman las conclusiones, es decir los criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI.

---

<sup>1</sup> Contenidas en los TBIs, cuya importancia es suma ya que se han convertido en el derecho regulador común de las actividades entre Estados e inversionistas extranjeros.

## TABLA DE CONTENIDOS

	página
Introducción.....	8
<b>CAPÍTULO I: Inversión extranjera y arbitraje internacional.....</b>	<b>13</b>
1. Inversión extranjera.....	13
1.1. Construcción de un régimen de inversiones extranjeras.....	14
1.2. Protección jurídica a las inversiones extranjeras: Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBIs).....	15
1.3. El concepto de inversión en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y en el de los tratados internacionales sobre inversiones.....	20
1.3.1. Inexistencia del concepto de inversión en el Convenio de Washington.....	24
1.3.2. El concepto de inversión en tratados internacionales.....	25
2. El consentimiento de las partes para someterse al arbitraje internacional, en materia de inversiones, ante el CIADI.....	31
3. Los TBIs y sus partes.....	35
4. El arbitraje, como mecanismo de solución para resolver conflictos entre un inversionista privado y el estado receptor de la inversión.....	37
5. La inversión extranjera y el arbitraje internacional en la Constitución ecuatoriana.....	40
<b>CAPÍTULO II: Balance del CIADI.....</b>	<b>49</b>
1. Breve contexto histórico del CIADI.....	49
2. Análisis del mecanismo de arbitraje aplicado por el CIADI para resolver controversias en materia de inversiones.....	51
2.1. Reglas procesales o procedimientos aplicados en los arbitrajes administrados por el CIADI.....	52
2.2. Las reglas de los TBIs aplicadas por los tribunales arbitrales conformados al amparo del CIADI.....	56

2.2.1. El trato nacional.....	57
2.2.2. La cláusula de la nación más favorecida.....	58
2.2.3. Tratamiento justo y equitativo.....	62
2.2.4. La cláusula paraguas o <i>umbrella clause</i> .....	66
2.2.5. Protección y seguridades plenas.....	68
2.2.5.1. Protección contra las expropiaciones.....	69
2.2.5.2. Libre transferencia de fondos.....	72
2.2.5.3. Cláusula de compensación por pérdidas.....	74
2.2.6. La <i>stabilization clause</i> .....	75
2.2.7. Cláusula de remanencia.....	77
2.2.8. Cláusula de solución de controversias: el arbitraje internacional.....	79
2.3. Críticas sobre el mecanismo de arbitraje aplicado por el CIADI...	81
2.3.1. Conflicto de intereses en torno al CIADI.....	82
2.3.2. Costo de un arbitraje ante el CIADI.....	85
2.3.3. Doble enjuiciamiento.....	87
2.3.4. Confidencialidad de los procesos arbitrales.....	88
<b>CAPÍTULO III:</b> Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI.....	90
3.1. Denuncia por parte de la República del Ecuador al CIADI.....	90
3.2. Revisión de los principios de protección a las inversiones extranjeras en los TBIs.....	95
3.3. Sistema recursivo: corte de apelación.....	99
3.4. Tratamiento efectivo del conflicto de intereses: reglamentación acerca del deber de revelación de los árbitros y causales taxativas de recusación.....	102

3.5. Procedimiento sumario y adecuado a las particularidades de cada caso.	104
3.6. Acumulación de procesos.....	106
3.7. Publicidad y transparencia en los arbitrajes en materia de inversiones.....	108
Bibliografía.....	110

## INTRODUCCIÓN

El mecanismo de arbitraje internacional aplicado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI) actualmente es cuestionado, lo cual es motivo de especial preocupación por su incidencia en el plano jurídico, económico y social de los países que dirimen controversias ante este Centro.

Las críticas en torno al CIADI han dado lugar a su rechazo por parte de varios países latinoamericanos, entre ellos Ecuador, que el 2 de julio de 2009 presentó su denuncia al Convenio de Washington que crea el Centro, sin embargo, esta medida que será analizada en el acápite correspondiente deberá ir acompañada de propuestas tendientes a enfrentar los problemas que se han originado en torno a la resolución de conflictos que surgen entre Estados e inversionistas extranjeros.

Dentro de este contexto nos preguntamos ¿Cuáles son los criterios que pudieran orientar la construcción de un sistema de solución de controversias, en materia de inversiones, que perfeccione el mecanismo utilizado por el CIADI?. Para determinar dichos criterios, empezamos por clarificar el concepto de inversión, precisar el alcance de la protección a la inversión extranjera y con ello revisar dicha protección en el marco de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca a las Inversiones (en adelante TBI en singular y TBIs en plural, según el caso). Así se identificaron los principios y las reglas utilizadas para resolver las controversias sobre inversiones entre Estados e inversionistas privados. Todo ello sirvió para, finalmente, determinar los criterios que podrían orientar la construcción de un sistema de solución de controversias, en materia de inversiones, que perfeccione el mecanismo utilizado por el CIADI.

La evidencia que se requirió, para configurar el objeto de investigación, fue la identificación de las cláusulas comunes de los TBIs suscritos y ratificados por el Ecuador que protegen a la inversión extranjera, instrumentos con los cuales demandan los inversionistas al Estado receptor de la inversión, ante el CIADI. Pero dicho análisis se encuentra unido a la revisión de una muestra de casos resueltos por tribunales arbitrales conformados al amparo del CIADI, casos en los que se observa la aplicación de las mencionadas cláusulas comunes y las diferentes interpretaciones que le han dado los referidos tribunales.

La descripción de la problemática requirió contar con las estadísticas ya desarrolladas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), acerca del número de TBIs y sus suscriptores; el número de casos en el CIADI; la distribución de los procesos de arbitraje, entre los distintos foros que utilizan el arbitraje para dirimir controversias internacionales; el tipo de resoluciones del CIADI; los casos que atiende y las indemnizaciones que han impuesto los tribunales arbitrales. Fuente fundamental de esta investigación fue la literatura académica relacionada con el tema, como se lo observará en los distintos acápite de este trabajo.

El capítulo I de esta tesis aborda la importancia de la *inversión extranjera* cuyas ventajas ocasionaron, a nivel internacional, la instauración de un marco institucional para el libre movimiento y operación de la inversión, mediante incentivos financieros, fiscales y legales otorgados por los Estados a los inversionistas o a la inversión extranjera. Fue así que bajo el argumento de una mayor seguridad jurídica se dotó de un marco regulatorio favorable y común para proteger a las inversiones extranjeras, a través de los llamados Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca a las Inversiones.

En dicho capítulo también se evidencia la importancia de los TBIs, al punto de lograr un éxito exponencial en la suscripción y ratificación por parte de los Estados y con ello instaurar un esquema normativo general en materia de derechos y garantías para el inversor extranjero.

Sentada la importancia de los TBIs se pasa a analizar el concepto de inversión en el marco de dichos instrumentos y del CIADI, verificándose -con base en las normas aplicables y los casos revisados- que los tribunales arbitrales conformados al amparo del Centro son partidarios de una conceptualización amplia del término inversión y la práctica generalizada es determinar su competencia. Con ello se planteó la necesidad de revisar el consentimiento para someterse al CAIDI, ya que cualquier sistema arbitral se funda en el consentimiento de las partes.

En la parte final de este capítulo se analiza brevemente que la inversión extranjera y el arbitraje internacional, en la Constitución del 2008, tienen un concepto y alcance radicalmente diferentes; así como también los argumentos que cabrían, a favor y en contra, sobre la procedencia de una acción extraordinaria de protección, en contra de un laudo dictado por un tribunal del CIADI, ante la posible violación de un derecho fundamental y los efectos que -en la esfera nacional e internacional- devendría de aquello.

El capítulo II inicia con una breve narración acerca del nacimiento del CIADI y el contexto en el que se desarrolló hasta lograr su inserción generalizada. Inmediatamente se analizan los principios y reglas aplicados por dicho Centro en la resolución de conflictos en materia de inversiones a fin de detectar aciertos y errores. Se abordan, en primer lugar, las reglas procesales aplicadas en los arbitrajes administrados por el CIADI (inicio, forma de conformación del tribunal, las normas procesales a aplicarse para resolver la disputa, temas sobre los cuales decide el tribunal, los recursos

en contra del laudo emitido y las causales por las que caben éstos, la ejecución del laudo y el mecanismo complementario del CIADI).

La revisión de las normas o cláusulas comunes de los TBIs fue parte fundamental de este capítulo (trato nacional, nación más favorecida, tratamiento justo y equitativo, *umbrella clause*, protección y seguridades plenas, expropiación directa e indirecta, compensación por pérdidas, *stabilization clause*, cláusula de remanencia y cláusula de solución de controversias) ya que éstas son las reglas aplicadas por los tribunales CIADI para resolver las controversias puestas a su resolución. Dicha revisión incluyó la aplicación de las referidas reglas a casos en concreto (Fedax N.V. vs. Venezuela, Maffezini vs. Reino de España, CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina, Antoine Goetz y otros vs. República de Burundí, Siemens vs. Argentina, Saipem S.p.A. vs. Bangladesh, entre otros).

Para finalizar el balance del CIADI, se analizan las críticas -en torno al CIADI- que tienen consideraciones relevantes para los fines de la investigación: conflicto de intereses, costo del arbitraje y confidencialidad.

Atendiendo a la investigación realizada, en el capítulo III se propone los criterios en base a los cuales se podría perfeccionar el mecanismo de arbitraje aplicado por el CIADI. Para ello se analiza, en primera instancia, la medida de denuncia recientemente adoptada por el Ecuador e inmediatamente se pasa a revisar dichos criterios.

Se propone una *revisión de los principios de protección a la inversión extranjera* constantes en los TBIs suscritos y ratificados, a fin de adaptarlos a los objetivos buscados. Otra propuesta es una *Corte de Apelación*, con la cual se pretendería alcanzar coherencia en la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones, corrección de errores legales y legitimidad del laudo arbitral, toda vez que están involucrados intereses públicos. Como tratamiento efectivo del conflicto de intereses, la

propuesta es una *reglamentación acerca del deber de revelación de los árbitros y el establecimiento de causales taxativas de recusación*. Otro criterio es la instauración de un *procedimiento sumario y adecuado a las particularidades de cada caso*. Para evitar la multiplicidad de casos conexos y con ello soluciones inconsistentes, se propone la *acumulación de procesos* en aquellos casos en los que existe identidad fáctica y/o legal, de tal manera que se optimice el uso de las acciones y se coadyuve a una buena administración de justicia. El último criterio que se propone, para perfeccionar el mecanismo de arbitraje en materia de inversiones, es la *publicidad y transparencia en este tipo de arbitrajes*.

# CAPÍTULO I

## Inversión extranjera y arbitraje internacional

### 1. Inversión extranjera.

La viabilidad de los sistemas económicos locales<sup>2</sup> depende, en gran medida, de captar capital suficiente para que continúen siendo operativos e innovadores. Resulta evidente que en una economía local los costos de explotación son distintos a los que se generan en una economía generalizada, por ello el fuerte aumento de los flujos internacionales de capital<sup>3</sup> -y dentro de éstos la inversión extranjera-, constituyen el punto central para dicha viabilidad.

La inversión extranjera tiene que ver con el flujo internacional de capital de propiedad privada y se configura a través de dos formas básicas: “‘Greenfield’ que involucra la creación de una nueva instalación -por ejemplo, la creación de una fábrica por parte de un inversor extranjero-, o la utilización y la incorporación de nuevas tecnologías de producción; y ‘Brownfield’, es decir, funciones y adquisiciones que implican la compra de activos de firmas nacionales ya existentes”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> El conjunto de actividades económicas desarrolladas dentro de una circunscripción territorial, generalmente un país.

<sup>3</sup> Como los señalan James Petras y Henry Veltmeyer, los flujos internacionales de capital provienen de fuentes públicas y privadas. Los **flujos públicos** están formados por transferencias de recursos financieros entre gobiernos, que teóricamente se ponen a disposición para ayudar a los países en vías de desarrollo a acceder a recursos financieros suplementarios para compensar una relativa falta de capital. Los **flujos internacionales de capital privado** revisten tres formas principales: **préstamos de bancos extranjeros**, que son los otorgados por los bancos comerciales o por las instituciones multilaterales como el FMI y Banco Mundial a los prestatarios del sector público o privado; las **inversiones de cartera** que están representadas por la compra de acciones, bonos, obligaciones y otros instrumentos financieros emitidos por el sector privado (o por el gobierno, en el caso de los bonos) en un país distinto de aquel en el cual se efectúa la compra; y, la **inversión extranjera**, es decir la colocación de capitales a largo plazo en algún país extranjero ya sea a través de la instalación de una empresa o la adquisición de firmas nacionales ya existentes. James Petras y Henry Veltmeyer, *Juicio a las Multinacionales, Inversión Extranjera e Imperialismo*, México D.F., Lumen S.A., 2007, p. 66 – 67.

<sup>4</sup> James Petras y Henry Veltmeyer, *Juicio a las Multinacionales, Inversión Extranjera...* p. 67.

Las ventajas asociadas a la inversión extranjera han sido varias, entre las cuales se puede destacar: el que constituyen un importante motor del crecimiento económico debido a que es una de las vías principales por las que un país, en vías de desarrollo, logra superar la escasez de capital, inclusive muchos economistas coinciden en que la inversión extranjera es la “columna vertebral de la financiación para el desarrollo”; se dice también que debido a la inversión extranjera se ha dado transferencia de tecnología<sup>5</sup> lo que implica la introducción de técnicas gerenciales y prácticas comerciales superiores, con lo cual se estimula el desarrollo del *know-how* tecnológico local; otra ventaja asociada son los vínculos con los mercados extranjeros, lo cual ayuda a promover la integración en la economía mundial; por otro lado, los inversores extranjeros aportan ingresos tributarios y ello contribuye a una mayor recaudación tributaria local; finalmente, el ingreso de inversión extranjera atrae mayores inversiones<sup>6</sup>.

### **1.1. Construcción de un régimen de inversiones extranjeras.**

En el contexto de las reformas estructurales del Consenso de Washington<sup>7</sup>, las ventajas asociadas a la inversión extranjera<sup>8</sup>, ocasionaron la instauración de un marco institucional para el libre movimiento y la libre operación de inversores extranjeros y su capital. Abierta la economía, los gobiernos anfitriones empezaron a conceder incentivos como medio para atraer a las inversiones. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre

---

<sup>5</sup> Por la creación de nuevas empresas (Greenfield) o la toma de control de empresas nacionales ya existentes (Brownfield).

<sup>6</sup> Ver: James Petras y Henry Veltmeyer, *Juicio a las Multinacionales, Inversión...*, p. 224 – 237.

<sup>7</sup> Ver: [http://es.wikipedia.org/wiki/Consenso\\_de\\_Washington](http://es.wikipedia.org/wiki/Consenso_de_Washington)

<sup>8</sup> Durante las décadas de los años ochenta y noventa.

el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés)<sup>9</sup>, en su Perfil Financiero Mundial de 2004, expone la variedad de incentivos concedidos: subsidios, importaciones sin pagos de aranceles, exenciones temporales o permanentes del impuesto a la renta, entre otros incentivos financieros, fiscales y legales.

Respecto a tales reformas, la UNCTAD señala que entre 1991 y 2003, al menos 35 países por año introdujeron un total de 3.385 cambios reglamentarios en su régimen de inversión de los cuales 114 se mostraban muy favorables para atraer a la inversión extranjera<sup>10</sup>.

El argumento de mayor seguridad jurídica a las inversiones extranjeras, dio lugar al nacimiento de los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, así estos tratados o convenios internacionales se han convertido en el cimiento de un régimen emergente de inversiones, cuyo objetivo principal es dotar de un marco regulatorio favorable para protegerlas: “obtener grados adicionales y más elevados de protección jurídica y garantías para las inversiones de sus empresas que los ofrecidos en virtud de las leyes nacionales”<sup>11</sup>.

## **1.2. Protección jurídica a las inversiones extranjeras: Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBIs).**

---

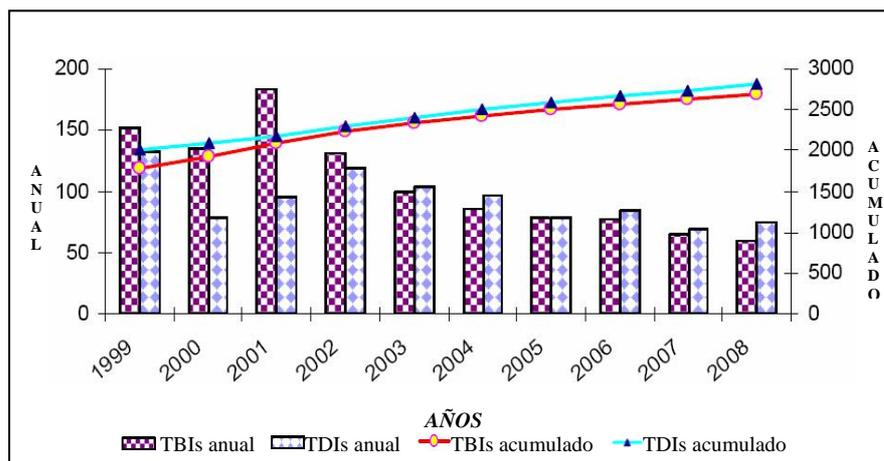
<sup>9</sup> Se estableció en 1964 como un cuerpo intergubernamental permanente de las Naciones Unidas. La UNCTAD es el principal órgano de la Asamblea General de la ONU para los asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo. Los objetivos de la organización son "*maximizar las oportunidades comerciales, de inversión y desarrollo de los países en vías de desarrollo así como la asistencia en sus esfuerzos para integrarse en la economía mundial*". Ver: ([http://es.wikipedia.org/wiki/Conferencia\\_de\\_las\\_Naciones\\_Unidas\\_sobre\\_Comercio\\_y\\_Development](http://es.wikipedia.org/wiki/Conferencia_de_las_Naciones_Unidas_sobre_Comercio_y_Development)).

<sup>10</sup> Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Capital Accumulation, Growth and Structural Change*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004c, p. 8.

<sup>11</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *World Investment Report 2000: Crossborder Mergers and Acquisitions and Development*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2000, p. 1.

La UNCTAD informa anualmente sobre el impresionante éxito en la suscripción y por ende utilización de los TBIs, a finales del 2008 existían más de 2.600 tratados bilaterales de inversión, y dentro de los seis primeros meses del 2009 se han ratificado 25 TBIs más. En el año 2008 se ratificaron 59 tratados bilaterales de protección a las inversiones, con lo cual el número total de estos instrumentos<sup>12</sup> ascendió a 2676<sup>13</sup>:

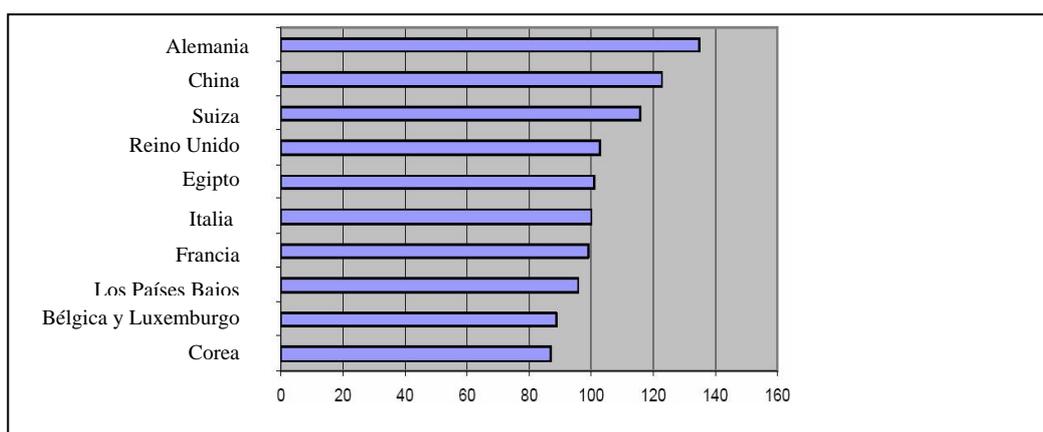
#### Número de TBIs y TDIs concluidos (total acumulado) 1999 - 2008



Fuente: UNCTAD (Recent developments in international investment agreements 2008-June 2009)

Alemania es el país que mayor número de TBIs ha ratificado, seguido por China, luego por Suiza, Reino Unido, Egipto, Italia y en el piso de los 10 países que más TBIs han suscrito está la República de Corea.

#### Top 10 de los países suscriptores de TBIs, hasta finales de 2008



Fuente: UNCTAD (Recent developments in international investment agreements 2008-June 2009)

<sup>12</sup> A nivel mundial

<sup>13</sup> Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Recent Developments in International Investment Agreements*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, p. 2. ([http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20098\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteia20098_en.pdf)).

A finales del 2008 el 41% de todos los TBIs se concentraron en los países de Asia y Ocenía; es decir 1.112 acuerdos<sup>14</sup>. En esa región, durante el 2008 se suscribieron 16 tratados nuevos, 15 de ellos con países europeos. Los países asiáticos, en el 2008 celebraron 4 TBIs con países de América Latina (Colombia, Guayana, México y Uruguay) lo cual denota un aumento en relación a años anteriores; por otro lado suscribieron 7 tratados bilaterales entre sí; 2 de estos entre los miembros de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN); 3 fueron negociados por la India, país muy activo en los últimos 3 años, ya que en el 2008 suscribió 6 TBIs, en el 2007 suscribió también 6 y en el 2006 firmó 5 tratados bilaterales de protección a las inversiones, lo cual -según la UNCTAD- refleja el papel de la India como un país exportador de capital<sup>15</sup>.

Los países africanos, en el 2008, firmaron 12 tratados, en total tienen suscritos 715 acuerdos de este tipo; es decir el 27% del total de TBIs, la mayoría de estos tratados los suscribieron con países desarrollados de Europa (8)<sup>16</sup>.

América Latina y el Caribe, sigue siendo la zona menos activa es así que en el 2008 suscribieron en total 8 TBIs; a finales del 2008 esta región tenía 483 TBIs o el 18% de acuerdos. En el año en referencia, 4 tratados fueron suscritos con Asia (2 con China, 1 con Indonesia y 1 con la India), señala la UNCTAD que la firma de TBIs en esta región ha ido en declive desde el 2001, lo cual considera que se debe a la política de negociación de tratados de libre comercio, poniendo como ejemplo el caso de Chile que desde la firma de un TLC con Estados Unidos no ha firmado más tratados bilaterales sobre inversiones<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 3.

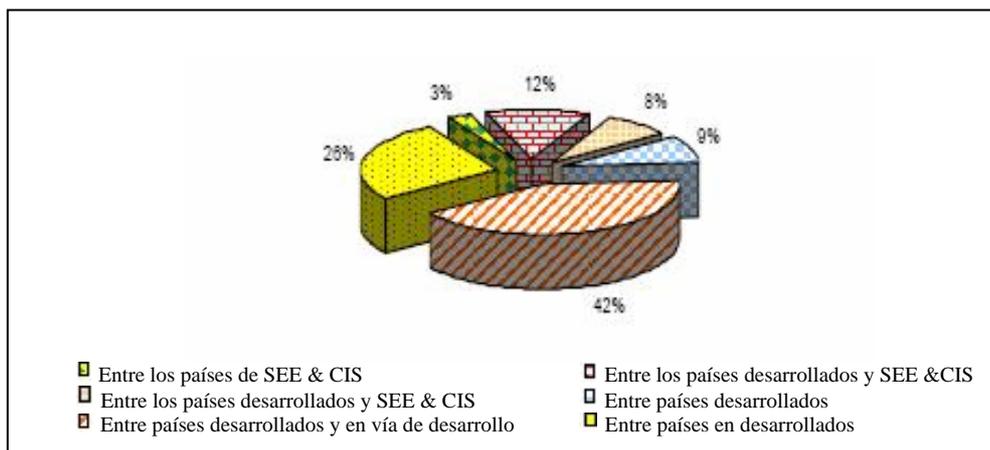
<sup>15</sup> *Idem.*

<sup>16</sup> Debe considerarse que los porcentajes presentados no suman el 100%, lo cual se debe a la doble contabilización de un TBI, para ambas regiones involucradas.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 4.

Los países de Europa Sudoriental (SEE) y la Comunidad de Estados Independientes (CEI) firmaron, en el 2008, 19 nuevos TBIs, con ello la suma total en esta región es de 613 acuerdos o el 23% de todos los TBIs. Once de ellos fueron celebrados con países desarrollados<sup>18</sup>.

### Distribución regional de TBIs, total a finales de 2008



Fuente: UNCTAD (Recent developments in international investment agreements 2008-June 2009)

La importancia de estos TBIs se debe no solo a su exponencial proliferación a partir de la década de los años 90, sino a que al parecer han diseñado un esquema normativo general en materia de derechos y garantías para el inversor extranjero, cuya contrapartida es la obligación del Estado receptor de protegerlo, de esta manera los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones se han convertido en un derecho regulador común de actividades, que tradicionalmente, estaban bajo la potestad soberana del Estado<sup>19</sup>.

Existen más de 2000 tratados bilaterales de inversión que procuran proteger las inversiones extranjeras, junto con un importante número de convenciones multilaterales y un par de tratados de libre comercio. Todos ellos, comparten la característica de que, a pesar de ser acuerdos entre Estados, permiten a los particulares ampararse en sus

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> En ese sentido Gustavo Guerra: “Como resultado de este proceso creciente de influencia externa y globalización económica, la capacidad regulatoria de los estados se ha visto limitada y condicionada por el andamiaje normativo e institucional que ellos mismo han conformado para la captación y sostenimiento de inversiones internacionales, reasegurado por compromisos jurídicos, en el marco multilateral, regional, y bilateral, apreciándose un régimen que supera la capacidad de acción y de regulación de los países individualmente y delinea una suerte de mercado casi autorregulado, con un comportamiento autónomo y propiciado fundamentalmente por la actuación de emporios corporativos y la dirección y volumen de los flujos financieros. Gustavo Guerra, *Los Retos en el Fortalecimiento de la Capacidad Nacional de los Estados en la Administración de Inversiones y su Normativa Interna: La Experiencia de Ecuador*, UNCTAD, Quito, 2007, p. 4. ([http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p10\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p10_sp.pdf)).

preceptos tanto en lo referido a los términos de los estándares de tratamiento como en lo referido a la elección del foro para la solución de controversias, incluyendo especialmente el arbitraje internacional<sup>20</sup>.

Los TBIs ofrecen a los inversores de los países suscriptores del tratado una serie de garantías, a través de diversos mecanismos, éstos contienen características similares tanto en su estructura como en sus contenidos<sup>21</sup>. Los Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones, contienen cláusulas que garantizan a las inversiones extranjeras: un trato justo y equitativo, es decir el mismo tratamiento que reciben las inversiones nacionales (cláusula de trato nacional); el derecho de indemnización en caso de medidas expropiatorias -entre las que se incluyen las medidas de “expropiación indirecta”-; la garantía del trato a las inversiones procedente del país que goce de un tratamiento más favorable (cláusula de la nación más favorecida); la libre transferencia de las rentas obtenidas; y en caso de controversias, la posibilidad de acudir directamente al arbitraje internacional del CIADI o a un arbitraje *ad hoc*, generalmente bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés). El contenido de estas cláusulas serán analizadas en el siguiente capítulo.

En este momento nos interesa señalar que entre las garantías que presentan los TBIs se encuentra un sistema propio de resolución de conflictos conforme al cual, un particular estaría en capacidad de demandar a un Estado, ante un tribunal arbitral cuando sus intereses se vean amenazados. “Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional, superando de ese

---

<sup>20</sup> Francisco Orrego Vicuña, “De los contratos y tratados en el mercado mundial”, *Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, p. 25.

<sup>21</sup> Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, Series on Issues in International Investment Agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999, p 44 y ss.

modo las limitaciones que le impone el orden jurídico internacional”<sup>22</sup>. Es decir, los TBIs conceden al inversor los privilegios de sustituir el sistema de justicia del Estado donde invierten, por un tribunal foráneo. Sin embargo, para determinar si las partes han consentido al arbitraje internacional y si el tribunal arbitral es competente para dirimir controversias -entre estados e inversores- es fundamental el concepto de inversión.

### **1.3. El concepto de inversión en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y en el de los tratados internacionales sobre inversiones.**

Uno de los objetivos fundamentales de esta investigación y estudio es el análisis del mecanismo de arbitraje internacional aplicado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), los motivos son varios; no obstante, por el momento es oportuno citar algunos datos estadísticos que denotan la importancia de este centro -en materia de inversiones- a fin de justificar el análisis del concepto de inversión, dentro del marco del CIADI, lo cual será crucial para determinar su competencia.

Los TBIs prefieren el arbitraje internacional administrado por el CIADI, seguido por el arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de UNCITRAL. Así tenemos que de los 25 TBIs suscritos y ratificados por el Ecuador, 22 contemplan la conformación de un tribunal arbitral bajo las reglas del CIADI, en caso de controversias, como se puede observar en el cuadro que sigue:

---

<sup>22</sup> Granato Leonardo, *Protección del Inversor Extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Eumed.net, Buenos Aires, 2005, p. 11 ([http://books.google.com.ec/books?hl=es&id=EqSK-ojmsvIC&dq=Granato+Leonardo,+Protecci%C3%B3n+del+Inversor+Extranjero+en+los+Tratados+Bilaterales+de+Inversi%C3%B3n,&printsec=frontcover&source=web&ots=nG5aHFpQfH&sig=DOSJ0yrkeBchQpvZOS8\\_2JSJ0CQ&sa=X&oi=book\\_result&resum=5&ct=result#PPP1,M1](http://books.google.com.ec/books?hl=es&id=EqSK-ojmsvIC&dq=Granato+Leonardo,+Protecci%C3%B3n+del+Inversor+Extranjero+en+los+Tratados+Bilaterales+de+Inversi%C3%B3n,&printsec=frontcover&source=web&ots=nG5aHFpQfH&sig=DOSJ0yrkeBchQpvZOS8_2JSJ0CQ&sa=X&oi=book_result&resum=5&ct=result#PPP1,M1))

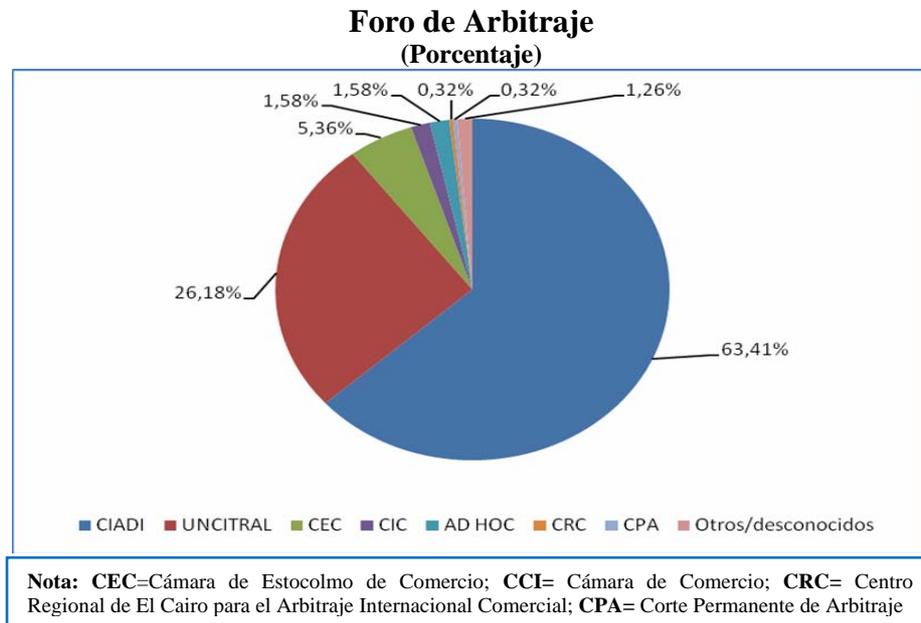
**LOS TBIS SUSCRITOS Y RATIFICADOS POR ECUADOR**

<b>No</b>	<b>PAIS</b>	<b>VIGENCIA</b>	<b>VENCIMIENTO</b>	<b>TRIBUNAL EMPLEADO EN CASO DE DISPUTAS</b>
1	ARGENTINA	01/11/1995	01/11/2005	CIADI o Tribunal ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
2	BOLIVIA	15/09/1997	15/09/2007	CIADI o Tribunal ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
3	CANADA	06/06/1997	06/06/2012	CIADI o Tribunal ad-hoc de acuerdo a las reglas del UNCITRAL
4	CHILE	02/01/1996	02/01/2006	CIADI
5	CHINA	01/07/1997	01/07/2007	Tribunal ad-hoc
6	COSTA RICA	06/12/2001	06/12/2011	CIADI o Tribunal ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
7	CUBA	01/06/1998	01/06/2008	Arbitraje ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
8	REPUBLICA DOMINICANA	26/06/1996	26/06/2001	CIADI
9	EL SALVADOR	14/01/1996	14/01/2006	CIADI
10	FINLANDIA	16/12/2001	16/12/2011	CIADI o Tribunal ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
11	FRANCIA	10/06/1996	10/06/2011	CIADI o Tribunal ad-hoc
12	ALEMANIA	21/02/1999	21/02/2009	CIADI o Arbitraje ad-hoc según las reglas del CNUDMI
13	HONDURAS	26/07/2000	26/07/2010	CIADI
14	HOLANDA	01/07/2001	01/07/2011	CIADI o Arbitraje ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
15	NICARAGUA	18/09/2002	18/09/2012	CIADI
16	PARAGUAY	18/09/1995	18/09/2005	CIADI o Tribunal ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
17	PERU	10/12/1999	10/12/2014	CIADI o Tribunal ad-hoc
18	RUMANIA	18/06/1997	18/06/2007	CIADI o Arbitraje ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
19	ESPAÑA	18/06/1997	18/06/2007	CIADI o Arbitraje ad-hoc
20	SUECIA	01/03/2002	01/03/2012	CIADI o Arbitraje ad-hoc según las reglas del UNCITRAL
21	SUIZA	11/10/1969	11/10/1974	Tribunal ad-hoc
22	REINO UNIDO	24/08/1995	24/08/2005	CIADI
23	ESTADOS UNIDOS	11/05/1997	11/05/2007	CIADI o Tribunal ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI
24	URUGUAY	31/07/1995	S/D	S/D
25	VENEZUELA	01/01/1995	01/01/2005	CIADI o Tribunal ad-hoc de acuerdo a las reglas del CNUDMI

**Fuente:** Ministerio de Relaciones Exteriores

De manera similar, a nivel mundial, en materia de inversiones se opta generalmente por el arbitraje administrado por el CIADI, es más en casi la totalidad de los casos no existe el acuerdo previo de las partes -con cláusulas insertas en los

contratos- para someter la resolución de sus controversias al arbitraje internacional administrado por dicho Centro, sin embargo, su conocimiento y consiguiente resolución es remitida al CIADI, en atención a los TBIs suscritos<sup>23</sup>.



**Fuente:** UNCTAD (Last developments in investor- State dispute Settlement, 2009)

De acuerdo a los datos de la UNCTAD, al 2008, el número de casos de arbitraje -basados en un TBI- fueron 317, no obstante esta cifra no es exacta ya que se refiere a los casos conocidos, el número de casos probablemente es mayor<sup>24</sup>. El foro más utilizado es el CIADI (incluido su mecanismo complementario)<sup>25</sup> ya que ante este centro se habrían ventilado 201 casos de los 317, le sigue la conformación de tribunales ad-hoc de conformidad con las reglas del arbitraje de UNCITRAL con 83 casos, luego el foro que brinda la Cámara de Estocolmo de Comercio con 17 casos, seguido por 5 casos en la Cámara de Comercio Internacional, 5 arbitrajes ad hoc, un caso más se presentó en el Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional y

<sup>23</sup> Ver: el documento titulado: *Demandas contra el País por Controversias Planteadas ante el CIADI y el UNCITRAL o CNUDMI*, del Bloque Demócrata Progresista, Secretaría Parlamentaria. (<http://www.demoprogresista.org.ar/centro%20lisando%20de%20la%20torre/ESTADO%20Y%20JUSTICIA/DEMANDAS%20CONTRA%20ARGENTINA%20POR%20CONTROVERSIAS.doc>)

<sup>24</sup> Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Latest developments in investor-State dispute Settlement*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2009, p 2. [http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webdiaeia20096_en.pdf).

<sup>25</sup> Sobre el mecanismo complementario al CIADI se hablará más adelante.

uno fue administrado por la Corte Permanente de Arbitraje. En cuatro casos las normas aplicables son desconocidas<sup>26</sup>.

Por lo menos 77 países -47 de ellos en vías de desarrollo, 17 desarrollados y 13 países con economías en transición- han sido demandados con base en un TBI, utilizando el mecanismo del arbitraje internacional, principalmente ante el CIADI y la mayoría de las demandas fueron presentadas por inversionistas de países desarrollados. Durante el 2008 se presentaron cuatro demandas de arbitraje en contra de Ecuador y cuatro en contra de Ucrania, le sigue Georgia con tres demandas presentadas en su contra, mientras que Argentina, Costa Rica y la República Bolivariana de Venezuela se enfrentan, cada uno, a dos demandas nuevas. Gabón, Senegal y Uzbekistán se enfrentan a una demanda arbitral por primera vez<sup>27</sup>.

La República Argentina encabeza la lista de demandas arbitrales en su contra, con 48 demandas, 44 de ellas surgieron en el entorno de su crisis financiera; le sigue México con 18 demandas arbitrales en su contra; en tercer lugar está la República Checa con 15 demandas; le sigue Ecuador con 14 casos, Canadá y los Estados Unidos vienen después, con 13 y 12 demandas, respectivamente<sup>28</sup>.

Así, el arbitraje internacional para resolver disputas suscitadas en torno a una inversión<sup>29</sup>, está estrechamente vinculado con el CIADI, quizás por ello es en relación con la competencia de este centro y sus tribunales dónde se ha planteado, con mayor reiteración, la cuestión de qué elementos configuran una inversión.

Dentro del marco propuesto, para determinar si una inversión califica como tal, tenemos dos niveles: i) el del Convenio de Washington “Convenio sobre Arreglo de

---

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> Ibídem, p. 3.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> “Ciertamente, esta temática tiene una complementación a todas luces reconocida con el arbitraje, ya que no solo es éste el mecanismo de solución de conflictos normalmente utilizado en esta materia, sino que además casi todos los temas que han marcado el desarrollo del arbitraje en los últimos años están vinculados a casos suscitados en torno de relaciones de inversión.” Adriana Dreyzin de Klor y Diego P. Frenández, *Inversiones Extranjeras...*, p. 14.

Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”<sup>30</sup>; y, ii) el del instrumento mediante el cual se ha consentido al arbitraje. Sobre éste último tenemos dos alternativas: a) un contrato celebrado entre el Estado y el inversor para realizar la inversión; y b) un acuerdo o tratado internacional cuando surja la diferencia, generalmente a través de un TBI. De estas alternativas la segunda es la más frecuente.

### **1.3.1. Inexistencia del concepto de inversión en el Convenio de Washington.**

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, no define el término inversión, sin embargo está claro que la jurisdicción del CIADI se extenderá a las diferencias que surjan directamente de una inversión (art. 25 (1)). Sobre la falta del concepto de inversión en el Convenio, en el informe de los directores ejecutivos a los gobernadores que acompaña el proyecto del tratado, consta: “No se intentó definir el concepto de ‘inversión’ dado el requisito esencial del consentimiento de las partes, y el mecanismo por el cual los Estados Contratantes pueden manifestar de antemano, si así lo desean, las características de diferencias que considerarían o no someter al centro”<sup>31</sup>.

De esta manera, el Convenio de Washington, deja a discreción de las partes -ya sea a través de un contrato o a través de un tratado internacional (TBI o TLC)- la determinación del alcance de este importante término, no obstante será importante revisar la práctica CIADI en casos concretos, punto sobre el cual regresaremos después de referirnos al concepto de inversión inserto en los tratados o acuerdos internacionales de protección a las inversiones.

---

<sup>30</sup> Mediante el cual se crea el CIADI.

<sup>31</sup> Report of the Executive Director on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, par. 27. *Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention*, vol. II Part 2 (1968), p. 1078. Citado por Andrés Rigo Sureda, “La noción de inversión protegida”, *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales*, Bogotá, Legis Editores S.A., 2007, p. 6.

### 1.3.2. El concepto de inversión en tratados internacionales.

La definición típica de inversión, dentro de los TBIs, es bastante amplia incluye “cualquier clase de activo que pertenezca o esté controlado, directa o indirectamente, por un inversionista de un tercer Estado” y a continuación consta una lista de ejemplos no taxativa, sino más bien indicativa.

g.) "Inversión" significa cualquier clase de activo que pertenezca o esté controlado directamente o indirectamente por un Inversionista de un tercer Estado, por un Inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante al tenor de las leyes aplicables de esta última; de modo particular, aunque no exclusivamente, comprende:

- i. propiedad mobiliaria e inmobiliaria y cualesquiera otros derechos, tales como hipotecas, embargo preventivo o cauciones;
- ii. acciones, valores bursátiles, bonos, empréstitos en obligaciones o cualquier otra forma de participación en una compañía, empresa comercial o industrial o empresa mixta;
- iii. dinero, créditos y derechos a un cierto rendimiento, bajo un contrato que represente un valor financiero;
- iv. crédito mercantil;
- v. derechos de propiedad intelectual;
- vi. derecho conferido por ley o bajo contrato a ejecutar cualquier actividad económica o comercial, incluyendo cualquier derecho a explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales, pero no significa propiedad inmobiliaria u otra propiedad, tangible o intangible, no adquirida o utilizada con la perspectiva de obtener un beneficio económico y otras finalidades comerciales.

Cualquier cambio en la forma de una inversión no afecta su carácter de inversión<sup>32</sup>.

Por su parte, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ha adoptado una técnica diferente para definir a las inversiones ya que adopta una definición comprensiva con excepciones, de tal forma que se excluyen las reclamaciones pecuniarias derivadas de bienes y servicios y el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, o cualquier otra reclamación pecuniaria que

---

<sup>32</sup> Artículo 1, literal g) del *Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de Ecuador para el fomento y la protección de inversiones*, que entró en vigencia el 6 de junio de 1997.

sea independiente de los intereses que se han descrito como constituyentes de una inversión.

**Artículo 1139.- Definiciones.-** Para efectos de este capítulo:

[...]Inversión significa:

- a. una empresa;
- b. acciones de una empresa;
- c. instrumentos de deuda de una empresa:
  - i. cuando la empresa es una filial del inversionista, o
  - ii. cuando la fecha de vencimiento original del instrumento de deuda sea por lo menos de tres años, pero no incluye una obligación de una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- d. un préstamo a una empresa,
  - i. cuando la empresa es una filial del inversionista, o
  - ii. cuando la fecha de vencimiento original del préstamo sea por lo menos de tres años, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado, independientemente de la fecha original del vencimiento;
- e. una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa;
- f. una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al incisos (c) o (d);
- g. bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales; y
- h. la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros, conforme:
  - i. contratos que involucran la presencia de la propiedad de un inversionista en territorio de otra Parte, incluidos, las concesiones, los contratos de construcción y de llave en mano, o
  - ii. contratos donde la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa;

pero inversión no significa:

- i. reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:
  - i. contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de otra Parte; o
  - ii. el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento al comercio, salvo un préstamo cubierto por las disposiciones del inciso (d); o
- j. cualquier otra reclamación pecuniaria;

que no conlleve los tipos de interés dispuestos en los párrafos (a) a (h);

Los ejemplos citados reflejan que las definiciones de inversión insertas en estos instrumentos internacionales denotan la protección de derechos en general y no solo de la inversión extranjera en sentido tradicional<sup>33</sup>, como podemos observar bajo el paraguas de la inversión se protegen a toda clase de activos tangibles e intangibles, activos fijos o acciones, una amplia gama de derechos tales como: propiedad intelectual, patentes y marcas, licencias de fabricación, entre otras, esto ha sido motivo de preocupación de los Estados, debido a que la jurisdicción del CIADI se ha extendido a casos en los que fue cuestionado el concepto de inversión y su alcance.

[L]a primera vez que la parte demandada opuso una excepción de competencia a un tribunal basándose en la naturaleza de la inversión fue a mediados de los años noventa [...] en el primer caso del CIADI -*Holiday Inns v. Morocco*- se presentó una cuestión relativa a la estructura de la inversión que tiene vinculación con su concepto. El tribunal consideró hasta qué punto una inversión debe apreciarse de forma unitaria, independientemente de los múltiples acuerdos en que puede estar estructurada, o si es simplemente aquella parte que concierne el acuerdo donde se refleja el consentimiento a la jurisdicción del CIADI. El tribunal optó por la ‘unidad general de una inversión’ y decidió que el consentimiento a la jurisdicción del CIADI abarca las diferencias respecto del conjunto de la inversión, y no solo aquellas que están directamente relacionadas con el instrumento jurídico donde consta el consentimiento<sup>34</sup>.

Como primera aproximación, en atención a la cita que antecede, podemos adelantarnos a señalar que los tribunales conformados al amparo de las reglas del CIADI son partidarios de una conceptualización amplia del término inversión, a efectos de determinar su competencia y la del CIADI, no obstante lo prudente es tomar una pequeña muestra de casos en los que el alcance del vocablo “inversión” formó parte de las excepciones a la competencia.

---

<sup>33</sup> Es decir, la apuesta a que los recursos financieros colocados en un tercer país, gracias a la ejecución operativa de largo plazo, generen beneficios.

<sup>34</sup> Andrés Rigo Sureda, “La noción de inversión protegida”, *Arbitraje Internacional...*, p. 8.

Quizás entre estos casos el más comentado y controvertido ha sido el caso *Fedax N.V. vs. Venezuela*<sup>35</sup>: dentro de éste el alcance del concepto de inversión formó parte de las excepciones del Estado venezolano que fue demandado por Fedax. La controversia se ocasiona debido a que Venezuela había emitido títulos de crédito para pagar los servicios que le había prestado la empresa denominada Industrias Metalúrgicas Van Dam C.A., las obligaciones eran transferibles y denominadas en dólares y Venezuela estaba en mora. Fedax demandó a Venezuela ante el CIADI, basándose en el tratado de promoción y protección a las inversiones entre los Países Bajos y Venezuela.

La excepción a la competencia del CIADI planteada por Venezuela fue analizada por el Tribunal con base en el art. 25 (1) del Convenio<sup>36</sup>, así el Tribunal consideró que la transacción original y subyacente a los instrumentos de crédito era inversión, debido al alcance de la norma citada y a la práctica del CIADI, interpretando que esos elementos eran suficientes para verificar la competencia del centro en el caso controvertido.

Venezuela alegaba que las obligaciones en cuestión no podían considerarse inversión porque no constituían una transferencia a largo plazo de los recursos financieros de un país a otro para adquirir intereses en una sociedad, adicionalmente argumentaba que la definición de inversión que constaba en el TBI -con base en el cuál le demandaron- significaba la contribución a fondos o propiedades a negocios con el fin de obtener ganancias, pero el tribunal señaló que la definición en el TBI aplicado, describe como inversión a los derechos derivados de acciones, obligaciones y derechos pecuniarios, y derechos a otros activos o rendimientos con valor económico.

---

<sup>35</sup> *Fedax N.V. vs. Venezuela* (ICSID Case N° ARB/96/3, Decisión on Objections to Jurisdiction, del 11 de Julio de 1997).

<sup>36</sup> **Art. 25 (1).**- La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Otro de los argumentos de Venezuela fue que la inversión no había sido hecha en el territorio del país receptor como requiere el tratado, ante lo cual el tribunal observó que es una característica frecuente, de las operaciones financieras internacionales, que los fondos no sean transferidos al territorio del beneficiario sino que se pongan a su disposición en otro lugar, considerando que lo esencial, en este caso, es verificar si el crédito obtenido con las obligaciones había sido utilizado para financiar las necesidades de Venezuela.

El tribunal concluyó su análisis afirmando que préstamos y otros instrumentos de crédito se encuentran dentro de los términos del Convenio y el consentimiento al arbitraje otorgado en el tratado de inversión.

Otro caso interesante, en el que el alcance del concepto de inversión formó parte de las excepciones del Estado demandado es *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. (CSOB) vs. The Slovak Republic*<sup>37</sup>: la divergencia entre la República Eslovaca y la empresa surge en el marco del Acuerdo de Consolidación concluido entre la República Checa y la República Eslovaca con el fin de privatizar CSOB y sus operaciones en cada uno de estos países, después de su separación. En concreto la controversia surge por un contrato de préstamo, debido a que bajo el acuerdo citado, los préstamos en mora en la cartera de CSOB debían traspasarse a dos sociedades de recaudación, una en cada país y las sociedades de recaudación debían pagar a CSOB por los activos traspasados, mediante préstamos hechos por la misma empresa a dichas sociedades.

Entre las excepciones a la competencia del tribunal propuestas por la República Eslovaca, consta el argumento de que el préstamo a la sociedad recaudadora eslovaca no constituía una inversión sino que era un “[...] elemento de la restructuración gubernamental y división de CSOB como consecuencia de la disolución de

---

<sup>37</sup> *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v The Slovak Republic*, (ICSID Case N° ARB/97/4)

Checoslovaquia, y no se trataba de una operación de la que una o la otra parte fuera a sacar partido.”<sup>38</sup>

El tribunal consideró que al no existir definición del término “inversión” en el Convenio y teniendo en cuenta el preámbulo del Convenio, el concepto de inversión debe ser interpretado de forma amplia, debido a que los redactores del Convenio no impusieron restricciones sobre su significado<sup>39</sup>, inmediatamente el tribunal arribó a la conclusión de que “una operación internacional que contribuye a la cooperación con el fin de proveer el desarrollo económico de un Estado Contratante puede ser considerada como una inversión en términos del Convenio”<sup>40</sup>.

Por otra parte también consideró que el alcance del término inversión previsto en el art. 25 (1) del Convenio es un concepto objetivo, sin embargo las partes pueden adoptar una definición más precisa y restringida, pero no pueden someter al Centro diferencias que no se relacionan con una inversión<sup>41</sup>, entonces el tribunal analizó que mirado el compromiso de Eslovaquia de forma aislada no suponía ningún gasto ni aportación de recursos de CSOB en Eslovaquia, por tanto no constituía una inversión. Sin embargo, el tribunal concluyó que una inversión puede ser “una operación compleja, compuesta de transacciones relacionadas una con otras, cuyos elementos de por sí, puede que no califiquen en todos los casos como inversión”<sup>42</sup>. Por esta razón señaló que una controversia puede surgir de una inversión “aún cuando no esté basada en una transacción que por sí sola no califica como inversión en los términos del Convenio siempre que forme parte integral de una operación que en su conjunto constituya una inversión”<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> *Ibidem*, párrafo 12.

<sup>39</sup> *Ibidem*, párrafo 64.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, párrafo 68.

<sup>42</sup> *Ibidem*, párrafo 72.

<sup>43</sup> *Idem*.

En el 2007 se destacaron las diferentes interpretaciones que sobre el término *inversión* hicieron los tribunales arbitrales, con el objeto de determinar su jurisdicción bajo el Convenio del CIADI, por ejemplo en el caso *Saipem S.p.A. vs. Bangladesh*<sup>44</sup>, el tribunal consideró que la noción de "inversión" implica la presencia de los siguientes elementos: a) una contribución del dinero o de otros activos de valor económico; b) cierta duración; c) un elemento de riesgo; y d) contribución al desarrollo del país anfitrión de la inversión. Por el contrario, en el caso *Noble Energy Inc. and MachalaPower Cía. Ltd. vs. Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*<sup>45</sup>, el tribunal observó que estos elementos se deben considerar como ejemplos y no necesariamente como elementos que se requieren para la existencia de una inversión. A pesar de los distintos criterios acerca de la noción de inversión, ambos tribunales se consideraron competentes bajo el amparo del artículo 25 de la convención CIADI.

La práctica generalizada de los tribunales arbitrales del CIADI es determinar su jurisdicción, ello nos lleva al ineludible análisis acerca del consentimiento de las partes, ya que el sistema arbitral de solución de conflictos en materia de inversiones, como todo sistema arbitral, está fundado en el consentimiento de las partes, debido a que “La voluntad ausente no puede ser suplida por la creación de ‘jurisprudencia arbitral’”<sup>46</sup>.

Como si fuera poco preocupante lo anotado, hay que tomar en cuenta además la cuestión de la “confidencialidad” de lo actuado en procesos arbitrales. Como los textos de las decisiones no son publicados, salvo autorización de las partes, suele suceder que árbitros internacionales citen decisiones adoptadas por otros árbitros o tribunales que ellos mismos declaran que son inéditas<sup>47</sup>.

## **2. El consentimiento de las partes para someterse al arbitraje internacional, en materia de inversiones, ante el CIADI.**

---

<sup>44</sup> Saipem S.p.A. vs. Bangladesh, (ICSID Case No. ARB/05/7)

<sup>45</sup> Noble Energy Inc. and MachalaPower Cía. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad (ICSID Case No. ARB/05/12).

<sup>46</sup> Beatriz Pallarés, “Reflexiones acerca del consentimiento del Estado para someterse al arbitraje”. *Inversiones Extranjeras...*, p. 69.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 78.

La jurisdicción de los tribunales arbitrales que actúan en el área de protección a las inversiones, deriva su competencia de la voluntad de las partes, que consintieron su jurisdicción para resolver los conflictos generados en esa área. Por tanto el tribunal arbitral tiene la obligación de examinar tal voluntad. “Si sustituye la voluntad de las partes, comete exceso de poder. En tal caso el sistema se destruye porque se han corrompido sus propios fundamentos”<sup>48</sup>.

La inexistencia del consentimiento válidamente otorgado por las partes para someter su controversia a un tribunal arbitral, invalidaría el proceso, por ello el análisis meticuloso de tal consentimiento es imprescindible ya que como lo señala Beatriz Pallarés: “La lasitud del análisis podría producir *prima facie* la ampliación de la competencia de los árbitros, pero desde otra perspectiva restará credibilidad al sistema”<sup>49</sup>.

No se puede decir que existe un procedimiento estándar para consentir la aprobación de los convenios o tratados internacionales a través de los cuales los Estados Parte ceden su jurisdicción a favor de tribunales arbitrales. Sin embargo, de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las formas de manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado, son “la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación<sup>50</sup>, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”. Los artículos 12 a 16 de la Convención reglamentan detalladamente la manifestación del consentimiento, reglamentación que se caracteriza por su flexibilidad ya que por un lado codifica las normas existentes teniendo además en cuenta que la práctica internacional evoluciona

---

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 67.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, p. 68.

<sup>50</sup> Que es la forma más usual.

rápida­mente en esta materia y entonces ha dejado abierta la posibilidad a la creación de nuevas formas con la frase “o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”. Por otro lado el Convenio dejó la elección -entre una u otra de las formas que cita- a la libre voluntad de los estados contratantes y finalmente, prevé también la posibilidad de que un Estado se obligue solo respecto de parte del tratado y no de todo; es decir con reservas.

La manifestación del consentimiento con reservas -de conformidad con la Convención de Viena- procede siempre que el tratado del cual se trate lo permita o los demás contratantes lo acuerden. El art. 2. d) de dicha Convención señala que “[s]e entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a el, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. La Convención de Viena respecto a la formulación de reservas<sup>51</sup> subraya su naturaleza de declaración unilateral de un Estado y se centra sobre todo en sus efectos jurídicos: bien *excluir* del todo la aplicación de ciertas disposiciones al Estado que la formula o bien *modificar* su alcance. De esta forma, el concepto de reserva que ofrece la Convención es amplio, ya que comprende no sólo las reservas que excluyen la aplicación de cláusulas, sino también las llamadas declaraciones interpretativas, siempre que éstas al precisar el alcance y contenido exacto que tales disposiciones tienen para el Estado autor de las mismas, restrinjan el alcance de tal aplicación, modificando los efectos jurídicos de ciertas disposiciones.

En el caso concreto de la manifestación del consentimiento de los estados contratantes para someterse al arbitraje internacional, en materia de inversiones, ante el

---

<sup>51</sup> Artículos del 19 al 23.

CIADI se debe observar que en el preámbulo del Convenio de Washington<sup>52</sup> consta que la mera ratificación, aceptación o aprobación del Convenio, por parte del Estado, no es suficiente para someter una diferencia al arbitraje del centro, a menos que medie el consentimiento de dicho Estado y según su art. 25 [1], el consentimiento de las partes debe constar, necesariamente, por escrito, pero no especifica el instrumento en el cual debe estar dicho consentimiento, como consecuencia de ello -el consentimiento- puede constar en uno o varios instrumentos y ser materializado a través de diversas vías: convencional, contractual y legislativa.

Lo anterior nos lleva a diferenciar el acto de prestación del consentimiento de los estados y el acto de prestación del consentimiento del inversor extranjero.

El consentimiento de los estados para someterse al sistema CIADI, se manifiesta en dos fases: en la primera fase el Estado acepta que las controversias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión sean resueltas en el Centro (art. 25 Convenio de Washington) y en la segunda fase otorga por escrito -a través de un contrato entre el Estado y el inversor o de un tratado internacional de protección a las inversiones o de una ley de inversión- para que las diferencias que se susciten en torno a una inversión en concreto sean llevadas al CIADI, en los términos pactados.

Por su parte, el consentimiento del particular -que no es parte ni del Convenio del CIADI, ni de un tratado de protección a las inversiones- se manifiesta al presentar la demanda concreta ante el CIADI.

Como se puede observar, la prestación del consentimiento del inversor es posterior a la del Estado, ya que este puede aceptar o rechazar la posibilidad del arbitraje internacional en base al Convenio del CIADI y a un TBI que previamente autorizó el Estado, de tal forma que la elección final del medio de arreglo de diferencias

---

<sup>52</sup> Ecuador ratificó la Convención de Washington si ninguna reserva y siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 67 a 73 del mencionado convenio. Cabe también señalar que de acuerdo al art. 26 de la Convención del Viena el efecto esencial de un tratado es la generación de derechos y obligaciones.

está en manos del inversor extranjero, lo que nos sitúa frente a la cláusula *fork in the road*<sup>53</sup>. De hecho -la UNCTAD- señala que desde el 2002, el 70% de los casos de arbitraje internacional conocidos han sido presentados en el CIADI y casi todos fueron iniciados por inversionistas extranjeros, pues solo uno fue iniciado por un Estado<sup>54</sup>.

Si se observa todos los casos CIADI<sup>55</sup> se puede concluir que el consentimiento al arbitraje CIADI está siendo otorgado, principalmente, vía TBI con clara diferencia respecto a las otras dos opciones; en segundo lugar se encuentra la vía de una cláusula inserta en un contrato, que en realidad no es muy solicitada; y por último la vía menos elegida, en la historia del CIADI, es la legislación interna que residualmente se reduce a dos casos<sup>56</sup>. Al ser los TBIs tan numerosos (más de dos mil seiscientos), la utilización de esta vía ha adquirido importancia cuantitativa significativa, tan es así que en la actualidad, la legitimación en el seno del CIADI se produce de manera alarmante con base en los TBIs.

De tal manera que la realidad del CIADI no puede concebirse sin las normas contenidas en los TBI, sus normas inciden directamente en la relación Estado – inversor, por lo que es prudente revisar la incidencia de estos instrumentos internacionales en relación a la protección de las inversiones de los dos Estados firmantes.

### **3. Los TBIs y sus partes.**

---

<sup>53</sup> Bajo este tipo de cláusulas el inversor tiene derecho a seleccionar el foro para la resolución de la controversia.

<sup>54</sup> Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, p. 5.

<sup>55</sup> Ver: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=OnlineAward>

<sup>56</sup> En ese sentido El-Kosheri muestra la evolución sufrida en el seno del CIADI en cuanto las vías posibles de acceso al Centro y por ende los modos de determinar la jurisdicción, pues manifiesta que durante las dos primeras décadas de vida del CIADI el modelo de arbitraje era el de una cláusula inserta en un contrato de inversión, pero en lo posterior la aplicación de un TBI era preponderante. Ver: S. El-Kosheri, *ICSID Arbitration and Developing Countries*, ICSID Rev., vol. 8, 1993, p. 106-107.

*A priori* se puede señalar que los TBIs<sup>57</sup> son acuerdos bilaterales que tienen por objeto otorgar un mismo grado de protección tanto para los inversores nacionales de cualquiera de los Estados suscriptores, como para la inversión que éstos puedan llevar a cabo en los respectivos territorios. Decimos *a priori* porque esta afirmación sostiene un equilibrio y por ende igualdad entre los inversores y las inversiones de los países suscriptores, pero en la praxis pensemos por ejemplo en el TBI firmado entre Alemania y Ecuador, de 21 de febrero de 1999 o entre Alemania y Bangladesh, de 14 de septiembre de 1986: ¿Qué posibilidades reales hay en que un nacional de Ecuador o Bangladesh invierta en Alemania y cuáles son las posibilidades que un nacional alemán invierta en Bangladesh o Ecuador?, la respuesta deviene en un desequilibrio, claro que este desequilibrio no es generalizado, pues depende de las partes estatales implicadas en la suscripción del TBI<sup>58</sup>.

Esto nos lleva a pensar que la firma de los TBIs puede derivarse de las presiones que sobre los Estados en vías desarrollo se puede ejercer en pos de la necesidad de inversión extranjera del Estado implicado en la negociación, mas no de la ignorancia de los Estados participantes. Entonces cabe preguntarse si entre los dos Estados suscriptores de un TBI, en el que el uno es exportador de capital y por ende de inversores nacionales y el otro es el necesitado de capital o inversión, ¿no será que el primero impone al segundo su modelo de TBI sabiendo de la necesidad del segundo? La

---

<sup>57</sup> En el contenido de los TBIs se establecen las condiciones de las inversiones que se convertirán en los derechos y obligaciones de los Estados y los nacionales (inversores extranjeros) que puedan involucrarse en ellos.

<sup>58</sup> Al respecto M. Sornarajah dice que otra característica de los tratados es que son tratados entre partes desiguales. Usualmente son entre Estados exportadores de capital y Estados en vías de desarrollo ansiosos de recibir capital de ese Estado, más adelante continúa diciendo que aún si el tratado contempla un flujo recíproco de inversiones entre los Estados parte del Tratado, realmente el flujo es unilateral ya que solo así es factible, en el contexto de las disparidades de la riqueza y tecnología entre las partes. Existe un insuficiente *quid pro quo* para el flujo recíproco, el cual es la base de los Tratados pero que realmente es una ficción y lo cual presenta problemas interesantes por la inequidad del tratado. M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Grotius Publication, New Haven, 1994, p. 227 - 228

respuesta lógica es que el Estado exportador de capital negociará con el modelo de TBI preestablecido quedándole al otro Estado la posibilidad de aceptar o rechazar<sup>59</sup>.

Efectivamente, la similitud que existe entre los aproximadamente dos mil tratados bilaterales es indiscutible, similitud que se refleja en su estructura y contenido, pero lo cierto es que los estándares ofrecidos por cada uno de ellos es diferente y los APRI firmados en cada caso atienden a diferentes circunstancias sociales, políticas y económicas que se ven reflejadas en sus textos. Es más, podemos mencionar que existen diferentes modelos de APRI que los Estados desarrollados imponen a los Estados en vías de desarrollo. Así, se habla del modelo de APRI de los Estados Unidos de América como el modelo de BIT más claro. Modelo que con pocas variaciones impone a los Estados con los que firma un APRI<sup>60</sup>.

En general, los TBIs lo que buscan es que el Estado receptor de la inversión dote de un cierto grado de estabilidad jurídica, a fin de que las inversiones extranjeras no se vean afectadas por medidas discriminatorias del Estado receptor. Por ello estos tratados otorgan al inversionista -cumplidos ciertos presupuestos- la facultad de someter, directamente, sus diferencias a una instancia arbitral internacional y sin necesidad de acudir a su Estado nacional.

#### **4. El arbitraje, como mecanismo de solución para resolver conflictos entre un inversionista privado y el Estado receptor de la inversión.**

Como es lógico, los estándares de protección y promoción a las inversiones que constan en los tratados de protección a la inversión deben llevar aparejada la existencia de medios para hacerlos efectivos, se podría decir que las cortes de los países signatarios del respectivo TBI están en capacidad para hacer efectivos los derechos otorgados en el mismo, al inversionista extranjero. Sin embargo, los inversionistas

---

<sup>59</sup> “La homogenización, respecto a los APRI se manifiesta por vía de la existencia de ciertos tratados ‘modelos’ utilizados por los principales países exportadores de capital, mismo que tienden a favorecer al inversor” Miguel Rabago Dorbecker, “Los Tratados Bilaterales para lo Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por México ¿Opción para la liberalización selectiva de la IE?”, *ELIAIA, Revista de Investigación Científica del Derecho*, año 2, n° 3, México, 2002, p.38.

<sup>60</sup> Sonia Rodríguez Jiménez, “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *Inversiones Extranjeras...*, p. 146.

consideran que las cortes estatales carecen de la independencia necesaria para resolver sus conflictos, debido a que son instrumentos del Estado y parte de su sistema. Los inversionistas ven con desconfianza la posibilidad de que los derechos que surgen de la inversión realizada en un país extranjero, sean resueltos por cortes cuya operatividad desconocen y que seguramente tenderán a proteger los intereses de sus nacionales.

Entonces, surge el arbitraje internacional, como solución idónea ante los inconvenientes planteados. “Las dos ventajas principales del arbitraje internacional son bien conocidas: por una parte su neutralidad, por otra parte, su eficacia. Tradicionalmente, también se invoca su celeridad y la modicidad de su costo”<sup>61</sup>.

Esta solución idónea es compleja debido a que por un lado está la posición de los particulares en el ámbito del derecho internacional público, pues debe tenerse en cuenta que el inversionista normalmente es un particular, persona de derecho privado que no tiene las mismas potestades que un sujeto de derecho internacional público, como es un Estado<sup>62</sup>, por tanto si se diera una violación a sus derechos como inversionista por actos u omisiones del Estado receptor de la inversión, el inversionista tendría que reclamar la protección de sus derechos ante las Cortes del Estado receptor de la inversión o acudir a la vía diplomática, sin embargo, el régimen de inversiones extranjeras<sup>63</sup>, le ha abierto la posibilidad de acudir directamente al arbitraje internacional, para reclamar la tutela de sus derechos.

---

<sup>61</sup> Yves Derains, “La estandarización del procedimiento arbitral: ¿es ineluctable? ¿es positiva?”, *Arbitraje Internacional...*, p. 168.

<sup>62</sup> Para gran parte de la doctrina, el individuo no es sujeto de Derecho Internacional Público, no obstante, gracias al desarrollo de las jurisdicciones de protección a los derechos humanos esta teoría ha sido revisada y ha llegado a considerar que el individuo puede ser sujeto de Derecho Internacional Público, pero con atributos diferentes a los que gozan, por ejemplo, los Estados. Sobre esto puede consultarse en Ian Brownlie Q.C., *Principles of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 5ta edición, 1998.

<sup>63</sup> Conformado por los TBIs, otros acuerdos de protección a las inversiones, el Convenio de Washington, normas legales nacionales de protección a las inversiones, reglas relativas a la inversión extranjera expedidas por organismos multilaterales.

Y por otro lado, la participación de diversos actores -en el arbitraje internacional- también torna esta solución complicada. Así tenemos que un primer actor es el Estado receptor de la inversión y sus entidades estatales, este actor buscará ejercer los controles necesarios a la inversión extranjera, y tomar las medidas que demanden el interés público de su país. Por otro lado tenemos a los inversionistas que buscan rendimiento de su inversión, resultándoles deseable una intervención mínima del Estado receptor de la inversión. Éstos son los dos actores principales, con intereses contrapuestos, dentro de un arbitraje.

También hay la participación de otros actores, que si bien no intervienen directamente en posibles controversias entre el inversionista y el Estado, juegan un papel importante como los organismos multilaterales<sup>64</sup>, por ejemplo a través de la emisión de reglas -no vinculantes-<sup>65</sup> relativas a la inversión extranjera, y las organizaciones no gubernamentales (ONGs), las que han tenido un papel importante en las reuniones del Banco Mundial y de la OMC, pero además han comenzado a intervenir en el arbitraje internacional en materia de inversiones, a través de la figura conocida como *amicus curiae*<sup>66</sup>.

Entonces la posición de los particulares en el ámbito del derecho internacional público y por otro lado, el conflicto derivado de la participación de diversos actores, obliga que la solución -el arbitraje internacional en materia de inversiones- equilibre los

---

<sup>64</sup> La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Mundial y el FMI.

<sup>65</sup> Son estándares recomendados o guías, que no generan obligación alguna para su cumplimiento.

<sup>66</sup> Es una expresión latina que se la utiliza para referirse a exposiciones realizadas por terceros ajenos a un litigio, que ofrecen voluntariamente su opinión frente a algún punto de derecho u otro aspecto relacionado, para colaborar con el tribunal en la resolución de la materia objeto del proceso. Normalmente se presentan *amicus curiae* en juicios en los que está en juego algún derecho fundamental, debido al interés general que provocan en la sociedad este tipo de causas, es por ello que comúnmente son presentados por importantes ONGs de defensa o promoción de los derechos humanos locales, nacionales o internacionales. La admisibilidad de un *amicus curiae* generalmente depende de la decisión del tribunal respectivo. Al respecto ver: [http://es.wikipedia.org/wiki/Amicus\\_curiae](http://es.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae).

intereses de todas las partes que participan en el mismo. En este marco se busca un arbitraje que de seguridad y neutralidad a los agentes.

El auge repentino del arbitraje internacional se da en la década de los años 90, precisamente cuando la suscripción de los TBIs alcanza su máximo record, así el arbitraje aparece en el escenario jurídico internacional, atado a las inversiones extranjeras, ya que como lo afirman Dreyzin de Klor y Fernández la inversión y el arbitraje se complementan, porque el arbitraje es el mecanismo de solución de conflictos normalmente utilizado en materia de inversiones y además casi todos los temas que han marcado el desarrollo del arbitraje en los últimos años están vinculados a casos que han surgido de relaciones de inversión<sup>67</sup>.

## **5. La inversión extranjera y el arbitraje internacional en la Constitución ecuatoriana.**

Con la entrada en vigor de la Constitución de 2008 -la inversión extranjera y el arbitraje internacional- al haber quedado, al igual que el resto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, inmerso en un sistema constitucional que brinda especial protección a los derechos garantizados en ella, tienen una concepción y alcance radicalmente diferentes.

Si observamos lo dispuesto en el art. 339 de la Constitución, veremos que el Estado tiene la obligación de dar prioridad a la inversión nacional y toda inversión extranjera que entre al país “estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo”. Por su parte, los tratados internacionales ratificados por el Ecuador deben sujetarse a lo establecido en la

---

<sup>67</sup> Adriana Dreyzin de Klor, Diego Fernández Arroyo, *Inversiones...*, p. 14.

Constitución (art. 417) y la misma, a través de su art. 422, prohíbe la celebración de instrumentos internacionales en los que “el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”, pero se exceptúan de tal prohibición “los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica, por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios<sup>68</sup>”.

De esta manera, el nuevo sistema constitucional, trae consigo una noción distinta a la protección de la inversión extranjera que difiere de la prevista en los TBIs<sup>69</sup>, debido a que los tratados internacionales deberán sujetarse a lo establecido en la Constitución y por tanto las inversiones extranjeras deberán sujetarse al marco jurídico nacional, unido a ello se prohíbe la suscripción de tratados que posibiliten el arbitraje internacional como medio de solución de controversias entre el Estado y un inversionista, como lo son el Convenio de Washington que crea el CIADI o cualquiera de los TBIs o los tratados de libre comercio, a menos que se trate de instancias arbitrales regionales u órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

Así el arbitraje internacional en materia de inversiones en el Ecuador ha quedado inmerso en un sistema constitucional en el que el concepto de derecho constitucional fundamental tiene la posibilidad de moldear las instituciones jurídicas en forma muy significativa, bien a través de las normas citadas o a través de las acciones

---

<sup>68</sup> En atención a lo dispuesto en el citado art. 422 de la Constitución, en julio pasado, el Presidente de la República decretó denunciar el Convenio que crea al CIADI. Como medida complementaria solicitó, a la Asamblea Nacional, la aprobación previa para la denuncia en bloque de trece TBIs, tema que será abordado en el punto 3.3 del capítulo III, al hablar de la denuncia por parte del Ecuador al CIADI.

<sup>69</sup> Las reglas utilizadas para resolver las controversias, en materia de inversiones, con base en los TBIs, serán analizadas en el siguiente capítulo.

constitucionales diseñadas para protegerlos, específicamente me refiero a la *acción extraordinaria de protección*.

Esta garantía constitucional de los derechos fundamentales, consagrada en la Constitución de Montecristi, en su art. 94 procede “contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución y, se interpondrá ante la Corte Constitucional”, por tanto el objeto de esta garantía es la protección de los derechos constitucionales y el debido proceso violados por decisiones judiciales<sup>70</sup>, y procede “cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho vulnerado”. Ese requisito lo que hace es “...confirmar la naturaleza subsidiaria de este recurso, y que para elevar la reclamación a la Corte Constitucional el ciudadano/actor tiene que haber intentado previamente solucionar el conflicto en un proceso judicial ordinario, a través de la vía ordinaria. La falta de cumplimiento de esta condición conllevaría lógicamente la inadmisión del recurso<sup>71</sup>. En cuanto a los efectos de la *acción extraordinaria de protección*, compartimos el criterio de Agustín Grijalva de que “...lo que hace o debe hacer la Corte Constitucional (...) es exclusivamente verificar si el juez ordinario ha violado el debido proceso u otro derecho constitucional, y si hallare tal violación deberá declarar la nulidad a partir de la actuación procesal violatoria, y devolver al juez respectivo el proceso para que actúe en el marco constitucional<sup>72</sup>.”

Una vez determinados el objeto, naturaleza y efectos de la acción extraordinaria de protección cabe hacerse dos preguntas: 1. ¿procede este recurso en contra de los

---

<sup>70</sup> Como lo explicó Agustín Grijalva, el 8 de diciembre de 2009, en su exposición dentro del Seminario “Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional”, Paraninfo de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

<sup>71</sup> Claudia Storini, “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008”, *La Nueva Constitución de Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009, p. 309.

<sup>72</sup> Agustín Grijalva, “Interpretación Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Corte Constitucional”, *La Nueva Constitución...*, p. 284-285.

laudos dictados por tribunales arbitrales internacionales conformados al amparo del CIADI? 2. ¿qué consecuencias, a nivel internacional, podría acarrear para el Ecuador el conocimiento y resolución de una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo dictado por un tribunal del CIADI?.

Para responder estas preguntas es necesario revisar los efectos de un laudo dictado por parte de un tribunal arbitral del CIADI, efectos que se producen entre las partes del proceso y también respecto de los estados parte del Convenio de Washington que crea el CIADI.

Los efectos entre las partes del proceso se encuentran previstos en el art. 53.1 del citado Convenio, que dispone que el laudo dictado por un tribunal arbitral del CIADI “...será obligatorio para las partes...” y expresamente establece que “...no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”. Los recursos que prevé el convenio son los de aclaración, revisión y anulación reglamentados en los artículos 50, 51 y 52, respectivamente<sup>73</sup>.

La existencia de estos recursos y en especial del recurso de anulación, ha llevado a la doctrina a afirmar que el sistema creado por el Convenio del CIADI es un “sistema autónomo<sup>74</sup>”; con ello se quiere decir que es independiente de lo derechos nacionales.

Por su parte, los efectos del incumplimiento del laudo se proyectan sobre los Estados Parte del Convenio ya que, si quien incumple el laudo es el Estado Parte de la controversia, resurge el derecho del Estado de que es nacional el inversor a ejercer la protección diplomática que se encontraba suspendida en virtud del art. 27.1 del

---

<sup>73</sup> El recurso de aclaración se utiliza para resolver diferencias entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo; el recurso de revisión se funda en el descubrimiento de hechos nuevos, desconocidos al tiempo de dictar el laudo; y el de anulación debe fundarse en una de las causales enumeradas en el art. 52 del Convenio: a) defectos en la constitución del Tribunal; b) extralimitación manifiesta en sus funciones; c) corrupción de algún miembro del Tribunal; d) defectos graves en la aplicación de las normas de procedimiento; y e) falta de motivación del laudo. Como lo veremos en el punto 2.1 del capítulo II de esta tesis.

<sup>74</sup> Julio A. Vives Chillida, *El Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998, p. 200.

Convenio<sup>75</sup>. El incumplimiento del laudo también genera el derecho del vencedor a solicitar el cumplimiento y ejecución del mismo ante las autoridades competentes de cualquiera de los Estados Parte del Convenio que crea el CIADI, quienes deberán darle el mismo tratamiento que a “...una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado<sup>76</sup>”. Lo cual significa que el laudo se equipara a una sentencia de un tribunal perteneciente al Estado donde se pretende la ejecución, eliminándose el requisito del exequátur<sup>77</sup>. Se trata de un procedimiento de reconocimiento simplificado ya que solo se requiere presentar la copia certificada por el Secretario del Centro<sup>78</sup>, sin que sea posible efectuar ningún control sobre el laudo, ni siquiera por razones de orden público<sup>79</sup>. De tal forma que la única manera para denegar el reconocimiento de un laudo internacional sería que no se tratara de un laudo del CIADI<sup>80</sup> o que su ejecución se encuentre suspendida en virtud de una decisión de la Comisión *ad hoc* o de un tribunal arbitral CIADI, debido a la existencia de un recurso de anulación<sup>81</sup> o de un recurso de revisión<sup>82</sup>.

Sin embargo, la *acción extraordinaria de protección* podría ser considerada como una herramienta que preserve al Estado ecuatoriano de las perturbaciones que

---

<sup>75</sup> Dicho artículo dice “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”.

<sup>76</sup> Art. 54.1 del Convenio de Washington que crea el CIADI.

<sup>77</sup> Conjunto de reglas conforme a las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica si una sentencia judicial emanada de un país extranjero reúne o no los requisitos que permiten su homologación en tal Estado. Este procedimiento tiene por objeto determinar si es posible brindarle a una sentencia extranjera reconocimiento, y permitir su cumplimiento en un Estado distinto a aquel que la pronunció. Ver: <http://es.wikipedia.org/wiki/Exequatur>

<sup>78</sup> Art. 54.2 del Convenio de Washington.

<sup>79</sup> Ver: Enrique Fernández Masia, *Arbitraje en Inversiones Extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 332.

<sup>80</sup> Por ejemplo podría ser de un laudo dictado en aplicación del Mecanismo Complementario del CIADI (al cual nos referiremos en el siguiente capítulo), porque este mecanismo tiene por objeto la resolución de controversias mixtas que caen por fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Washington.

<sup>81</sup> Art. 52.2 del Convenio de Washington.

<sup>82</sup> Art. 51.4 *Ibidem*.

puedan derivarse por la aplicación directa o indirecta de normas extranjeras y que debido a esa aplicación, en los supuestos cuidadosamente comprobados se violen derechos consagrados en la Constitución, de esta manera la decisión arbitral de un tribunal del CIADI cuyo reconocimiento y ejecución se pretende, podría no ser reconocida por la violación de un derecho fundamental.

Para sostener la procedencia de este recurso podría argumentarse que la conjunción “Convenio del CIADI – TBIs”, atenta contra el sistema constitucional ecuatoriano, en la medida en que impide el control judicial de constitucionalidad de los TBIs y los conflictos que ocasione su aplicación, puesto que el control constitucional previo se vulneraría porque la mencionada conjunción normativa permite el acceso del inversor a la instancia arbitral, sin requerir el agotamiento previo de los recursos internos; y, el control constitucional posterior se vulneraría porque el Convenio del CIADI elimina el requisito del exequátur, como trámite previo a la ejecución del laudo internacional. De tal forma que no puede presumirse que el Ecuador haya cedido -ya de modo anticipado a través de los TBIs ratificados o de modo definitivo a través del Convenio de Washington- su potestad soberana de efectuar el control de constitucionalidad, a través de su Corte Constitucional, de los tratados ni de los conflictos que se ocasionen en virtud de su aplicación.

La posición anterior reconduce a admitir la posibilidad de un recurso extraordinario de protección en contra de un laudo del CIADI y por tanto la revisión de tal laudo por parte de la Corte Constitucional. No obstante, acerca de los laudos dictados por los tribunales del CIADI, cabe recordar (como ya lo mencionamos) que la renuncia a interponer cualquier clase de recurso se materializa en la disposición contenida en el art. 53 del Convenio de Washington que dispone que los laudos del CIADI no pueden “...ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso...” excepto en

los casos en que el mismo sistema instaure: aclaración, revisión y anulación. Pero ante el mencionado argumento y a favor de la procedencia de la acción extraordinaria de protección, podría alegarse que no puede interpretarse que la renuncia a apelar una decisión arbitral de un tribunal del CIADI se extienda a supuestos en que los términos del laudo que se dicte viole un derecho reconocido en la Constitución ecuatoriana, ya que no sería lógico prever -al formular una renuncia con ese contenido-, que los árbitros adoptarán una resolución que viole uno o más derechos fundamentales. Pero, contra ese argumento, podría insistirse en que el CIADI tiene un recurso de control, en la medida que el Convenio del CIADI prevé el recurso de anulación ante una Comisión *ad hoc* por: a) defectos en la constitución del Tribunal; b) extralimitación manifiesta en sus funciones; c) corrupción de algún miembro del Tribunal; d) defectos graves en la aplicación de las normas de procedimiento; y e) falta de motivación del laudo y que tales causales pueden equivaler al recurso extraordinario de protección; sin embargo este último argumento no luce muy sólido, puesto que la acción extraordinaria de protección procede ante la violación de "...derechos reconocidos en la Constitución" y no solo ante las causales previstas en el recurso de anulación del CIADI.

De tal forma que hay argumentos suficientes para responder tanto afirmativa como negativamente la primera pregunta planteada.

En cuanto a las consecuencias, que en la esfera internacional, podría acarrear para el Ecuador el conocimiento y resolución de una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo del CIADI, hay que decir que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, ratificada por el Ecuador, obliga a respetar los compromisos asumidos (art. 26 *pacta sunt servanda*) e impide invocar el derecho interno para incumplirlos (art. 46). La Constitución de la República es una norma de Derecho interno, aún cuando *ad intra* se la ubique jerárquicamente por sobre los tratados, a nivel

internacional los tratados priman por sobre ella y el incumplimiento de un tratado acarrea la responsabilidad internacional del Estado conforme lo reconoce la doctrina especializada y la jurisprudencia internacional<sup>83</sup>.

En cambio, a nivel interno o nacional, el Ecuador puede denunciar el Convenio de Washington (como en efecto lo hizo) y los TBIs; y de la misma manera interponer una acción extraordinaria de protección, ante la Corte Constitucional, en contra de un laudo dictado por un tribunal del CIADI, aunque las consecuencias que de ello se deriven sean distintas.

Puesto que si se denunciaran los TBIs en bloque, tal denuncia -a nivel internacional- no eximiría al Ecuador de sus obligaciones, debido a la existencia de las cláusulas de remanencia<sup>84</sup>, de tal forma que a nivel nacional no se los reconocería pero en la esfera internacional -los TBIs- seguirán siendo plenamente operativos y los tribunales arbitrales, sean del CIADI o *ad hoc*, podrían continuar emitiendo laudos internacionales válidos, aún cuando se haya denunciado el convenio de Washington<sup>85</sup>.

Si se planteara una acción extraordinaria de protección en contra de un laudo emitido por un tribunal del CIADI y esta fuere aceptada, ello significaría que a nivel interno no se reconocería tal laudo y por tanto no sería ejecutable, pero en la esfera internacional cobrarían vigencia las disposiciones del Convenio del CIADI que disponen que los laudos son obligatorios para las partes, sin que se admitan recursos ante los tribunales nacionales; y, haciendo uso del mecanismo simplificado de exequátur, el laudo inválido en el Ecuador sería válido en el extranjero y su incumplimiento habilitaría al inversor para ejecutar el laudo en cualquier Estado Parte

---

<sup>83</sup> Aunque Ecuador haya denunciado el Convenio del CIADI y este por denunciar 13 TBIs en bloque, hay obligaciones que en virtud de aquellos tratados quedarán subsistentes por largo tiempo aún. De tal forma que Ecuador, al incumplir con las obligaciones previstas en dichos instrumentos internacionales, podría colocarse en una situación muy difícil ante la comunidad internacional y exponerse a demandas instauradas, ya no por inversores, sino por los Estados de los que ellos son nacionales.

<sup>84</sup> Lo cual será analizado en el punto 2.2.7 del capítulo II de esta tesis.

<sup>85</sup> En el punto 3.1 del capítulo III se analizará sobre el momento en el cual surte efectos la denuncia del CIADI y el alcance de tal efecto debido a la conjunción con los TBIs.

(art. 54 Convenio de Washington)<sup>86</sup> e inclusive podría resurgir el derecho para el Estado del demandante de ejercer la protección diplomática y demandar al país ante organismos internacionales.

De tal forma que aunque hayan buenos argumentos para admitir un recurso extraordinario de protección en contra de un laudo emitido por un tribunal del CIADI y aunque a nivel interno surtan efectos la denuncia del Convenio de Washington y la denuncia en bloque de los TBIs, no considero que sea la mejor solución para enfrentar los problemas planteados ante las millonarias demandas que enfrenta el Ecuador ante el CIADI, en reemplazo de esas soluciones deberían optarse por alternativas de contenido jurídico y otras estrategias de corte político, sobre lo cual volveremos en el capítulo III de esta tesis<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Llegado el momento de ejecutar un laudo el interesado puede seleccionar de entre los Estados en donde se localizan bienes del demandado, aquel cuya legislación admita un criterio de inmunidad restringida, esto es, que permita ejecutar bienes de propiedad de Estados extranjeros que no se hallan afectados a actividades de ejercicio de soberanía. De tal forma, que no sería posible ejecutar el laudo sobre embajadas, naves y aeronaves de guerra o destinadas al servicio postal, cuentas bancarias afectadas a la actividad pública del Estado o a la prestación de servicios públicos, pero sí sería posible, por ejemplo sobre naves o aeronaves comerciales.

<sup>87</sup> Los criterios personales vertidos en este punto, no significa ni desconoce que la experiencia, conocimientos imaginación y creatividad de quienes estudian el tema puedan tener una visión más acertada.

## CAPÍTULO II

### Balance del CIADI

#### 1. Breve contexto histórico del CIADI.

El arbitraje internacional tiene gran importancia en el desarrollo de las relaciones comerciales internacionales, importancia que ha aumentado en las últimas décadas, como consecuencia del incremento de las transacciones comerciales y las controversias resultantes, especialmente de las inversiones extranjeras. En este contexto el papel del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI es preponderante.

El CIADI fue creado a través de un tratado internacional -el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados-<sup>88</sup>, este convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Mundial y su oficina principal funciona en la sede del Banco<sup>89</sup>.

A septiembre de 2009, 155 Estados han suscrito el Convenio del CIADI, 144 Estados han depositado sus instrumentos de ratificación<sup>90</sup>, por lo que en principio podría decirse que hay una aceptación en la intervención del centro; sin embargo, esta situación no fue siempre así, por ejemplo la incorporación de América Latina se produjo varios años después.

A partir del siglo XVII los países europeos y posteriormente los Estados Unidos incorporaron en la política internacional la doctrina de la protección diplomática, desarrollada por Vattel e invocada para justificar la intervención de un Estado en los

---

<sup>88</sup> Convenio de fecha 18 de marzo de 1966. Entró en vigor el 14 de octubre de 1966. En Ecuador publicado en el Registro Oficial N° 386 de 3 de marzo de 1986.

<sup>89</sup> Ver: Gonzalo Biggs, "Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales" en *Revista de la CEPAL* N° 80, New York, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003, p.115; y, en: Rafael Nieto Navía, *Arbitraje Internacional...*, p. 35.

<sup>90</sup> Ver: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates\\_Home](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home)

asuntos internos de otro, el argumento era que el perjuicio al ciudadano de un Estado constituía un agravio a dicho Estado y fue la justificación para la intervención, de dichos países, en América Latina.

Como reacción a las intervenciones extranjeras surgió la doctrina de Carlos Calvo que invocaba la jurisdicción exclusiva de los Estados para conocer y juzgar la conducta de los extranjeros dentro de sus territorios, proponía prohibir la intervención diplomática hasta que no estuvieran agotados los recursos locales; y la doctrina de Luis María Drago según la cual ningún poder extranjero puede utilizar la fuerza contra una nación americana para recolectar una deuda<sup>91</sup>.

En los años sesenta la política prevaleciente en la mayoría de los países en desarrollo era contraria a la idea de aceptar la posibilidad que un Estado pudiera someter a una jurisdicción extranjera una controversia con un inversor extranjero, la cláusula Calvo prevalecía aún en relación a las políticas en materia de inversiones extranjeras.

En esa época el mundo vivía procesos de descolonización, por lo que esas doctrinas -de Calvo<sup>92</sup> y Drago- fueron rechazadas por los países industrializados, la preocupación central de los inversionistas extranjeros fue diseñar un mecanismo que les permita defenderse de las expropiaciones y nacionalizaciones confiscatorias, para resolver esta dificultad, en 1964, el Banco Mundial propuso la creación del CIADI a fin de sustraer de las jurisdicciones locales la resolución de los conflictos relacionados con

---

<sup>91</sup> Ver: Gonzalo Biggs, “Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales” en *Revista de la CEPAL...*, p.104.

<sup>92</sup> Pese a ello -en 1974- la doctrina de Calvo se universaliza, a través de la carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, pues si observamos el literal c) del artículo 2, advertiremos que la Carta dispone que toda controversia en la que intervenga un Estado, debe ser resuelta de acuerdo a la legislación interna del Estado y por los tribunales de ese Estado (se refiere al Estado que toma las medidas de nacionalización), veamos:

2.- Todo Estado tiene el derecho de:

[...] c) Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, **ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales**, a menos que todos los Estados, y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios. (las negritas son mías).

inversiones extranjeras y así evitar que se conviertan en conflictos entre Estados, con tal fin propusieron la introducción de una jurisdicción arbitral internacional.

En América Latina hubo un rechazo colectivo a la incorporación del CIADI<sup>93</sup>. Esta situación comienza a cambiar lentamente en los años ochenta, con la expansión de la red de acuerdos bilaterales sobre inversiones que alcanzó su cúspide durante los noventa. Un factor que contribuyó a la expansión de la red global de convenios bilaterales sobre inversiones fue el proceso de privatizaciones que se dieron en varios de los países latinoamericanos; sin embargo, la conclusión de los convenios bilaterales sobre inversiones fue percibida principalmente como una de las formas de mejorar su capacidad de competir en la atracción de inversiones<sup>94</sup>, lo que culminó con la incorporación al CIADI de la mayoría de los países latinoamericanos, salvo México y Brasil, a propósito de lo cual cabe hacer la siguiente reflexión: Brasil no mantiene tratados bilaterales sobre inversiones y tampoco es parte del sistema multilateral de solución de controversias del CIADI, no obstante es uno de los países latinoamericanos que más inversiones recibe, lo que podría indicar que los TBIs no fueron componentes necesarios para la atracción de las inversiones.

## **2. Análisis del mecanismo de arbitraje aplicado por el CIADI para resolver controversias en materia de inversiones.**

---

<sup>93</sup> Ver: Gonzalo Biggs, "Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales" en *Revista de la CEPAL...*, p.104, en la que como ejemplos del rechazo a la incorporación al CIADI, cita la intervención del delegado de Chile, Felix Ruiz, en nombre de los países latinoamericanos (Ruiz, 1964), la Decisión 24, de 1970 de la Comisión de la Junta de Cartagena, que prohibió la sustracción de la jurisdicción local en los contratos sobre inversiones, y, a través, de un principio similar fue reiterada dicha prohibición en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>94</sup> Ver: <http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=wpapers&wpagno=documentos/2005-03-caso-ciadi>.

La piedra angular del régimen de protección que ofrecen los TBIs se encuentra en la internacionalización de los mecanismos de la solución de las controversias entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, estos mecanismos incluyen la posibilidad de que el inversor acuda al arbitraje internacional, por lo general el administrado por el CIADI.

Parte fundamental de la presente investigación es el estudio de algunas de las cuestiones que ocasionan, en la práctica, las disposiciones de los TBIs en materia de arbitraje entre Estados e inversores extranjeros, partiendo del análisis de sus cláusulas<sup>95</sup> y de la jurisprudencia arbitral del CIADI<sup>96</sup>. “Cierto es que hoy y debido a esta crónica de éxito anunciado, y con independencia de la postura a adoptar y la opinión a tener respecto de estos instrumentos convencionales, la realidad del CIADI no puede concebirse sin las normas materiales contenidas en los APRI”<sup>97</sup>.

Por ello es necesario analizar los principios y reglas aplicados por el CIADI, con el objeto de detectar aciertos o desaciertos.

## **2.1. Reglas procesales o procedimientos aplicados en los arbitrajes administrados por el CIADI.**

De conformidad con sus normas, el CIADI tiene por objeto prestar servicios de conciliación y arbitraje en las diferencias surgidas en torno a una inversión entre los Estados partes y los nacionales de otros Estados partes, para ello cuenta con su convenio constitutivo, que es la norma general y base y con las reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del centro de conformidad con el artículo 6 (1)(a – c) del convenio que

---

<sup>95</sup> La mayoría de los TBIs contienen, grosso modo, las mismas disposiciones sustantivas.

<sup>96</sup> En la que se encuentra la aplicación de las disposiciones de los TBIs.

<sup>97</sup> Sonia Rodríguez Jiménez, “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *Inversiones Extranjeras...*, p. 127.

comprenden el Reglamento Administrativo y Financiero y las Reglas Procesales aplicables a la iniciación, conciliación y arbitraje, cuya última enmienda entró en vigor el 10 de abril de 2006<sup>98</sup>.

De acuerdo al art. 25 (1) del convenio:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados por el Centro por dicho Estado) y un nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

El tribunal se conforma por un número impar de árbitros nombrados por las partes y si estas no se pusieran de acuerdo, por tres árbitros designados por el Presidente del CIADI. El nombramiento por parte del Presidente debe hacerse de las listas que han sido inscritas por los Estados, requisito que no se aplica cuando la designación de árbitros la hacen las partes. Los árbitros designados por el Presidente no pueden tener la nacionalidad de las partes<sup>99</sup>. Cabe señalar que el Presidente del Banco Mundial, preside el Consejo Administrativo CIADI y el Vicepresidente del Banco Mundial es el Secretario General del CIADI.

La controversia de inversión se resuelve en derecho, salvo que las partes acuerden que el fallo sea *ex aequo et bono*<sup>100</sup>.

Salvo acuerdo de las partes, el tribunal aplicará el derecho sustantivo del Estado parte en la controversia y “aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”<sup>101</sup>, lo cual, por ejemplo, puede ocurrir en caso de aplicación de la cláusula

---

<sup>98</sup> Ver: Gabriela Álvarez Ávila, “Las Características del Arbitraje del CIADI”, *Revista Jurídica, Universidad Autónoma de México*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen II, México, 2008, p. 1 – 20.

<sup>99</sup> Artículos 37 a 40 del Convenio CIADI.

<sup>100</sup> (Art. 42.3 del Convenio CIADI) de acuerdo a la equidad y a la conciencia de los árbitros o a su leal saber y entender prescindiendo la consideración de la norma jurídica.

<sup>101</sup> Art. 42.1 del Convenio CIADI. (En el contexto del arbitraje, se refiere a la facultad de los árbitros a prescindir de la consideración de la ley y observar únicamente lo que entienden como justo y equitativo en el caso que nos ocupa).

*nación más favorecida*, según la cual los efectos de un tratado bilateral pueden multilateralizarse<sup>102</sup>.

Respecto a las normas de procedimiento, el tribunal debe observar el convenio, salvo acuerdo en contrario de las partes y a falta de norma aplicable el tribunal decide<sup>103</sup>.

El tribunal del CIADI decide sobre: a) su propia competencia<sup>104</sup>; b) medios de prueba<sup>105</sup>; c) demandas incidentales, adicionales o de reconvencción que se relacionen directamente con la diferencia<sup>106</sup>; d) medidas provisionales, si las circunstancias lo requieren<sup>107</sup>.

A petición de la parte presente y luego de conceder un período de gracia a la parte ausente, el tribunal puede dictar el laudo que debe ser por escrito, estar motivado y ser adoptado y firmado por mayoría de votos, pudiendo los árbitros aclarar su voto o hacer un voto salvado. El laudo solo se publica si las partes lo autorizan<sup>108</sup>.

El laudo puede ser completado por parte del tribunal o rectificar los errores materiales, aritméticos o similares, siempre que una de las partes lo solicite y con el mismo valor del original<sup>109</sup>. También existen los recursos de *aclaración* acerca del alcance o sentido del laudo<sup>110</sup> y *revisión* debido al descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir en el laudo<sup>111</sup>. De ser posible estos recursos se resuelven por el mismo tribunal y si éste lo considera pertinente puede suspender la ejecución del fallo mientras los recursos se resuelven.

---

<sup>102</sup> Ver más adelante el punto 2.2.2 de este capítulo.

<sup>103</sup> Art. 44 del Convenio del CIADI.

<sup>104</sup> Art. 41.1 del Convenio del CIADI.

<sup>105</sup> Art. 43 del Convenio del CIADI.

<sup>106</sup> Art. 46 del Convenio del CIADI.

<sup>107</sup> Art. 47 del Convenio del CIADI.

<sup>108</sup> Art. 48 del Convenio del CIADI.

<sup>109</sup> Art. 49 del Convenio del CIADI.

<sup>110</sup> Art. 50 del Convenio del CIADI.

<sup>111</sup> Art. 51 del Convenio del CIADI.

También se puede solicitar la anulación del laudo en las siguientes circunstancias: a) que el tribunal se hubiera constituido incorrectamente; b) que el tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) que hubiera habido corrupción de algún miembro del tribunal; d) que hubiere quebrantamiento grave de alguna norma de procedimiento; o, e) que el laudo no hubiera explicado los motivos en que se funda. La anulación se resuelve por:

[U]na Comisión *ad hoc* integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a la que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia<sup>112</sup>.

Las facultades de la Comisión son las de anulación y no de sustitución del laudo, de tal forma que si fuere anulado, la controversia -a petición de parte- debe someterse a un nuevo tribunal. A parte de los recursos citados, no existen más.

Ejecutoriado el laudo es de cumplimiento obligatorio. Los laudos se ejecutan “(...) de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencia, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda...”<sup>113</sup>.

Finalmente, cabe anotar que a través del *Mecanismo Complementario*, adoptado por el Consejo Administrativo del CIADI se autoriza al Secretariado del Centro a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: i) procedimientos de comprobación de hechos; ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante; y iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una

---

<sup>112</sup> Art. 52 del Convenio del CIADI.

<sup>113</sup> Art. 54 del Convenio del CIADI. De tal forma que no es necesario acudir a los procedimientos de la Convención de la ONU sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, 1958).

sea un Estado contratante o un nacional de un Estado contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria.

## **2.2. Las reglas de los TBIs aplicadas por los tribunales arbitrales conformados al amparo del CIADI.**

Como ya lo advertimos en el capítulo anterior, los TBIs han diseñado un esquema normativo general en materia de derechos y garantías para el inversor extranjero. Estos convenios internacionales adquirieron relevancia cuando los países exportadores de capital establecieron principios y reglas para la protección del inversor extranjero, creando un derecho común para las inversiones extranjeras, que se legitimó debido a su exponencial proliferación, llevándolos a constituirse -según la doctrina- en el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera<sup>114</sup>.

Los TBIs consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros, a la vez que les confiere los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos, de tal forma que la protección brindada por estos tratados se materializa en la consagración de los derechos y la instrumentalización para hacerlos valer en el plano internacional mediante el arbitraje, generalmente el administrado por el CIADI.

En los próximos puntos revisaremos las normas contenidas en los TBIs, que en definitiva son las reglas aplicadas por los tribunales del CIADI para resolver las controversias sometidas a su consideración, debiendo señalarse que la determinación de su contenido exacto requiere de una verificación en la aplicación en el caso en concreto.

---

<sup>114</sup> Ver: Leonardo Granato, *Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Buenos Aires, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2005, p. 12.

### 2.2.1. El trato nacional.

A través de este principio se pretende que en el país receptor de la inversión los inversionistas extranjeros<sup>115</sup> tengan el mismo trato que los inversionistas nacionales de ese país. Podemos observar esta cláusula en el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones:

#### **Artículo II**

1. Cada parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte o hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos ...

A primera vista, con la aplicación de esta cláusula se estaría aplicando el principio de igualdad consagrado en todas las constituciones latinoamericanas, sin embargo, no puede hacerse un análisis tan apresurado.

Como lo sintetiza Robert Alexy<sup>116</sup>, el mandato de igualdad es la formulación del derecho que exige que todos sean tratados igual por el legislador, preguntándose ¿qué significa eso?, para responder utiliza la máxima “Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”; es decir lo esencialmente igual no debe ser tratado en forma desigual y lo esencial estaría condicionado al criterio de arbitrariedad, de tal forma que si no hay alguna razón suficiente para un tratamiento desigual, entonces el tratamiento igual es imperativo, de la misma manera solo cuando es necesario el tratamiento desigual, este es un imperativo<sup>117</sup>.

Entonces cabe preguntarse ¿en esencia las condiciones de los inversores nacionales son iguales a las de los extranjeros? la respuesta dependerá de cada caso en

---

<sup>115</sup> Que generalmente son empresas multinacionales.

<sup>116</sup> Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 384.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 388.

concreto, pues si el inversor extranjero es una multinacional cuyo capital es superior al PIB del país receptor de la inversión, las condiciones económicas de un inversor nacional difícilmente podrán compararse a las del extranjero, por lo que un tratamiento favorable a este último podría convertirse en un imperativo, y en estricta aplicación del principio de igualdad<sup>118</sup>.

La igualdad y desigualdad entre inversores se evidencia en la práctica como lo sostiene Sonia Rodríguez, al manifestar que un TBI<sup>119</sup> “[s]ostiene un equilibrio e igualdad entre los inversores y las inversiones de los dos países firmantes. Equilibrio que dependiendo de los dos estados implicados se consigue a la perfección en el texto y en el contenido del APRI, no así en la realidad y puesta en práctica de los mismos”. Luego continúa diciendo “[t]al desigualdad será más manifiesta cuando más grande sea la dependencia económica del país en vías de desarrollo del país desarrollado y/o en su caso de la necesidad de inversión. A lo anterior debemos señalar de nuevo que tampoco hay que perder de vista los APRI firmados entre Estados con economías a primera vista parecidas, pues podemos encontrar también casos de desequilibrios”<sup>120</sup>.

### **2.2.2. La Cláusula de la nación más favorecida.**

---

<sup>118</sup> James Petras y Henry Veltmeyer, señalan que en la década de los setenta, la UNCTAD, documentó la mecánica de “club de billón de dólares” en referencia a un pequeño conjunto de sociedades multinacionales, cuyos activos superaban el PIB de la mayor parte de los países, el poder económico de las multinacionales se reflejan en los activos y las ventas de las empresas de alto rango. “Las ventas anuales de cada una de estas empresas superó los ingresos de todas las administraciones gubernamentales, salvo Estados Unidos, y el PBI de casi todas las economías más importantes del mundo en vías de desarrollo; de las cien más grandes economías del mundo, casi la mitad son EM.” Según éstos autores, otro indicador de la concentración de poder económico en las grandes multinacionales, son las ganancias empresariales totales, citan un artículo del periódico *Financial Times* publicado en la página 8 del día 2 de noviembre de 2005, en el que se señala que las 150 corporaciones más grandes del mundo por su valor de mercado obtuvieron, 600 mil millones de dólares de ganancias, en el año 2003 y en conjunto, lo que representó cerca de la mitad de las ganancias de las 2.000 principales empresas de todo el mundo. Entonces se puede concluir que el poder económico efectivo, reflejado en los activos acumulados y en las ventas totales de las grandes multinacionales dan cuenta del posicionamiento económico de estas empresas de modo que los productores y las empresas nacionales ubicados en los países en vías de desarrollo, no se encuentran muy bien posicionados. James Petras y Henry Veltmeyer, *Juicio a las Multinacionales Inversión...*, p. 47-50.

<sup>119</sup> También conocido como APRI.

<sup>120</sup> Sonia Rodríguez Jiménez, “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI, *Inversiones Extranjeras...*, p. 129 - 130.

En todos los TBIs suscritos por el Ecuador se encontrará la obligación de conceder a las inversiones de los inversores de los Estados partes, el “tratamiento de la nación más favorecida” y generalmente está unido a la obligación de otorgar el “trato nacional”, que fue tratada en el apartado anterior. El objeto de esta cláusula es que los inversores de los Estados partes reciban el tratamiento favorable que los países receptores de inversiones extranjeras otorgan a los nacionales de otros Estados. Así por ejemplo, el TBI suscrito entre Ecuador y Alemania, al contener la cláusula de la nación más favorecida, autoriza a que un inversionista alemán en Ecuador se ampare en aquellas normas del TBI suscrito entre Ecuador y España que le favorezcan.

Lo que rompe la regla general, según la cual, las normas de un tratado bilateral son aplicables exclusivamente a los Estados suscriptores quienes han prestado su consentimiento sin que un tercer Estado se vea beneficiado o afectado por las mismas, sin embargo, hay casos en los que se considera de interés público el que un tratado afecte o beneficie a Estados que no han prestado su consentimiento, aquello es claro en los tratados de protección a los derechos humanos, pero no lo es en este tipo de tratados bilaterales, ya que si bien la finalidad de dicha cláusula, en principio, es poner en pie de igualdad competitiva a inversionistas de diferentes países extranjeros, en los hechos, oculta una realidad, a la que ya me he referido en párrafos anteriores: por lo general son los inversores de los países desarrollados (empresas transnacionales) sus principales beneficiarios.

Lo cierto es que la cláusula de la nación más favorecida multilateraliza los efectos de la garantía de trato nacional al resto de los tratados, ya que como lo manifiesta Alicia Perugini “[s]i bien estos convenios son bilaterales y por lo tanto, desde el punto de vista del ámbito espacial de aplicación, se aplican por los estados ratificantes a los casos provenientes de tales estados, son susceptibles de

multilateralizarse, pues todos ellos contienen la cláusula de la nación más favorecida<sup>121</sup>”, de tal forma que se produce la generalización de la base jurídica de los tratados en aquellos aspectos que más favorezcan al inversor, con independencia del tratado concreto que proteja al inversor de una de las partes, como por ejemplo puede multilateralizarse, “la descripción de lo que se entiende por inversión, el trato nacional, las transferencias, repatriación de capitales, sistemas de solución de controversias<sup>122</sup>”.

El Convenio para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos, contiene esta cláusula en su artículo 3, numeral 2: “[...] De manera más particular, cada una de las Partes Contratantes acordará a dichas inversiones un tratamiento que en ningún caso será menos favorable que el acordado a inversiones de sus propios inversionistas o a inversiones de inversionistas de terceros Estados, el que sea más favorable al inversionista en cuestión...”.

Sobre la aplicación de la cláusula analizada -por parte del CIADI- el caso Maffezini<sup>123</sup> reviste interés, en este caso el procedimiento arbitral se inició ante la denuncia por parte del inversionista Emilio Maffezini, debido a la existencia de una controversia ante el tratamiento recibido por su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en la región de Galicia, España. En su solicitud de arbitraje, el actor invocó las disposiciones del Tratado Bilateral de Inversión Argentina - España y mediante la aplicación de la cláusula de la “nación más favorecida”, contenida en dicho tratado, las disposiciones del TBI Chile - España.

---

<sup>121</sup> Alicia M. Perugini, *La definición de las personas físicas y la Cláusula de la Nación Más Favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1993, p. 36. citado por Leonardo Granato, *Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional...*, p. 20.

<sup>122</sup> Idem.

<sup>123</sup> Caso N° ARB/97/7, Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España, sentencia del 13 de noviembre de 2000 y modificado parcialmente el 31 de enero de 2001.

España objetó la jurisdicción del CIADI y la competencia del tribunal arbitral, basándose en que: i) el Artículo X (3) (a) del convenio Argentina - España exigía el agotamiento de ciertos recursos internos en España a los que el actor no dio cumplimiento; y, que ii) el actor no presentó el caso ante los tribunales españoles antes de someterlo a arbitraje internacional como lo exige el Artículo X (2) del mencionado instrumento<sup>124</sup>.

Para decidir sobre su jurisdicción, el tribunal arbitral, consideró que el Artículo X del Tratado Argentina - España no exige el agotamiento de los recursos internos, sino su utilización y que el planteo de ella ante los tribunales locales -en ningún caso- podría vedar al actor la posibilidad de recurrir posteriormente al tribunal arbitral, aunque ello no libera al actor de iniciar el proceso ante el tribunal local<sup>125</sup>. No obstante, en atención a la invocación de la cláusula de la “nación más favorecida”, contemplada en el Artículo IV del TBI Argentina - España, el tribunal analizó las normas de dicho tratado que exigen someter la controversia a la jurisdicción local por un término de dieciocho meses ante la declaración del actor de que no existía una previsión similar en el Tratado Bilateral de Inversiones Chile - España; que, como consecuencia de ello, los inversores chilenos en España reciben un trato más favorable que los argentinos en el mismo país y que la cláusula de la “nación más favorecida” contenida en el Tratado Argentina - España le otorgaba la opción de someter la controversia al arbitraje sin recurrir previamente a los tribunales españoles<sup>126</sup>. Así el CIADI admitió su jurisdicción y destacó que “si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellas del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al

---

<sup>124</sup> Párrafo 20 de la decisión del Tribunal arbitral sobre excepciones a la jurisdicción del 25 de enero de 2000.

<sup>125</sup> Párrafos 19 a 37 de la decisión.

<sup>126</sup> Párrafos 39 a 40 de la decisión.

beneficiario de la cláusula de la Nación más favorecida, pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis”<sup>127</sup>.

### **2.2.3. Tratamiento justo y equitativo.**

Se trata de una norma clásica del Derecho Internacional Público, acerca de esta regla, Silvia Fernández de Gurmendi, señala:

[L]a obligación de conceder el tratamiento justo y equitativo, que constituye una reivindicación tradicional de los países exportadores de capital, está muy difundida en la práctica internacional relativa a las inversiones extranjeras. Parece todavía difícil, sin embargo, sostener la existencia de una norma internacional al respecto. Tampoco existe consenso sobre su contenido y alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y al fin del acuerdo [...]. Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, muy elástico, se configura caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta<sup>128</sup>.

Un ejemplo de esta cláusula lo encontramos en el TBI suscrito entre Ecuador y China, que dice: “Artículo 3.- Las inversiones de cualquiera de las Partes Contratantes y las actividades relacionadas con las mismas gozarán de un tratamiento justo y equitativo, así como de protección en el territorio de la otra Parte Contratante”.

La aplicación de la cláusula *tratamiento justo y equitativo* puede observarse en el conocido caso *CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina* (Case N° ARB/01/8) de 12 de mayo de 2005. Antes de entrar al análisis de la aplicación de esta cláusula, en este caso, es necesario recordar que Argentina es el Estado latinoamericano más demandado ante el CIADI, lo que se atribuye principalmente a la crisis que le sobrevino en los años 2000 y siguientes, “cuando la paridad del dólar y el peso se rompió con efectos graves en el valor de la moneda que se devaluó, en el sistema de

---

<sup>127</sup> Párrafo 54 de la decisión.

<sup>128</sup> Silvia A. Fernández de Gurmendi, *Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras*, La Plata, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de la Plata, año II, N° 3, 1992, p. 70. citado por Leonardo Granato, *Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional...*, p. 19.

depósitos bancarios en divisas y en la llamada “pesificación” de las tarifas de servicios públicos, muchos de ellos entregados en concesión a empresas extranjeras”<sup>129</sup>.

A finales de la década de los años 90, comenzó en Argentina a desatarse una fuerte crisis económica, lo que daría lugar a graves consecuencias económicas y políticas, entonces se creó un régimen bajo el cual las tarifas se calculaban en dólares, la conversión a pesos se hacía con la facturación y las tarifas se ajustaban cada seis meses de acuerdo con el *United Status Producer Price Index (US PPI)*. Al surgir la crisis, el gobierno argentino congeló las tarifas USPPI, desde inicios del 2002 hasta finales del 2003 y declaró emergencia pública la que se prorrogó; inmediatamente introdujo una reforma al sistema de cambios, de manera que la ley de convertibilidad fue abolida, el peso argentino devaluado y se fijaron diferentes tipos de cambios. El derecho que tenían los concesionarios de servicios públicos de fijar sus tarifas según el US PPI se eliminó, también el cálculo de las tarifas en dólares, entonces los concesionarios alegaron que las medidas, introducidas por el gobierno, a través de la normativa, los ha perjudicado y éste ha sido el origen de varias de las demandas ante el CAIDI contra Argentina y entre ellas la de CMS Gas Transmisión Company.

En las alegaciones contra Argentina, CMS Gas Transmission Company<sup>130</sup>, sostuvo que dicho país había incumplido las normas contempladas en el Artículo II(2)(a)<sup>131</sup> del TBI suscrito entre Argentina y Estados Unidos, referentes al *trato justo y equitativo* de las inversiones protegidas por el tratado, ante dicha alegación -el tribunal conformado en el seno del CIADI- señaló: “la estabilidad del entorno jurídico y

---

<sup>129</sup> Rafael Nieto Navia, “La paradoja del auge del arbitraje de inversión: ¿están los Estados reconsiderando su apoyo al arbitraje?, el caso argentino”, *Arbitraje Internacional...*, p. 48.

<sup>130</sup> Laudo CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (Case N° ABR/01/8) del 12 de mayo de 2005.

<sup>131</sup> (2) a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law.

empresarial es un elemento esencial del trato justo y equitativo”<sup>132</sup> y consideró que “Las medidas de que se reclama en efecto transformaron y modificaron totalmente el entorno jurídico y empresarial en relación al cual la decisión de invertir fue adoptada y llevada a la práctica”<sup>133</sup>. El tribunal concluyó que estas medidas “tuvieron el efecto de producir una contravención objetiva del estándar establecido en el Artículo II(2)(a) del Tratado”<sup>134</sup>.

Por su parte, Argentina sostiene que el tribunal no realizó un examen apropiado de la situación en el derecho argentino, omitió determinar la extensión del derecho internacional y doméstico que aplicó a la controversia, además desestimó las doctrinas jurídicas argentinas de la “*imprevisión*” y de la “*revisión contractual*”<sup>135</sup>. En su lugar, el Tribunal se basó en una sola sentencia francesa: la decisión del Consejo de Estado en *Gaz de Bordeaux*<sup>136</sup>.

Además agrega Argentina que “el Tribunal no interpretó el Tratado de 1991 y procedió a emitir un laudo sobre la base de la suposición insensata e infundada de que los inversores poseen una expectativa legítima de estabilidad total en la economía del Estado anfitrión que pueden hacer valer, independientemente de las circunstancias”<sup>137</sup>. El Tribunal “de ningún modo tuvo en cuenta el derecho legítimo de la Argentina de regular mediante medidas generales adoptadas por razones de orden público (...)”<sup>138</sup>. El Tribunal no evaluó “la propiedad de las medidas cuestionadas a la luz de la terrible emergencia que enfrentaba Argentina (...)”<sup>139</sup>. “En esencia, el Tribunal sostuvo que los inversores tienen una expectativa legítima exigible de estabilidad total en la economía

---

<sup>132</sup> Laudo, párrafo 274.

<sup>133</sup> *Ibidem*, párrafo 275.

<sup>134</sup> *Ibidem*, párrafo 281.

<sup>135</sup> Memorial de Anulación de Argentina, p. 189-200.

<sup>136</sup> Consejo de Estado, *Compagnie Générale d’Eclairage de Bordeaux*, Rec. 125, 30 de marzo de 1916.

<sup>137</sup> Réplica de Anulación de Argentina, párrafo. 43.

<sup>138</sup> *Ibidem*, párrafo 44.

<sup>139</sup> Memorial de Anulación de Argentina, párrafo 117.

del Estado receptor, sin perjuicio de las circunstancias”<sup>140</sup>. El Tribunal aplicó mecánicamente el Artículo II(2)(a), convirtiéndolo en una norma de responsabilidad objetiva<sup>141</sup>. Argentina considera que el tribunal del CIADI no ha ofrecido razones para esa resolución y que se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

Por su parte, *CMS Gas Transmission Company* niega que el tribunal, al declarar que Argentina había vulnerado el Artículo II(2)(a) del Tratado, se haya extralimitado manifiestamente en sus facultades, sostiene que “la objeción de Argentina a la decisión del Tribunal no es más que la repetición de su defensa en primera instancia y una apelación a las conclusiones del Tribunal respecto de los méritos.” Argumenta también, que en el laudo aplicó el derecho argentino pertinente. Señala que el Tribunal, al aplicar el TBI, no ignoró el “contexto” y no “aplicó el estándar de trato justo y equitativo en un vacío”<sup>142</sup>. Dice también, que en lugar de igualar trato justo y equitativo con responsabilidad objetiva, el Tribunal reconoció que era necesario un “nuevo balance” entre Argentina y *CMS Gas Transmission Company* debido a los cambios en las circunstancias económicas y que dicho nuevo balance no había tenido lugar en perjuicio de *CMS*, y concluye que el Tribunal ofreció fundamentos adecuados para su declaración sobre este punto.

En este caso, al no existir acuerdo entre las partes de la contienda, el CIADI condenó a Argentina al pago de una indemnización a favor de *CMS Gas Transmisión Company*, para el cálculo de la indemnización utilizó el método de flujo de caja descontado, concluyendo -según ese método- en una valoración de 133.2 millones de dólares, al 17 de agosto de 2000<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> *Ibidem*, párrafo 123.

<sup>141</sup> *Ibidem* párrafos 123-124.

<sup>142</sup> Memorial de Contestación sobre Anulación de *CMS*, párrafos 52 y 58

<sup>143</sup> Laudo, párrafo 468.

La consecuencia principal de las resoluciones tomadas por distintos tribunales arbitrales, considerando la aplicación de la cláusula del *trato justo y equitativo* es que la han aplicado no solo a lo que podría considerarse como abuso deliberado o flagrante del poder del gobierno del país receptor de la inversión, sino al uso del poder del gobierno que no cumpla estrictamente con requisitos de buena fe, protección de las expectativas legítimas del inversor extranjero, buena gobernanza y marco jurídico favorable. De tal forma que en aquellos países en los que el desarrollo de la normativa no es muy avanzado y las condiciones político - económicas no siempre son favorables al entorno, la tendencia reseñada aumenta el riesgo de resoluciones contrarias al país receptor de la inversión.

#### **2.2.4. La cláusula paraguas o *umbrella clause*.**

El objetivo de esta cláusula -inserta en algunos TBIs- es asegurar el respeto a las obligaciones que hubieran contraído las partes (inversor y Estado receptor de la inversión) en otro instrumento y que le resultaren más favorables al inversor, de tal forma que el TBI funciona como un “paraguas” sirviendo de protección de las inversiones realizadas y de las obligaciones asumidas por el Estado receptor<sup>144</sup>; es decir, a través de la *umbrella clause* se incluye en el ámbito del respectivo TBI las obligaciones contractuales asumidas por el Estado. Por ejemplo, supongamos que entre un inversionista español y Ecuador se suscribe un contrato de explotación de recursos minerales, por tanto al amparo del TBI entre Ecuador y España, que en su artículo VIII, contiene la *umbrella clause*: “Las condiciones más favorables que las del presente Acuerdo que hayan sido convenidas por una de las Partes Contratantes con los

---

<sup>144</sup> Ver: Alejandro Escobar, *Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States*, New York, Publicaciones del CIADI, volumen 11, número 1, 1996, p. 86.

inversionistas de la otra Parte Contratante no se verán afectadas por el presente Acuerdo”, el Ecuador estaría obligado a respetar los acuerdos contractuales a los que haya llegado con el inversionista español y que le resultaren más favorables que las medidas de protección previstas en el TBI Ecuador – España.

La aplicación de esta cláusula puede observarse en el caso ya comentado *CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina* (Case N° ARB/01/8) de 12 de mayo de 2005. Una de las consideraciones del tribunal del CIADI, para emitir su resolución, fue que Argentina había infringido el Artículo II(2)(c) del TBI aplicado que dispone que cada parte “cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones”<sup>145</sup> -la denominada umbrella clause o cláusula paraguas-. El Tribunal concluyó que “el Demandado no ha dado cumplimiento a la obligación contenida en la cláusula general del Artículo II(2)(c) del Tratado en cuanto se han contravenido las obligaciones legales y contractuales pertinentes a la inversión llevando a la violación de los estándares de protección estipulados del Tratado”<sup>146</sup>.

Por su parte, Argentina sostiene que ni el Estado ni ninguna de sus dependencias asumieron obligación alguna frente a CMS, aparte de las normas del mismo TBI de 1991<sup>147</sup>, por lo tanto, CMS no podía invocar obligación alguna bajo el Artículo II(2)(c) del Tratado y enfatiza en que, no obstante lo anterior, el Tribunal autorizó a CMS para reclamar el incumplimiento de obligaciones bajo la cláusula paraguas incurriendo en una extralimitación manifiesta en sus facultades y omitiendo indicar fundamento alguno<sup>148</sup>.

En relación a ello CMS señala que entabló un reclamo por el incumplimiento de seguridades dadas a CMS respecto del régimen de tarifas resultante de “los

---

<sup>145</sup> Laudo, párrafos 127-151.

<sup>146</sup> *Ibidem*, párrafo 303.

<sup>147</sup> Memorial de Anulación de Argentina, párrafo 96.

<sup>148</sup> *Ibidem*, párrafo 97.

instrumentos legales relacionados con la privatización del gas, incluso la Licencia otorgada a TGN”<sup>149</sup>, ya que considera que dichas garantías “constituyeron compromisos que Argentina debía cumplir conforme a la Cláusula Paraguas”<sup>150</sup>, finalmente considera que no hubo exlimitación manifiesta de facultades como tampoco ausencia de razonamiento <sup>151</sup>.

Como ya se lo mencionó, el CIADI condenó a Argentina al pago de una indemnización a favor de CMS Gas Transmisión Company de 133.2 millones de dólares.

Sobre la “umbrella clause” -el CIADI- en el caso *Antoine Goetz and others vs.*

*República de Burundi* afirma:

[...] de manera general, la existencia de un convenio bilateral de promoción y protección de las inversiones certifica la voluntad de los Estados partes de colocar las inversiones realizadas por los nacionales de uno de ellos en el territorio del otro sobre la garantía de las relaciones interestatales y la protección del Derecho Internacional, eso no es una casualidad ya que se habla comúnmente de un acuerdo paraguas o de un umbrella agreement. Este es uno de los grandes méritos del CIADI, creado por el Convenio CIADI de 1965, e igualmente es una de las razones de su éxito que ha establecido la solución de controversias relativas a inversiones extranjeras bajo la protección de un mecanismo internacional basado en el consentimiento de las partes interesadas<sup>152</sup>.

## 2.2.5. Protección y seguridades plenas.

Son normas que resguardan al inversor extranjero de los denominados “riesgos políticos”, en el caso de protección a las inversiones, los riesgos contra las expropiaciones o nacionalizaciones, restricciones a las transferencias, daños ocasionados por guerra o eventos similares; es decir aquellas posibilidades en las que el Estado interfiera, arbitrariamente, en los derechos de la propiedad extranjera en su territorio. Así el numeral 2 del artículo 2 del TBI Ecuador – Canadá, dispone que:

---

<sup>149</sup> Dúplica de Anulación de CMS, párrafo 32.

<sup>150</sup> *Ibidem*, párrafo 32.

<sup>151</sup> Ver: *MTD c. Chile*, párrafo. 67-69.

<sup>152</sup> [www.wprldb.org/icsid/cases/goetz.pdf](http://www.wprldb.org/icsid/cases/goetz.pdf), párrafo64eICSIDRev.,vol.15,2000,p.487

2. Ambas partes contratantes tratarán a las inversiones o los beneficios de los inversionistas de la otra Parte Contratante.
  - a. de modo justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional
  - b. y le proporcionarán protección y seguridad totales.

### 2.2.5.1. Protección contra las expropiaciones.

Debido a que la potestad expropiadora del Estado se rige por un principio reconocido por el Derecho Internacional Contemporáneo, que deriva a su vez del principio de soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los TBIs no prohíben la expropiación o nacionalización -al menos no los suscritos por Ecuador-, sino que aseguran que esas decisiones soberanas solo se puedan adoptar por razones de *utilidad pública*, sobre una base *no discriminatoria*, bajo el *debido proceso* y con el pago de una *compensación, pronta, justa y efectiva*<sup>153</sup>. Un claro ejemplo de esta cláusula lo encontramos en el TBI suscrito entre Ecuador y Alemania:

#### Artículo 4

Art. V.- La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contratante contra las inversiones de inversionistas de la otra Parte contratante en su territorio deberá aplicarse exclusivamente por razones de utilidad pública conforme, a las disposiciones legales y, en ningún caso, será discriminatoria. La Parte Contratante que adoptará estas medidas pagará al inversionista o a su derecho-habitante, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible y libremente transferible.

En materia de inversiones extranjeras, el término de expropiación no solo se refiere a los bienes físicos, su concepto se ha ampliado al punto de considerar también como expropiación a las reglamentaciones o acciones que toma un gobierno y que de manera indirecta *-expropiación indirecta-* pueden afectar valores de la inversión y sus

---

<sup>153</sup> El TBI suscrito entre Ecuador y Canadá, dentro de su art. VIII, numeral 2, menciona al respecto: “*El inversionista afectado tendrá derecho, en virtud de las leyes aplicables de la Parte Contratante que practique la expropiación, al pronto examen, por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de su caso y a la valoración de su inversión o beneficios de acuerdo con los principios establecidos en este artículo*”.

expectativas de ganancia, aunque cabe advertir que el término expropiación indirecta no se encuentra definido en ningún TBI.

Mientras que la expropiación directa se produce por el ejercicio directo de los poderes públicos cuando un bien, una propiedad, un objeto u otro tipo de propiedad es nacionalizada o expropiada, es decir, cuando hay una transferencia directa de la propiedad privada, la expropiación indirecta amplia considerablemente el campo de aplicación de la protección de la propiedad privada del inversor<sup>154</sup>.

De tal forma que lo importante para determinar si hubo o no “expropiación” al amparo de un TBI, es verificar no el hecho de la transferencia de la propiedad, sino cuándo los poderes públicos, por un acto reglamentario, ejercen competencias que tienen efectos de o son asimilables a la expropiación, tal cual lo manifiesta Hugo Ruiz al señalar: “Lo esencial, por consiguiente, se desplaza sobre el hecho no de saber si hubo traspaso de la propiedad, sino establecer en qué medida las «expectativas legítimas» del goce del derecho fundamental de propiedad del inversor ha sido objeto de privación indirecta”<sup>155</sup>.

De esta manera entiende el CIADI a la expropiación indirecta, lo podemos constatar por ejemplo en el caso *Lauder*: “la expropiación indirecta o nacionalización es una medida que no implica una incautación deliberada pero neutraliza eficazmente el goce de la propiedad. Lo esencial, por consiguiente, es establecer si efectivamente el goce de la propiedad ha sido restringido (...)”<sup>156</sup>.

Así, al amparo de esta cláusula el inversionista puede demandar, ante tribunales internacionales, cualquier medida que el Estado adopte de manera justificada o no, por realizar reformas de orden económico o político -expropiación indirecta-, lo complejo resulta trazar la línea divisoria entre las mediadas regulatorias estatales legítimas y

---

<sup>154</sup> Hugo Ruiz Díaz Balbuena, *Los Tratados de Protección de las Inversiones y el Conflicto entre Interés Privado/ Interés General*, Paris, 2008, p. 16

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 16

<sup>156</sup> Ver: caso *Lauder*, en <http://www.mfcr.cz/static/Arbitraz/en/FinalAward.doc>, § 200. Citado por Hugo Ruiz.

aquellas que podrían considerarse ilegítimas en contra de los derechos de los inversionistas extranjeros y que darían como resultado una “expropiación indirecta”. Para ello, Osvaldo Siseles se refiere a algunos principios útiles que sirven para verificar si se trata de una expropiación o de una regulación legítima<sup>157</sup>: a) el grado de interferencia del accionar del Estado; b) la duración de la regulación impuesta; c) el efecto sobre el inversor; y d) el objetivo perseguido por el gobierno y el contexto en el cual la medida fue adoptada<sup>158</sup>. En atención a estos principios deberían analizarse los casos en cuya argumentación se alegue expropiación indirecta.

El mismo autor, sobre el caso argentino, en otro ensayo acerca de la eficacia de los TBIs, manifiesta que es importante referirse a los objetivos que los Estados parte tuvieron en mira al momento de suscribirlos, de tal forma que las normas de dichos tratados solo serán eficaces en la medida que se alcancen tales objetivos<sup>159</sup>.

En ese sentido, a juicio del suscripto, los TBI responden a los siguientes objetivos de las partes signatarias:

- No discriminar al inversor extranjero respecto de los inversores nacionales.
- No proceder a la expropiación de inversiones extranjeras sin la adecuada y justa compensación.
- No privar ni limitar el acceso a la justicia al inversor extranjero<sup>160</sup>.

Señalados los objetivos a los que los TBIs responden, Siseles sostiene que es a la luz de estos objetivos que debe analizarse lo acontecido en Argentina, acerca de las normas de emergencia de los años 2001 a 2003, aclarando que eso no pone en duda la validez de los TBIs legalmente suscritos y concluye que en base a ello se ha podido verificar que:

---

<sup>157</sup> Sostiene que de varios casos relevantes se desprenden criterios que deben considerarse para determinar cuando estamos en presencia de una expropiación que debería dar lugar a una adecuada compensación.

<sup>158</sup> Ver: Osvaldo Siseles, “Contratos administrativos, declaración de emergencia y tratados bilaterales de inversión”, *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, 2004, p.123.

<sup>159</sup> La eficacia debe analizarse en función de la aptitud de la norma para cumplir con su objeto y fin.

<sup>160</sup> Osvaldo Siseles, *Los Tratados de Protección de las Inversiones Extranjeras, Eficacia de los Mismos*, Buenos Aires, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estrategias, 2007, p. 4-5.

- Las medidas de emergencia afectaron por igual a nacionales y extranjeros sin discriminación alguna.
  - Ningún inversor extranjero fue privado de su propiedad. Por ejemplo, las empresas prestadoras de servicios públicos, incluidas aquellas cuyo capital accionario es detentado por accionistas extranjeros, siguen prestando sus servicios con todos sus activos y facturan y perciben las tarifas y tasas en forma normal y habitual.
  - Ninguna empresa extranjera o sus accionistas vieron limitado su acceso a la justicia e, incluso, algunas de ellas promovieron acciones judiciales.
- Todo ello nos lleva a sostener tanto la validez de los TBI suscritos, como el uso desviado que de los mismos se está realizando en muchos casos<sup>161</sup>.

### 2.2.5.2. Libre transferencia de fondos.

Los TBIs y también los acuerdos de libre comercio disponen que el país anfitrión de la inversión debe garantizar a los inversionistas del otro Estado, la transferencia de fondos relacionados con inversiones. Casi todos los TBIs señalan a detalle qué tipo de pagos deben incluirse en la cláusula sobre transferencias, como podemos observar, por ejemplo, en el tratado suscrito entre Ecuador y Alemania:

#### **Artículo 5**

1. Cada Parte Contratante garantizará a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión de capital, especialmente:
  - a) Del capital y de las sumas adicionales para el mantenimiento o ampliación de la inversión de capital;
  - b) De las rentas;
  - c) De la amortización de préstamos;
  - d) Del producto de la inversión de capital en caso de liquidación o enajenación total o parcial;
  - e) De las indemnizaciones previstas en el artículo 4.
2. Las transferencias conforme al párrafo 2 o 3 del artículo 4, al artículo 5 numeral 1 o al artículo 6 se efectuarán sin demora, a la cotización vigente en cada caso.
3. Dicha cotización deberá coincidir con el tipo cruzado resultante de los tipos de cambio que el Fondo Monetario Internacional aplicará si en la fecha de pago cambiaran las monedas de los países interesados en derechos especiales de giro.

No obstante, en la mayoría de tratados esta lista no es taxativa como ocurre en el ejemplo citado. En cuanto a la moneda, generalmente los TBIs estipulan que las transferencias deben realizarse en una moneda convertible, en algunos se establece que

---

<sup>161</sup> Idem.

puede ser la moneda en que se hayan efectuado las inversiones o en cualquier otra moneda convertible. Con respecto al tipo de cambio, la mayoría de tratados establecen que deben efectuarse al tipo de cambio normal aplicable en la fecha de la transferencia. En casi todos los tratados se dispone que las transferencias deben efectuarse sin demora<sup>162</sup>.

Algunos tratados permiten limitaciones o excepciones a las transferencias disponiéndose que las transferencias se sujetarán a las leyes y regulaciones de la parte contratante, como por ejemplo el TBI suscrito entre Ecuador y China<sup>163</sup>. Los últimos tratados bilaterales de inversión suscritos por Estados Unidos<sup>164</sup> estipulan que una parte puede impedir una transferencia a través de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes de quiebra, insolvencia o la protección de los derechos de los acreedores; la emisión, comercialización o negociación de títulos-valores; los delitos penales, o garantizando el cumplimiento de órdenes o sentencias en procedimientos contenciosos. Los TBI canadienses<sup>165</sup> agregan un quinto elemento a esta lista: informes de transferencias en moneda u otros instrumentos monetarios.

En una economía globalizada en la cual el libre comercio es base, la libre transferencia de fondos es necesaria. John Stuarde Mill sostenía que “las barreras comerciales infringen graves daños a los países que las imponen”<sup>166</sup>. Seguramente por ello, esta cláusula inserta en todos los TBIs y en los acuerdos de libre comercio, no ha merecido críticas ni tampoco se han registrado controversias en torno a la misma, claro está las restricciones a la libertad en las transferencias introducidas en los TBIs

---

<sup>162</sup> una excepción de ello es el tratado suscrito entre Ecuador y Bolivia.

<sup>163</sup> Artículo 6.- 1.Cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, con sujeción a sus leyes y reglamentos, la transferencia de sus inversiones y de las utilidades obtenidas, incluyendo...

<sup>164</sup> Bolivia-Estados Unidos, Estados Unidos-Honduras, Estados Unidos-Nicaragua, Estados Unidos-Trinidad y Tobago

<sup>165</sup> Como se lo puede observar en el TBI suscrito entre Ecuador y Canadá, en el artículo IX, punto 3, literal d.

<sup>166</sup> Ver: <http://www.monografias.com/trabajos13/comer/comer2.shtml#li>

utilizados por Estados Unidos y Canadá son saludables toda vez que en aquellas situaciones estaría justificada y sería necesaria tal restricción.

### **2.2.5.3. Cláusula de compensación por pérdidas.**

La cláusula de compensación por pérdidas es la garantía que se le confiere a un inversionista de uno de los estados parte que haya sufrido pérdidas relacionadas con su inversión en el territorio del otro Estado parte, a consecuencia de guerra u otro conflicto armado, revolución, emergencia nacional, insurrección, conmoción interna, o acontecimientos similares a fin de que reciba de este último, un tratamiento no menos favorable que el concedido a sus propios inversionistas o a inversionistas de un tercer Estado, sea cual fuere el más favorable al inversionista, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación o cualquier otro arreglo. Un ejemplo de este tipo de cláusula lo encontramos en el TBI suscrito entre Ecuador y Canadá, que al respecto señala:

A los inversionistas de una de las Partes Contratantes que sufran pérdidas porque sus inversiones o sus beneficios dentro del territorio de la otra Parte Contratante se ven afectados por conflicto armado, emergencia nacional o desastre natural en ese territorio, se les otorgará por ésta última Parte Contratante, por concepto de restitución, indemnización, compensación u otro ajuste, un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier otro Estado.

Como podemos observar, esta cláusula está estrechamente unida a las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida, sobre cuyo contenido, alcance y aplicación en casos en concreto ya nos referimos en los puntos 2.2.2 y 2.2.3 de este capítulo. Sin embargo, cabe señalar que este tipo de cláusula de compensación es muy común en los TBIs que buscan aumentar al máximo la seguridad de la inversión, pues de acuerdo a la redacción tipo del texto de esta cláusula, dentro de ella se podrían incluir casi cualquier

clase de situación natural y/o social por la cual el inversor pueda requerir una compensación, ya que no se especifica qué casos particulares incluye.

De esta manera se elimina el riesgo para los inversores y el Estado anfitrión pasa a ser el que garantiza cualquier tipo de pérdida, lo cual sería absurdo. No obstante, la interpretación y posterior aplicación que de la misma hagan los tribunales es fundamental y al estar estrechamente vinculada con las cláusulas del trato nacional y de la nación más favorecida el análisis y críticas realizadas en esos puntos deben ser consideradas también en este apartado.

#### **2.2.6. La *stabilization clause*.**

Este tipo de cláusula tiene como objetivo garantizar que cuando la normativa interna del Estado receptor de la inversión sea modificada, a la inversión extranjera se siga aplicando la legislación anterior a la modificación vigente al momento de la suscripción del convenio de que se trate; es decir son previsiones que buscan que el ordenamiento jurídico que rija el contrato, sea siempre el vigente al momento de firmarlo o el posterior si es más favorable al capital foráneo, dando una mayor seguridad al inversor extranjero<sup>167</sup>.

Leonardo Granato señala que: “Esta cláusula contenida en un acuerdo bilateral de inversión es originariamente una obligación internacional para los Estados suscribientes directamente aplicable a la inversión, eliminando cualquier duda acerca de su validez y legal prevalencia sobre las prerrogativas estatales, generando su violación responsabilidad internacional del Estado receptor”<sup>168</sup>.

---

<sup>167</sup> Regiría una suerte de principio legal “pro inversor”

<sup>168</sup> Leonardo Granato, *Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional...*, p. 23.

La *stabilization clause* o cláusula de estabilización puede encontrarse en algunos TBIs<sup>169</sup>, así como también en leyes domésticas, generalmente en las leyes que regulan la promoción de inversiones, como en el caso ecuatoriano que a través de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones<sup>170</sup>, se confiere estabilidad tributaria<sup>171</sup> a los inversores nacionales y extranjeros que tengan inversiones registradas a partir de los 500 mil dólares.

La estabilidad tributaria conferida, a través de la mencionada ley se aplica por un período de 10 años a los titulares de nuevas inversiones en empresas existentes, que no consideren ampliación o expansión de la producción; y, por un período de 20 años a los titulares de nuevas inversiones destinadas al desarrollo de nuevos proyectos de inversión o a la ampliación de la producción<sup>172</sup>. Esos plazos pueden ampliarse hasta por un máximo de 15 años en el primer caso y hasta por 25 años para los casos contemplados en la segunda opción<sup>173</sup>. Adicionalmente, dicha ley confiere la posibilidad de renunciar, por una sola vez, a la estabilidad tributaria, para acogerse al tratamiento tributario existente a esa fecha, si ello conviniera a los intereses del inversionista<sup>174</sup>.

Como se puede observar, por medio de estas cláusulas de estabilización el Estado acuerda "congelar" la legislación en vigencia al tiempo de la realización de la inversión. Se ha afirmado que la referida cláusula de estabilidad no importa enajenación de la soberanía estatal, puesto que no genera un compromiso absoluto de no modificación de las políticas nacionales, ya que el Estado podría decidir tal cambio,

---

<sup>169</sup> No en todos los TBIs consta esta cláusula; sin embargo, en virtud de la cláusula de la *nación más favorecida* ya analizada, los inversores extranjeros podrían invocarla aunque no fueran nacionales del Estado suscriptor del tratado en el cual sí se estipule.

<sup>170</sup> Publicada en el Registro Oficial N° 219 de 19 de diciembre de 1997.

<sup>171</sup> Entendida como el mantenimiento, por un período determinado, de la tarifa aplicable del impuesto a la renta, existente al momento de efectuarse la inversión (ver: artículo 22 de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones).

<sup>172</sup> Art. 24

<sup>173</sup> Art. 26

<sup>174</sup> Art. 27

pero las nuevas normativas no serían oponibles al inversor<sup>175</sup>. Por otro lado, se ha cuestionado el alcance de este tipo de cláusulas interpretándola como una obligación que solamente comporta un obrar de buena fe y eventualmente, la obligación de indemnizar al inversor en caso de daño<sup>176</sup>.

Lo cierto es que este tipo de cláusulas se encuentran con frecuencia no solo en normas internacionales de protección a las inversiones, sino también en normas nacionales cuyo propósito es promover el ingreso de la inversión extranjera pero confiriendo los mismos estímulos a la inversión nacional, como ocurre en la comentada Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones.

#### **2.2.7. Cláusula de remanencia.**

Todos los TBIs tienen un tiempo de vigencia inicial de 10 años renovables, sin embargo, pueden continuar aplicándose 10 o 15 años más, aún después de terminado (denunciado) el mismo, a inversiones realizadas antes de su terminación, por ejemplo en el art. 13.4 del TBI entre Ecuador y China se dispone “[c]on respecto a inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del presente Convenio, las disposiciones del artículo 1 al 12 seguirán vigentes por un período adicional de diez años desde dicha fecha de denuncia”, de igual manera el art. 12.2 del TBI entre Ecuador y España prevé que “[e]n caso de denuncia, las disposiciones previstas en los artículos 1 al 11 del presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un período de diez años a las inversiones efectuadas antes de la denuncia”.

---

<sup>175</sup> Ver: Hortensia Gutiérrez Posse, “Acuerdos para la promoción de inversiones extranjeras. Sistema de solución de controversias. Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones”, *Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1993, p. 9.

<sup>176</sup> Ver: Esteban Ymaz Videla, “Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas”, *Revista La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, 1999, p. 37.

En este punto es importante señalar que en aplicación a lo dispuesto en el art. 419.6 y 7<sup>177</sup> de la Constitución, el Presidente de la República solicitó a la Asamblea Nacional, la aprobación previa para la denuncia de trece tratados bilaterales de protección a las inversiones, que atribuyen competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

Ante ese pedido, la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, analizó y debatió ampliamente el tema<sup>178</sup> y el 4 de diciembre de 2009, emitió un informe en el que sostiene que conforme lo establecen los artículos 438 y 108 de la Constitución de la República y de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, respectivamente, “...SE DEBE SOLICITAR AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, REQUIERA A LA CORTE CONSTITUCIONAL EL DICTAMEN PREVIO VINCULANTE DE CONSTITUCIONALIDAD, TAL CUAL MANDA EL ART. 108 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN LEGISLATIVA<sup>179</sup>”. De tal forma que la aprobación de la denuncia de los 13 TBIs, solicitada por el Presidente de la República, queda a la espera del dictamen vinculante de constitucionalidad que emita la Corte Constitucional.

Más allá del dictamen de constitucionalidad que emitirá la Corte Constitucional, cabe señalar que la denuncia de estos tratados y las cláusulas de remanencia insertas en ellos están íntimamente vinculadas, ya que como podemos observar -del texto de los dos ejemplos citados al inicio de este punto- la presencia de cláusulas de remanencia en

---

<sup>177</sup> **Art. 419.-** La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:... 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

<sup>178</sup> Para lo cual inclusive invitó a representantes de las cámaras de la producción, de la Cancillería, al Viceministro de Comercio Exterior, al Procurador General del Estado, entre otros Ver: <http://asambleanacional.gov.ec/blogs/comision5/2009/12/07/corte-constitucional-debera-emitir-dictamen-sobre-denuncia-de-tratados/>

<sup>179</sup> Ver informe en:

[http://asambleanacional.gov.ec/blogs/comision5/files/2009/12/rd\\_14836bustamante\\_14836\\_276034.pdf](http://asambleanacional.gov.ec/blogs/comision5/files/2009/12/rd_14836bustamante_14836_276034.pdf).

todos los tratados, en caso de denuncia, extienden los efectos de los TBIs por períodos que oscilan entre los 10 y 15 años a partir de la misma, de modo que la denuncia solo surtirá efectos a muy largo plazo. Por ello, no creo que la mejor solución sea denunciar los tratados, pienso que una mejor opción es la renegociación de los TBIs, conforme lo argumentaré en el tercer capítulo de esta tesis.

#### **2.2.8. Cláusula de solución de controversias: el arbitraje internacional.**

Este tipo de tratados, como ya se mencionó, ofrecen a los inversores extranjeros una particularidad: la de recurrir directamente al arbitraje internacional y demandar al Estado receptor de la inversión, cuando se crean perjudicados en sus derechos, posibilidad que por otra vía sería imposible, ya que cualquier persona privada no tiene personalidad activa para demandar a un Estado, vía internacional.

De tal forma que el contenido de las cláusulas expuestas en líneas anteriores, cuyo beneficiario directo es el inversor extranjero, se ven efectivamente garantizadas por medio del arbitraje internacional que éste puede activar ante cualquier supuesto incumplimiento, teniendo legitimación activa para reclamar en sede internacional, muy a pesar de la *Doctrina de Calvo* y que es entendida como el requerimiento del agotamiento previo de los remedios locales y el rechazo de una intervención diplomática en controversias entre particulares y Estados, doctrina que si bien retrasó la suscripción de los países latinoamericanos del Convenio que crea el CIADI, finalmente no lo impidió, como ya se lo señaló en la primera parte de este capítulo.

Quizás los inversionistas prefieren el arbitraje porque creen que el árbitro o árbitros se encuentran mejor capacitados para dirimir sus controversias debido a la especialidad del tema y porque quieren obtener resultados más rápidos y a la final

menos onerosos, esos son los beneficios que generalmente se le atribuyen al arbitraje, no obstante en la práctica, como lo señala Eduardo Jiménez:

[E]s indudable que ninguna de las partes puede aceptar ir a litigar a los tribunales nacionales de la otra parte. No sólo por el temor al prejuicio contra el extranjero, el favoritismo, la falta de imparcialidad sino sobre todo, porque ninguna empresa, ninguna persona dedicada a la actividad comercial internacional puede aceptar ir a litigar a un país extranjero, contra un adversario que es nacional de ese país<sup>180</sup>.

Todos los TBIs contienen la cláusula de solución de controversias, a través de la cual se puede demandar al país receptor de la inversión ante un tribunal internacional, habilitando legalmente una instancia supranacional para la defensa de los intereses de los inversionistas externos en relación con actos de gobierno relacionados con inversores. Ello va unido a lo que ya se manifestó en el punto 2 del capítulo I: “la legitimación en el seno del CIADI se produce de manera alarmante con base en los TBIs”, esto porque los tribunales conformados al amparo del CIADI, han considerado que el consentimiento de las partes -base del arbitraje- se verifica con la suscripción de dichos tratados, de tal forma que la realidad de dicho Centro no se puede concebir sin las normas contenidas en los tratados de inversión<sup>181</sup>.

Tanto es así que, en el caso ecuatoriano, como se puede observar del cuadro que consta en el punto 1.3 del capítulo I: en 22 de los 25 tratados bilaterales de inversión suscritos por el país se prevé -que en caso de controversias- se recurrirá al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, o faculta la conformación de un Tribunal *Ad Hoc*, el mismo que deberá regir su actuación de acuerdo a las normas establecidas por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las

---

<sup>180</sup> Eduardo Jiménez de Arechága, “Solución de Controversias en materia de Inversiones Extranjera”, *Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, T 48, N° 1, 1988, p. 24, citado por Leonardo Granato.

<sup>181</sup> El consentimiento de los Estados para someterse al sistema CIADI, fue analizado en el punto 2, del Capítulo I.

Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI o UNCITRAL).

Así por ejemplo, el TBI suscrito entre Ecuador y Finlandia, en su artículo 10 dice:

...2. Si la controversia no puede ser resuelta amistosamente en un plazo de seis meses desde la fecha de la solicitud de resolución amistosa, el inversionista tendrá derecho a someter el caso a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se hizo la inversión o a arbitraje internacional. En este último caso, el inversionista puede elegir someter el caso:

- (a) Al Centro Internacional para el Arreglo de Disputas por Inversiones (CIADI), establecido de conformidad con la Convención para Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta para su firma en Washington el 18 de marzo de 1965; o
- (b) A un tribunal de arbitraje ad-hoc que, a menos que las partes de la controversia lo acuerden de otro modo, será establecido de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

Como se observa en el ejemplo, generalmente las cláusulas de solución de controversias de los TBIs señalan que, para someterse al arbitraje las partes primero deben mantener un período de consulta y negociación de por lo menos seis meses, tratando de arreglar de manera amistosa el conflicto y de no lograrse tal arreglo, les queda habilitado recurrir al arbitraje.

### **2.3. Críticas sobre el mecanismo de arbitraje aplicado por el CIADI.**

La gran cantidad de procesos de arbitraje instaurados en el seno del CIADI y sus fallos, en la mayoría de los casos adversos a los países demandados, han dado lugar a diversas críticas sobre el mecanismo de arbitraje aplicado por este Centro, críticas que están por fuera de la aplicación de los principios recién analizados, por parte de los tribunales. Considero que no es apropiado referirse a todas las críticas vertidas en contra del CIADI, pero sí a aquellas que puedan tener consideraciones relevantes, para el objetivo de esta investigación; es así que en este apartado me referiré a: conflicto de intereses en torno al CIADI; costo de un arbitraje en el CIADI; doble enjuiciamiento; y, confidencialidad de los procesos arbitrales.

### **2.3.1. Conflicto de intereses en torno al CIADI.**

Pablo García Mexía dice que existe un conflicto de interés “en aquella situación en que, por acción u omisión, incurre un cargo o funcionario público que, estando en cuanto tal vinculado por un deber de servicio al interés general, asume el riesgo de abusar de su poder, subordinando dicho interés general a su interés particular en forma de ánimo de lucro pecuniario o en especie”<sup>182</sup>.

En un sistema de administración de justicia se requiere que jueces y árbitros, según el caso, justifiquen sus decisiones y para ello deben ofrecer las razones en las que se sostienen tales decisiones, este proceso -de ofrecer razones o justificar- subyace en los principios de equidad, imparcialidad e independencia que son elementos fundamentales en las resoluciones de un operador de justicia, pues suponen una protección frente a la arbitrariedad y discrecionalidad.

Es decir que el conflicto de intereses se verifica en situaciones en las cuales la imparcialidad, independencia y equidad requeridas para la decisión se han perdido, lo que además trae, como consecuencia, el beneficio ilegítimo del decisor o de un tercero, como resultado de la resolución que ha adoptado en ejercicio de sus competencias.

Graficando lo manifestado, en los tribunales conformados al amparo del CIADI habría un potencial riesgo de conflicto de intereses<sup>183</sup>, si por ejemplo: el árbitro designado dentro de un tribunal, al mismo tiempo es accionista del bufete de abogados que a su vez es accionista de la empresa (inversor extranjero) que ha demandado al Estado, ante el CIADI; o si por ejemplo dicho árbitro actuó como abogado defensor de dicha empresa (inversor extranjero) en otro caso; o cuando el árbitro designado en un caso tiene un interés económico significativo en la controversia; o tiene una cercana

---

<sup>182</sup> Pablo García Mexía, *Los conflictos de interés y la corrupción Contemporánea*, Madrid, Arazandi, 2001, p. 9.

<sup>183</sup> Mientras no se consuma el conflicto de intereses, nos encontramos ante potenciales riesgos.

relación familiar o de amistad con una de las partes del conflicto; o ha adoptado una posición pública respecto al tema en específico de la contienda, en fin pueden darse varias circunstancias que creen conflicto de intereses, que deben ser reveladas a las partes del arbitraje y deben evitarse por obvias razones.

Es así que la legislación comparada presenta diversos ejemplos de regulaciones concretas sobre prevenciones para el conflicto de intereses; en algunos casos estas regulaciones pueden tener rango constitucional, en otros tienen carácter de ley<sup>184</sup>. Más aún hay convenios internacionales que contienen regulaciones -de conflicto de intereses- como el Código Internacional de Conducta para los Titulares de Cargos Públicos, de la ONU, que tiene una serie de normas sobre la denominada *ética pública*, y en particular sobre el *conflicto de intereses*; otro tratado internacional relevante en el continente americano es la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>185</sup>, que contiene en su artículo III una disposición específica respecto de este tema<sup>186</sup>; otro instrumento internacional, de igual relevancia, es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción<sup>187</sup>, la que avanza, sobre conflicto de intereses, respecto de la convención antes mencionada, ya que incluye al sector privado<sup>188</sup>. Y no podemos dejar

---

<sup>184</sup> En el caso ecuatoriano, hay reglas sobre conflicto de intereses en distintas leyes, especialmente en aquellas del área político-administrativo; pero también se encuentran reglas en el área comercial, financiera, judicial, seccional, entre otras.

<sup>185</sup> Adoptada en 1996 y ratificada por prácticamente la totalidad de los países del hemisferio. La Convención Interamericana contra la Corrupción es acompañada por el respectivo Mecanismo de Seguimiento en la Implementación, el cual analiza -entre otras disposiciones- las relativas a los conflictos de interés y la forma en la que los distintos países cumplen con tales disposiciones.

<sup>186</sup> Art. III.- Medidas preventivas.- A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

<sup>187</sup> Adoptada en el 2004.

<sup>188</sup> **Art. 7.- Sector público.-** (...) 4. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.

de citar las Directrices de la IBA<sup>189</sup> sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional<sup>190</sup>, elaboradas en mayo de 2004, por un grupo de trabajo conformado por 19 profesionales especialistas en arbitraje internacional, de 14 nacionalidades distintas, directrices que tienen el propósito de auxiliar la toma de decisiones en un arbitraje internacional, la elaboración de reglamentos de arbitraje y consideraciones prácticas en relación con la imparcialidad, independencia y deber de revelación de los árbitros.

El alto riesgo de *conflicto de intereses* en torno al CIADI, se da en la designación de árbitros, quienes en algunas situaciones han sido abogados vinculados con las transnacionales, lo que ocurre debido al cambio de rol de árbitros en unos casos, a partes litigantes de los estados en otros, a parte litigante de los inversionistas en otros. Un analista dice: “La práctica de los abogados operando a la vez como consejeros de clientes y árbitros sigue muy extendida en el contexto del arbitraje sobre tratados de inversión (...) hay numerosas instancias donde abogados internacionales están trabajando como árbitros en algunas disputas sobre tratados de inversión, y como abogados de una de las partes en otros”<sup>191</sup>.

Sobre el tema es ilustrativo el caso *Siemens vs. Argentina*, en el cual el gobierno de Argentina cuestionó la designación de Andrés Rigo Sureda por ser consejero del bufete

---

**Art. 12.- Sector privado.-** 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado, así como, cuando proceda, prever sanciones civiles, administrativas o penales eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de esas medidas.

2. Las medidas que se adopten para alcanzar esos fines podrán consistir, entre otras cosas, en: (...)

b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado;(...)

e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo.

<sup>189</sup> International Bar Association.

<sup>190</sup> Guidelines in Conflicts of Interests in International Arbitration.

<sup>191</sup> Luke Eric Peterson, *Analysis: Arbitrator challenges raising tough questions as to who resolves BIT cases*, Investment Treaty News (ITN), 2007, en [http://www.iisd.org/pdf/2007itn\\_jan17\\_2007.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007itn_jan17_2007.pdf).

Fulbright & Jaworski de Estados Unidos, ya que dicho bufete aconsejó a la empresa Duke Energy contra Perú, invitando a Guido Tawil a ser el árbitro por la empresa en su arbitraje. Argentina cuestionó el posible conflicto de intereses de Rigo, por presidir en dos procesos de arbitraje donde Tawil, del mismo bufete Fulbright & Jaworski, representaba a los inversionistas partes del conflicto, mientras simultáneamente dicho estudio jurídico representaba una demanda ante un tribunal que incluía a Tawil como árbitro. El CIADI rechazó el pedido de Argentina de retirar a Rigo del caso Siemens<sup>192</sup>.

También se critica al CAIDI porque el Banco Mundial es depositario de su Convención; el Consejo Administrativo del Centro es presidido por el Presidente del Banco Mundial; la nominación del Secretario General del CIADI se hace a partir de la presentación de candidatos por parte del Presidente del Banco Mundial; la Secretaria General del Centro es además Primera Vicepresidenta y Consejera Jurídica Principal de la Gobernación del Banco Mundial. Y cuando los dos miembros de un tribunal arbitral, puestos por las partes de la disputa, no logran convenir en el tercer miembro, es el Presidente del Banco Mundial quien lo designa, de tal forma que la relación fáctica del CIADI con el Banco Mundial es evidente, lo cual es inadecuado, pues le resta credibilidad al sistema que administra, ya que se espera total independencia de cualquier centro de administración de justicia.

### **2.3.2. Costo de un arbitraje ante el CIADI.**

Lo que un arbitraje ante el CIADI le cuesta al país demandado suele ser bastante oneroso, ya que los procedimientos conllevan gastos en representación y servicios

---

<sup>192</sup> Ver: Investment Law and Policy News Bulletin, 24 de marzo de 2005, en [http://www.iisd.org/pdf/2005/investment\\_investsd\\_mar24\\_2005.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_mar24_2005.pdf), y de 27 de abril de 2005, en [http://www.iisd.org/pdf/2005/investment\\_investsd\\_april27\\_2005.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_april27_2005.pdf).

legales elevados<sup>193</sup>, y las indemnizaciones contenidas en los laudos arbitrales pueden ser enormes<sup>194</sup>.

También sucede que los gobiernos de los países en vías de desarrollo -generalmente demandados- confrontan empresas con recursos superiores a los del país<sup>195</sup>, investigaciones de la UNCTAD demuestran que existen casos ante el CIADI, en los que los recursos de la empresa transnacional demandante son mayores que el PIB del país demandado, por ejemplo el caso de la Empresa *Shell*, cuyos ingresos son 60 veces mayores a los del PIB de Nicaragua, o el caso de *Aguas del Tunari/Bechtel*, cuyos ingresos son tres veces mayores a los del PIB de Bolivia<sup>196</sup>.

La UNCTAD cita casos en los que se evidencia lo extremadamente costoso que representa para un país, en vías de desarrollo, una demanda ante el CIADI: 270 millones de dólares más intereses sustanciales contra la República Checa en el caso *Lauder*; 71 millones de dólares más intereses contra Ecuador en el caso *Occidental*; 824 millones de dólares más 10 millones de dólares para cubrir los gastos del demandante, contra Slovakia en el caso *CSOB*; 133.2 millones de dólares más intereses en el caso *CMS Gas*

---

<sup>193</sup> Se calcula que el arbitraje más austero cuesta alrededor de 3 millones de dólares y el promedio es de 7 millones de dólares, en pagos de honorarios de un árbitro, abogados, expertos y viajes. El Estado demandado se ve obligado a contratar abogados extranjeros, pues son pocos los profesionales especializados para representaciones en foros internacionales arbitrales. Un abogado en Washington gana 800 dólares por hora. Ver: Fundación Solón, "CIADI: justicia a la medida de las transnacionales", *Revista Tunupa*, Segunda Edición, Bolivia, 2007, p. 11 – 12. Datos confirmados por la Procuraduría General del Estado, en la reunión de trabajo del 5 de junio de 2008, en las instalaciones del Ministerio de Coordinación de Política Económica.

<sup>194</sup> La República Checa reporta haber gastado más de \$10 millones en los casos *Lauder* y unos 17.1 millones de dólares en casos similares. En el caso *Aguas del Tunari/Bechtel* contra Bolivia, el Estado boliviano pagó más de 1,6 millones de dólares, o el equivalente a miles de conexiones de agua en Cochabamba, para defenderse. Varios estudios indican que los gastos mínimos de un proceso arbitral están en torno al medio millón de dólares, y el promedio está entre dos y tres millones. Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, p. 10.

<sup>195</sup> Ver: nota pie de página 95.

<sup>196</sup> Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Investor-State Disputes...*, Naciones Unidas, Nueva York, 2005, p. 9.

Transmission Company vs. Argentina; 3 mil millones de dólares demandados, según informes iniciales, de una demanda de accionistas de Yukos contra Rusia<sup>197</sup>.

### **2.3.3. Doble enjuiciamiento.**

El principio universal del derecho *Non Bis In Idem* según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, cuya consecuencia es la cosa juzgada (*res iudicata*) al parecer no rige para el CIADI. La UNCTAD señala que hay instancias “donde ha sido aceptado que los mismos hechos y circunstancias puedan ser litigados por diferentes inversionistas en diferentes tribunales [...] Esto puede llevar a situaciones donde inversionistas, teniendo acciones en la misma inversión, inician múltiples arbitrajes bajo diferentes nombres de inversionistas corporativos o personales”<sup>198</sup>.

Por ejemplo en el caso *CMS vs. Argentina*: el inversionista minoritario de Estados Unidos -CMS- tenía el 29.42% de las acciones de TGN (la empresa de transmisión de gas argentina creada con la privatización de YPF). En la decisión sobre jurisdicción, el tribunal aceptó la distinción entre accionista minoritario y accionista controlador de la inversión; es decir, TGN. El Tribunal Arbitral conformado al amparo del CIADI, consideró: “el Centro [CIADI] ha hecho todos los esfuerzos posibles por evitar una multiplicidad de tribunales y jurisdicciones, pero [...] no es posible impedir

---

<sup>197</sup> Idem.

<sup>198</sup> Cita realizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos de Bolivia, equipo de análisis, en *Bolivia y el CIADI: crónica de un divorcio anunciado*, 2007, p. 8.

el ejercicio de diferentes derechos que los inversionistas puedan tener a la luz de acuerdos diferentes”<sup>199</sup>.

#### **2.3.4. Confidencialidad de los procesos arbitrales.**

La confidencialidad ha sido concebida como una de las características del arbitraje en contraposición a la publicidad de los actos en las cortes estatales, lo cual tiene su origen en el arbitraje comercial que normalmente es cerrado por tratarse de controversias entre personas naturales o jurídicas privadas. Sin embargo, cuando se trata de disputas entre Estados y particulares, una de las mayores críticas -al arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras- es la confidencialidad del procedimiento arbitral, debido a las implicaciones para los intereses públicos presentes en este tipo de casos, ya que un gran número de los laudos de los tribunales arbitrales influyen en la posibilidad de que los ciudadanos puedan acceder a servicios públicos o se tratan de la explotación de recursos naturales<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> Ver: CMS Gas Transmission Company vs. la República Argentina, Caso No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, en [http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS\\_Decision\\_Spanish.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_Spanish.pdf), párrafo 86.

<sup>200</sup> La mayoría de las demandas ante el CIADI o ante tribunales *Ad-Hoc*, conformados bajo las reglas del UNCITRAL, corresponden a sectores de actividad vinculados con los recursos naturales, tanto basados en la explotación de petróleo, gas y minería como en la elaboración de alimentos; y también con el sector de servicios, en la generación o provisión de electricidad y de agua potable, recolección de basura. En cuanto al porcentaje de casos por sectores de la producción que se ventilan ante un tribunal arbitral a nivel de países suscriptores de un Acuerdo Internacional de Inversiones, los casos se distribuyen de la siguiente manera: **sector primario** (está conformado por las actividades económicas relacionadas con la obtención de recursos de la naturaleza, implican la extracción y obtención de materias primas procedentes del medio natural. Dichas actividades son: agricultura, minería, ganadería, silvicultura, pesca.) en un 24%, **sector secundario** (Es el conjunto de actividades que implican transformación de alimentos y materias primas a través de los más variados procesos productivos. Normalmente se incluyen en este sector siderurgia, las industrias mecánicas, la química, la textil, la producción de bienes de consumo, el hardware informático, etc.) en un 31%; **sector terciario** (Se dedica a la prestación de servicios a las personas y a las empresas de tal manera que puedan dedicar su tiempo a trabajar, sin necesidad de hacer todas las tareas que requiere la vida en una sociedad desarrollada. Su labor consiste en proporcionar a la población todos los productos que fabrica la industria, obtiene la agricultura e incluso el propio sector servicios.), en un 39% y otros **sectores desconocidos** en un 6%. Ver: Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), *Last developments in investor- State dispute Settlement*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008.

En el arbitraje comercial entre privados la confidencialidad puede tener algún sentido, pero en los arbitrajes en los que el Estado es parte, dicha relevancia se diluye y cobran fuerza los principios de transparencia y publicidad, esta situación fue considerada por el CIADI, cuando en abril de 2006, modificó algunas de sus reglas procesales; así tenemos que la regla 32.2 de arbitraje del CIADI se refiere a la apertura pública de la fase oral del procedimiento arbitral; la regla 37.2 incorpora la figura del *amicus curiae*<sup>201</sup>, lo que significa, en los hechos, abrir el proceso a terceros; y la regla 48.4 está referida a la publicidad del laudo o sus extractos.

No obstante, en los hechos, el CIADI sigue siendo un sistema esencialmente cerrado, ya que pese a que los casos involucran a tres partes (inversionista, Estado y sociedad) solo dos (inversionista y Estado) tienen derecho de participar en el proceso. De los 292 casos registrados en el CIADI<sup>202</sup>, en dos casos se han permitido audiencias públicas y en sólo cuatro se han admitido cartas de “amigos de la corte”<sup>203</sup>. “El CIADI es antidemocrático porque delibera a puertas cerradas. Solo en 2 de 110 casos se permitieron audiencias públicas, pese a que la mayoría de las demandas están relacionadas con la explotación de recursos naturales estratégicos y servicios esenciales que son temas de interés público”<sup>204</sup>.

---

<sup>201</sup> Cabe señalar que las cartas de *amicus curiae* (amigos de la corte), bajo las reglas del CIADI, no tienen valor jurídico ya que pueden ser ignoradas.

<sup>202</sup> Lo que publica el CIADI -en su página web- son las demandas presentadas, de conformidad con lo dispuesto en la regla 22.1 de su Reglamento Administrativo y Financiero. Esto no significa que se den publicidad a las decisiones y laudos arbitrales dictados puesto que son las partes en el litigio las que deben autorizar dicha publicación, de conformidad con la regla 48 del Reglamento de Arbitraje del CIADI. En el registro que mantiene el CIADI se observa: 126 casos pendientes y 166 concluidos. Ver: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>

<sup>203</sup> *amicus curiae*

<sup>204</sup> Fundación Solón, “CIADI: justicia a la medida de las transnacionales”, *Revista Tunupa...*, p. 12.

## **CAPÍTULO III**

### **Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI.**

El arbitraje internacional para la solución de conflictos en materia de inversiones es un mecanismo apropiado y válido en las relaciones económicas entre un Estado receptor de la inversión y los inversionistas extranjeros. Sin embargo, a la luz de la investigación realizada, resulta necesario el ajuste del sistema de arbitraje en materia de inversiones que está siendo aplicado por el CIADI y la reformulación de algunos de sus procedimientos.

A continuación revisaremos si la solución dada, en los últimos meses, por el gobierno ecuatoriano, responde a los problemas que se han desatado en el mecanismo aplicado por el CIADI e inmediatamente plantearé, algunos criterios, que se propone sean observados con miras a perfeccionar el sistema de arbitraje para solucionar conflictos suscitados en torno a inversiones extranjeras.

#### **3.1. Denuncia por parte de la República del Ecuador al CIADI.**

Mediante nota N° 56354/GM de fecha 23 de noviembre de 2007, el Estado ecuatoriano, notificó al CIADI que:

[...] no consentirá en someter a la jurisdicción del ... (CIADI), las diferencias que surjan en materia relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha.

La referida notificación, fue depositada por la Embajada de Ecuador ante los Estados Unidos de América, el 4 de diciembre de 2007. Posterior a dicha notificación, la Secretaría General del CIADI, ha registrado cuatro demandadas en contra de la República del Ecuador<sup>205</sup>.

Luego, mediante Decreto Ejecutivo N° 1823 de 2 de julio de 2009, la República del Ecuador Decreta “Denunciar y por tanto declarar terminado el **Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados -CIADI-** suscrito en la ciudad de Washington, el 15 de enero de 1986”<sup>206</sup>. Previa a esta denuncia y como requisito necesario de la misma<sup>207</sup>, el Presidente de la República, mediante oficio de 3 de junio de 2009, solicitó a la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional la aprobación de la denuncia de dicho Convenio y el pleno de la Comisión, en sesión de 12 de junio de 2009, resolvió aprobar la denuncia.

De acuerdo a los considerandos que constan en el Decreto Ejecutivo N° 1823, el fundamento para la denuncia del Tratado que crea el CIADI -por parte de Ecuador- es el art. 422 de la Constitución, que dispone: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas...”. Y de acuerdo a las declaraciones, tanto del Presidente de la República, como de los miembros de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, otra de las razones fundamentales son los millonarios reclamos que

---

<sup>205</sup> De Murphy Exploration and Production Company International, sobre concesión de hidrocarburos, registrada el 15 de abril de 2008; Burlington Resources Inc and others, sobre concesión de hidrocarburos registrada el 2 de junio de 2008; Perenco Ecuador Limited, sobre concesión de hidrocarburos, registrada el 4 de junio de 2008; y, Repsol YPF Ecuador and others, sobre contrato de explotación de petróleo, registrada en 8 de agosto de 2008. Ver:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListPending>

<sup>206</sup> Art. 1 del Decreto Ejecutivo N° 1823, de 2 de julio de 2009.

<sup>207</sup> Ya que el numeral 7 del Art. 419 de la Constitución, dispone que la denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional, en aquellos casos que se atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

el Ecuador enfrenta ante el CIADI, por aproximadamente 13 mil millones de dólares, cifra inclusive mayor a la deuda externa<sup>208</sup>.

La mera ratificación del Convenio Washington<sup>209</sup> no obliga a los Estados a someterse al arbitraje del CIADI, *contrario sensu*, la mera denuncia de la Convención de Washington no exime que un Estado pueda ser demandado ante el CIADI.

Ya que si bien es cierto, la fórmula sencilla de la denuncia al Convenio que crea el CIADI, surtirá sus efectos seis meses después de recibida la notificación<sup>210</sup>, y esta denuncia no afectará los derechos y obligaciones, conforme al Convenio -del Estado- dado con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario<sup>211</sup>; se debe recordar lo que habíamos manifestado en el punto 2 del capítulo I de esta investigación “la realidad del CIADI no puede concebirse sin las normas contenidas en los TBIs”, y es que como ya se dijo, en el preámbulo del Convenio del CIADI se dispone que la mera aprobación del Convenio no es suficiente para someter una diferencia al arbitraje del centro, pues se requiere que el consentimiento de las partes conste por escrito. Así, el consentimiento del Estado para someterse al sistema de arbitraje del CIADI se manifiesta en dos fases, la primera fase a través del Convenio de Washington que crea el CIADI y que ha sido denunciado por el Ecuador; y la segunda, por medio de un instrumento escrito ya sea un TBI, un contrato entre el Estado y el inversor, o una ley de

---

<sup>208</sup> Ecuador enfrenta en el CIADI reclamos por 12994 millones -una cifra mayor a la de su deuda externa-, la mayoría presentadas por petroleras extranjeras que alegan incumplimientos contractuales. EL COMERCIO, sección Negocios, 3 de julio de 2009, Ver: [http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id\\_noticia=288244&id\\_seccion=6](http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=288244&id_seccion=6). Varios sectores políticos expresaron su respaldo a la moción, a la vez que destacaron la importancia de una decisión de esta naturaleza, que se ajusta a los principios de la Constitución vigente. Se indicó además que las reclamaciones de empresas transnacionales en contra del Ecuador, por la vía del Ciadi, superarían los 13 mil millones de dólares, lo cual significaría un grave perjuicio para el país. Ver: [http://www.asambleanacional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&task=view&id=17807&Itemid=169](http://www.asambleanacional.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=17807&Itemid=169)

<sup>209</sup> Convenio que crea al CIADI.

<sup>210</sup> Art. 71 del Convenio CIADI.

<sup>211</sup> Art. 72, *Ibidem*.

inversión, sin embargo, como lo habíamos verificado, la legitimación en el seno del CIADI se produce, generalmente, con base en un TBI.

Los TBIs suscritos y ratificados por el Ecuador ascienden a 25, de los cuales 22 contemplan la conformación de un tribunal arbitral bajo las reglas del CIADI<sup>212</sup>, a inicios del 2008 el Ecuador denunció los tratados bilaterales suscritos con Cuba, República Dominicana, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Rumania y Uruguay. Quedan 17 TBIs de los cuales 15 prevén que el tribunal empleado, en caso de disputas, será el conformado bajo las reglas del CIADI. Por lo que, como complemento a la denuncia del Convenio que crea el CIADI, el Presidente de la República solicitó a la Asamblea Nacional la aprobación previa para la denuncia en bloque de trece TBIs<sup>213</sup> y tal aprobación, actualmente, está supeditada al dictamen vinculante de constitucionalidad que debe emitir la Corte Constitucional.

No obstante, como ya me adelanté a decirlo en el punto 2.2.7 del capítulo II, no considero que la mejor solución sea denunciar en bloque los TBIs, no solo porque no hay que olvidar la presencia y efectos de las cláusulas de remanencia en todos ellos<sup>214</sup>, sino también por las consecuencias que en el plano político y económico trae ello. Una opción que propongo es la renegociación de todos los TBIs que tiene ratificados y vigentes el Ecuador, a fin de analizar y replantear los objetivos de dichos tratados, como lo sostengo en el punto 3.2 de este capítulo.

Adicionalmente, como ya se lo había señalado en el punto 2.1 del capítulo II, el CIADI tiene un Mecanismo Complementario, mediante el cual se autoriza a la Secretaría General del Centro para que administre cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del

---

<sup>212</sup> Ver cuadro que consta en el punto 1.3 del capítulo I de esta tesis.

<sup>213</sup> Los TBIs suscritos entre Ecuador y Finlandia, Suecia, Canadá, China, Países Bajos, Alemania, Francia, Reino Unido, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos.

<sup>214</sup> Me remito a lo manifestado en el punto 2.2.7 del capítulo II al analizar la cláusula de remanencia.

Convenio de Washington. Es decir, acogiéndose al mecanismo complementario del CIADI, la República del Ecuador podría, eventualmente, ser demanda ante el CIADI<sup>215</sup>.

De tal forma que la solución, que seguramente trata de alcanzar el gobierno, va mucho más allá de la denuncia al Convenio del CIADI y de la denuncia en bloque de los TBIs. La opción apropiada podría ser la renegociación de los tratados (como ya lo he reiterado varias veces), sumada a otras medidas como: i. que el Estado ecuatoriano - como condición para la renegociación de contratos- exija a las empresas multinacionales que retiren sus demandas ante el CIADI, medida que por cierto, ya fue adoptada por el gobierno en el caso City Oriente; y, a través de la cual se logró terminar el contrato mediante un acuerdo amistoso: Ecuador compensó a la compañía por sus inversiones no amortizadas y City Oriente retiró su demanda ante el CIADI; ii. la continuación de las negociaciones que el gobierno inició en agosto del 2008, con algunas empresas petroleras tendientes a renegociar los contratos vigentes para que en esos contratos conste la renuncia expresa, a que por eventuales disputas, se acceda a los tribunales del CIADI<sup>216</sup>.

Considero que lo que se ha hecho en este trabajo de investigación -analizar los procedimientos, principios y reglas que aplican los tribunales conformados al amparo del Centro, a fin de detectar sus fallas o errores que son los que le han restado confiabilidad- es lo apropiado, para a partir de aquello, plantear los criterios que sirvan para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI, criterios que pasaremos a ver enseguida.

---

<sup>215</sup> Precisamente México no es Estado contratante del convenio que crea el CIADI, y se han iniciado varios arbitrajes en su contra, bajo las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. El Mecanismo Complementario ha sido principalmente utilizado, para incoar demandas arbitrales en contra de México, en procedimientos al amparo del TLCAN.

<sup>216</sup>Ver:[http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news\\_user\\_view/petroleras\\_acceden\\_a\\_dialogar\\_con\\_gobierno\\_de\\_ecuador](http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/petroleras_acceden_a_dialogar_con_gobierno_de_ecuador)—84560

### **3.2. Revisión de los principios de protección a las inversiones extranjeras en los TBIs.**

En los capítulos I y II advertimos que los TBIs han diseñado un esquema normativo general en materia de derechos y garantías para el inversor; es decir estos instrumentos internacionales contienen los estándares mínimos de protección a las inversiones extranjeras buscando garantizar seguridad a la inversión y su rendimiento.

Cada uno de dichos principios debe ser analizado según los términos y condiciones de los tratados que los prevén y en la aplicación de cada caso en concreto, como lo hicimos en el capítulo II de esta tesis, a partir de lo cual se pudo detectar los problemas que han ocasionado la falta de confianza en la aplicación del mecanismo de arbitraje aplicado por el CIADI. En esa medida, consideramos importante se haga una revisión y adecuación de dichos principios a la luz de las experiencias recogidas, a fin de aclarar la verdadera intención y objetivos buscados con los TBIs; así podrían incorporarse estos criterios de interpretación, como mandatos que deben ser observados a la hora de aplicarlos en los casos en concreto.

El principio del *trato nacional* pretende garantizar un mismo trato para el inversor extranjero y nacional. Sin embargo, como lo señalamos en el punto 2.2.1. del capítulo II, en muchas ocasiones las condiciones del inversionista o la inversión extranjera no son similares a las del inversionista o la inversión nacional. Entonces para aplicar esta cláusula habría que establecer criterios que sirvan para determinar cuándo el inversionista o la inversión extranjera se encuentra en circunstancias similares a las del inversionista o a las de la inversión nacional, para ello podría utilizarse el criterio de *discriminación* a partir del cual, toda acción que parezca ser discriminatoria o genere un

impacto de discriminación sea considerada como violatoria al principio de trato nacional.

El objetivo de la cláusula de la *nación más favorecida* es que los inversores del Estado parte de un TBI, reciban el mismo tratamiento favorable que los inversores de otro Estado parte de un TBI distinto, de tal forma que esta cláusula multeraliza o generaliza la base jurídica de un TBI en todos aquellos aspectos que más favorezcan al inversor, independientemente del TBI en específico que protege al inversor de una de las partes en conflicto.

Lo complejo es que la interpretación de esta cláusula ha llevado a una extensión en la aplicación de los derechos sustantivos y adjetivos de los inversores, más allá del tratado dentro del cual se había pactado la misma. El principal antecedente de esta situación es el caso que citamos en el punto 2.2.2. del capítulo II, precisamente al analizar este principio -caso Maffezini vs. España-. En el caso en mención, al inversionista argentino en España, se le permitió ignorar el requisito previo de agotamiento de los recursos internos para acceder al arbitraje administrado por el CIADI -dispuesto en el TBI entre España y Argentina- ya que dicha condición no estaba prevista en el TBI entre Chile y España, pese a que la demanda se presentaba por violaciones del TBI entre España y Argentina. El tribunal hizo esta aplicación, debido a que interpretó que dicha extensión de derechos no debería desconocer las cuestiones de orden público señaladas por las partes durante la negociación del tratado.

Considero que debería excluirse, en todos los casos, la posibilidad de extender el principio de la *nación más favorecida* a temas de jurisdicción, debiendo su alcance limitarse a aspectos de disposición de las inversiones como el establecimiento, expansión, conducción y operación de la inversión, de esta manera se limitaría la posibilidad de que se realice una extensión de derechos sustantivos y procesales con

base en esta cláusula, debiendo los tribunales de arbitraje internacionales, observar esta limitación, al momento de definir la naturaleza y el alcance de los derechos contenidos en el TBI a aplicarse.

El estándar denominado *tratamiento justo y equitativo*, con origen en el derecho internacional consuetudinario, busca que la inversión no sea sometida a un tratamiento injusto e inequitativo; es decir esta cláusula no se refiere a una obligación específica, debiendo analizarse cada caso en concreto. La aplicación de esta cláusula, por parte de los tribunales del CIADI ha sido muy controversial, precisamente por su elasticidad, como lo observamos en el punto 2.2.3. del capítulo II.

Para evitar la aplicación de esta cláusula, injustificadamente, como criterios de interpretación, deberían considerarse: i) la protección del inversionista en relación con el contexto social, político y económico en el que se inserta la inversión; y, ii) para definir si hay una violación a este estándar, debería acudir a las fuentes relevantes del derecho internacional.

Todos los TBIs tienen cláusulas acerca de la *expropiación* a fin de que la propiedad de un extranjero no sea expropiada o afectada por medidas equivalentes a la expropiación *-expropiación indirecta-* a menos que la medida tenga un fin público, haya sido tomada sobre una base no discriminatoria, bajo el debido proceso y con el pago de una compensación, pronta, justa y efectiva.

El punto de mayor complejidad ha sido la naturaleza, alcance y contenido de la *expropiación indirecta*, ya que ha llevado a que la potestad reguladora del Estado se vea, considerablemente, restringida. Al respecto cabe recordar que en el punto 2.2.5.1. del capítulo II se señaló que para evitar interpretaciones erróneas que llevan a restricciones irrazonables, lo pertinente es determinar qué medidas regulatorias estatales son legítimas y cuáles no. Para ello consideramos muy útiles los principios que propone

Oswaldo Siseles y que valga repetirlos en este apartado: a) el grado de interferencia del accionar del Estado; b) la duración de la regulación impuesta; c) el efecto sobre el inversor; y d) el objetivo perseguido por el gobierno y el contexto en el cual la medida fue adoptada<sup>217</sup>. La aplicación de los criterios propuestos por Siseles nos llevaría a determinar, en cada caso en concreto, si estamos o no frente a una expropiación, por lo que lo recomendable es la aplicación de este test.

En cuanto a la cláusula de *solución de controversias*, presente en todos los TBIs, consideramos que el derecho que se le otorga al inversionista de acudir directamente al arbitraje es adecuado; sin embargo, es necesario que se establezca claramente cuándo surge ese derecho del particular y los pasos que estrictamente debe seguir para encuadrar sus pretensiones.

Al efecto consideramos que debe constar como requisito obligatorio, previo al inicio de un procedimiento arbitral, el agotamiento de un primer período de negociación directa<sup>218</sup>, a fin de explorar diferentes soluciones a la controversia presentada por la supuesta violación a un TBI. Para ello el inversionista debería encargarse de enviar a las autoridades respectivas del Estado receptor de la inversión, una comunicación explicando el origen de la controversia y su voluntad para iniciar negociaciones y el Estado deberá tener un plazo considerable para dar respuesta. De esta manera se evita que el Estado sea sorprendido con una eventual demanda.

Otra nota fundamental es que si bien el inversionista puede elegir el procedimiento arbitral a utilizarse, solo debería poder hacerlo previo acuerdo expreso de las partes, ya que el consentimiento es la base o fundamento del arbitraje, para ello los tribunales arbitrales deberán ser muy meticulosos en determinar, sin lugar a dudas, si la voluntad de las partes era someter la controversia al arbitraje.

---

<sup>217</sup> Ver: Oswaldo Siseles, “Contratos administrativos, declaración de emergencia y tratados bilaterales de inversión”, *El Contrato Administrativo...* p.123.

<sup>218</sup> Los denominados cooling off periods o períodos de enfriamiento.

Finalmente, es importante señalar que ninguno de los tratados bilaterales de inversión, ni tampoco los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio, prevén obligaciones referentes a los derechos humanos. Sin duda ha tomado relevancia la confrontación de los principios de protección a las inversiones con los principios de protección de los derechos humanos, punto de especial trascendencia para los países en vías de desarrollo, donde la explotación de recursos naturales e inclusive la prestación de servicios públicos están en manos de inversionistas extranjeros. De tal forma que esta situación debe ser incluida en los TBIs, ya que en dichos tratados los Estados deben garantizar los derechos de los inversionistas pero al mismo tiempo el bienestar general de sus nacionales, evitando un escenario donde obligaciones contenidas en un convenio internacional impliquen el desconocimiento de otro. Esta es otra de las razones por las que insistimos que se debe volver sobre los TBIs para perfeccionar su funcionamiento, creemos que antes que denunciarlos en bloque, debemos abocarnos a la revisión de tratado por tratado para adecuarlo a los objetivos buscados.

### **3.3. Sistema recursivo: corte de apelación.**

Hace ya varios años inició un amplio debate, que traspasó la esfera académica<sup>219</sup>, acerca de la idea sobre la conveniencia de una corte permanente en materia arbitral, se trata de la introducción de un recurso de apelación. Inclusive la Secretaría General del CIADI, en el 2004, publicó una nota en la que se proponía la adopción de normas de apelación como complemento facultativo a sus normas de

---

<sup>219</sup> Tanto es así que Estados Unidos incluyó disposiciones, en el TLC con Chile y Singapur y en el CAFTA, respecto al establecimiento de un órgano de apelación. También en el nuevo modelo de BIT de Estados Unidos, existe un compromiso de las partes de estudiar la posibilidad de un órgano de apelación.

arbitraje y de conciliación, por parte de su Consejo Administrativo<sup>220</sup>, no obstante tal propuesta no llegó a materializarse.

Entre los argumentos a favor de la instauración de esta Corte se pueden anotar la búsqueda de coherencia en la jurisprudencia arbitral en materia de inversiones, ya que los tribunales arbitrales del CIADI, en reiteradas ocasiones, han interpretado disposiciones similares de distintos TBIs de manera diferente, encontrándose diferencias de un laudo a otro en la aplicación de los principios de trato nacional, expropiación indirecta, tratamiento justo y equitativo, o en el alcance del término inversión<sup>221</sup> o de la *umbrella clause*. Otro argumento es la posibilidad de corregir errores legales cuando los tribunales de primera instancia hayan llegado a resoluciones incorrectas debido a la interpretación, manifiestamente errada, de alguna disposición. Y también se puede señalar, como fundamento de esta propuesta -la legitimidad- dado que en los arbitrajes en materia de inversiones una de las partes es un Estado y por tanto están involucrados intereses generales, para proteger ese interés general o público, sería deseable un organismo permanente que vigilara la interpretación correcta de las normas que se aplican en la resolución de estos arbitrajes.

Rafael Nieto considera que esta posibilidad debe estudiarse ya que “Ciertamente encarece los procedimientos, pero representa una garantía para los litigantes y tiene la ventaja adicional de unificar la jurisprudencia<sup>222</sup>.” Coincidimos con el especialista que debe tratarse de una corte permanente que logre sus propósitos, a través de la facultad de resolver errores de hecho y de derecho, incluidos los relativos a la competencia de los árbitros.

---

<sup>220</sup> Ver: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC693\\_Sp&caseId=C19](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC693_Sp&caseId=C19)

<sup>221</sup> Como el ejemplo que consta en el punto 1.2.3, del capítulo I de esta tesis.

<sup>222</sup> Rafael Nieto Navia, “La paradoja del auge del arbitraje...”, *Arbitraje Internacional...*, p.61.

Como modelo para la instauración de esta Corte de Apelación, podría tomarse la experiencia del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR<sup>223</sup>. El procedimiento arbitral en el MERCOSUR se sustancia, en primera instancia, ante un tribunal *ad hoc* compuesto por tres árbitros, designados de la siguiente manera: cada Estado parte designa a un árbitro, el tercer árbitro es designado de común acuerdo por los otros dos y preside el tribunal arbitral<sup>224</sup>.

Del laudo emitido por el tribunal *ad hoc* se puede apelar<sup>225</sup> ante el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR<sup>226</sup> el que tiene la potestad de modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del tribunal arbitral *ad hoc*<sup>227</sup>. Cabe señalar que este tribunal se caracteriza no solo por su calidad de permanente, sino también porque se confiere a las partes, una vez concluida la etapa de negociación, la posibilidad de someter su controversia, de manera directa, a este tribunal de revisión; es decir como instancia única<sup>228</sup>.

---

<sup>223</sup> En marzo de 2001, al cumplirse diez años de la creación del MERCOSUR, se habló del “Relanzamiento del MERCOSUR” y con ello se solicitó al Grupo de Mercado Común (GMC) presentara una propuesta de perfeccionamiento del sistema de solución de controversias, dotándolo de un Tribunal Arbitral Permanente.

Desde entonces el tema fue recurrente en la agenda de los órganos decisorios del MERCOSUR, hasta que se completó el proyecto en diciembre de 2001, y en febrero de 2002, bajo la presidencia Pro Témpore de Argentina en la quinta reunión presidencial se firmó el documento que lleva el nombre de *Protocolo de Olivos*, suscrito el 18 de febrero de 2002 y que crea el Tribunal Permanente del MERCOSUR.

Ver: [http://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal\\_Permanente\\_de\\_Revisi%C3%B3n\\_del\\_Mercosur](http://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal_Permanente_de_Revisi%C3%B3n_del_Mercosur)

<sup>224</sup> Art. 10 Protocolo de Brasilia.

<sup>225</sup> El proceso de revisión, se encuentra regulado en el capítulo VII del Protocolo de Olivos, en el se establece que el recurso debe ser interpuesto en un plazo de quince días a partir de la notificación del laudo, limitándose a las cuestiones de derecho planteadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del tribunal arbitral *ad hoc*. La parte demandada tiene el derecho de contestar el recurso de revisión interpuesto, dentro del plazo de quince días de notificada la presentación de dicho recurso. El Tribunal debe expedir su resolución en el plazo de treinta días, contados a partir de la contestación o del vencimiento del plazo para la señalada presentación, según sea el caso, pudiendo prorrogarse dicho plazo por quince días más (Art. 21).

<sup>226</sup> Se encuentra funcionando desde el 17 de agosto de 2004 y su sede está ubicada en Asunción, Paraguay.

<sup>227</sup> Art. 21 Protocolo de Olivos

<sup>228</sup> Bajo la condición de que cumplan con el procedimiento establecido en los artículos 4 y 5 del Protocolo de Olivos.

El Tribunal Permanente de Revisión se encuentra conformado por cinco miembros o árbitros<sup>229</sup>, elegidos del siguiente modo: cuatro son designados directamente por los Estados miembros, con su suplente y el quinto árbitro, que además es el Presidente del tribunal, es designado -de común acuerdo- por los otros cuatro. El mandato es por dos años pudiendo ser renovado por dos períodos consecutivos; el quinto árbitro se designa por un período de tres años no renovables<sup>230</sup>.

#### **3.4. Tratamiento efectivo del conflicto de intereses: reglamentación acerca del deber de revelación de los árbitros y causales taxativas de recusación.**

Como ya lo manifestamos en el punto 2.3.1. del capítulo II, al CIADI se le critica por la designación de los mismos árbitros en varios casos, los que han ejercido rol de árbitros, abogados defensores o consejeros<sup>231</sup>. Junto con ello, otra observación es que las normas que ha expedido y que aplica el CIADI establecen incompatibilidades para los árbitros.

Al respecto vemos que el apartado (1) del art. 14 del Convenio CIADI, dispone que las personas designadas para figurar en las listas de árbitros deben “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”, si bien dicho artículo prevé un requisito general para formar parte de las listas de árbitros que mantiene el CAIDI, las circunstancias que generan el conflicto de intereses se observan en cada caso en particular y sobre ello el CIADI no ha adoptado una regla efectiva, ya que al revisar las normas atinentes nos encontramos, solamente, con lo dispuesto en el art. 57 del

---

<sup>229</sup> Art. 19 del Protocolo de Olivos.

<sup>230</sup> En el Protocolo de Olivos se regula sobre los mecanismos a seguir, para la designación de los miembros, en los supuestos que no se alcance unanimidad de los Estados Partes y se fijan reglas relativas a la renovación de los cargos.

<sup>231</sup> Así en los casos Aguas Provinciales Santa Fe S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A., Aguas Cordobesas S.A., Suez and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal S.A. Todos estos casos en contra de la República Argentina.

Convenio que dice “[c]ualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV”. Es decir, por un lado habla de las cualidades constantes en el apartado (1) del art. 14 ya mencionado y por otro se remite a las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV del Convenio, que se refieren, exclusivamente, a la prohibición de que la mayoría de los árbitros tengan la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, o la nacionalidad del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante, habiendo la excepción del común acuerdo de las partes.

El problema relativo al conflicto de intereses, es un gran reto, que adquiere cada vez mayor relevancia en el arbitraje internacional. Un árbitro cuando es nombrado como tal, adquiere la delicada función de juzgar y por tanto debe tener la suficiente independencia e imparcialidad, pero ¿cómo se puede garantizar la independencia e imparcialidad del o los árbitros?. Joao Bosco Lee y María Claudia de Assis Procopiak, sostienen que “[l]a mejor forma de garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros, es prevenir, lo antes posible, un conflicto de intereses, es decir, revelar un conflicto que exista o que pueda llegar a existir<sup>232</sup>.” De tal forma que la garantía es la **revelación**, de cualquier circunstancia que pueda afectar la imparcialidad e independencia del árbitro, en cualquier estado del proceso, así la garantía se convierte en un deber, “el deber de revelación”.

Entonces si el deber de revelación es respecto de circunstancias que puedan afectar la imparcialidad e independencia del árbitro, es preciso determinar la diferencia

---

<sup>232</sup> Joao Bosco Lee y María Claudia de Assis Procopiak, “La obligación de revelación: ¿está matizada por aspectos culturales o existe un verdadero estándar universal?”, *Arbitraje Internacional...*, p. 256.

entre tales conceptos. La *independencia* prohíbe las relaciones entre el árbitro y una de las partes del conflicto, así su actuación se basaría en sus propios conocimientos y convicciones. Por su parte la *imparcialidad* de un árbitro tiene que ver con una actitud despojada de intereses propios o de terceros.

Para mejorar el sistema de solución de controversias en materia de inversiones, que actualmente aplica el CAIDI, se propone la elaboración de una *reglamentación acerca del deber de revelación de los árbitros* que garanticen su independencia e imparcialidad, previendo disposiciones específicas al respecto, para lo cual bien podría utilizarse como guía las Directrices de la IBA sobre Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional<sup>233</sup>; y, derivado de ello las causales taxativas y bien determinadas bajo las cuales cabría la recusación de los árbitros.

### **3.5. Procedimiento sumario y adecuado a las particularidades de cada caso.**

Como quedó señalado en el punto 2.3.2. del capítulo II el costo de un procedimiento arbitral ante el CIADI resulta oneroso, según datos confirmados por funcionarios de la Procuraduría General del Estado, el promedio es de 3 millones de dólares, valor en el que se encuentran considerados honorarios del árbitro, de los abogados, representaciones, viajes y evacuación de pruebas.

El costo excesivo de los procesos de arbitraje internacional, para Yves Derains, se explica por la manera en la cual se hizo la estandarización de los procedimientos, al decir de él se trata de una yuxtaposición en la que fueron edulcoradas la tradición

---

<sup>233</sup> Estas Directrices intentan crear un estándar universal en lo relativo al deber de revelación, o dicho en otras palabras un intento de crear uniformidad internacional en lo concerniente a lo que debe ser revelado.

civilista y la del *common law*, a costa de numerosas repeticiones en el sistema escrito y en el oral<sup>234</sup>.

Para Yves Derains “[e]sta plétora de costos es evitable<sup>235</sup>” el remedio, dice, está en tomar de cada una de las tradiciones -la civilista y la del *common law*- lo que resulta necesario, considerando -previamente- el fondo del caso; es decir “...el procedimiento arbitral debería ser adaptado a las características de cada litigio<sup>236</sup>.”

Claro, para lograr lo antes dicho, el citado especialista advierte que se requerirá del papel activo de los árbitros, quienes deberán adaptar el procedimiento a las características de cada caso, y para ganar tiempo, por ejemplo, en un primer intercambio de escritos en los cuales se exponen los argumentos de hecho y de derecho, también se presenten todas las pruebas documentales, seguido por una reunión de los árbitros, las partes y sus abogados. Así, con pleno conocimiento del caso, se puede establecer un calendario de las siguientes fases de ese procedimiento<sup>237</sup>. Yves Derains, finaliza su exposición manifestando: “De este modo, el arbitraje comercial internacional podrá permanecer como un procedimiento rápido y económico, sin dejar de ser culturalmente neutral<sup>238</sup>.”

La propuesta de Yves Derains es materializable, para lo cual sugiero, a fin de mejorar el mecanismo de arbitraje actualmente aplicado por el CIADI, que este procedimiento sumario se redacte en forma de reglamentación. Y a ello podrían unirse otras opciones que en su momento han manifestado funcionarios de la Cancillería<sup>239</sup>, como la capacitación de abogados nacionales en arbitraje internacional en materia de

---

<sup>234</sup> Ver: Yves Derains, “*La Estandarización del Procedimiento Arbitral...*”, *Arbitraje Internacional...*, p. 169.

<sup>235</sup> *Idem*.

<sup>236</sup> *Idem*.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 170.

<sup>238</sup> *Idem*.

<sup>239</sup> En reuniones mantenidas entre funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión Técnica Presidencial para la Conformación de los Componentes de la NAFR.

inversiones, conjuntamente con la instalación de una oficina que se encargue de la defensa de estos casos y así prescindir de la contratación de abogados extranjeros.

### **3.6. Acumulación de procesos.**

Gracias a la explosión de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) se incoaron una gran cantidad de procesos arbitrales en contra de los Estados suscriptores, la República de Argentina es el Estado latinoamericano más demandado ante el CIADI<sup>240</sup>. El origen de varios reclamos en contra de Argentina se le atribuye, principalmente, a la grave crisis económica por la que atravesó en los años 2.000 y siguientes, como lo mencioné al analizar el caso CMS Gas Transmission Company vs. República de Argentina, en el punto 2.2.3. del capítulo II; es decir, estos reclamos tendrían un mismo núcleo fáctico/legal, ya que aunque presentan variables, tienen como elemento común, la valoración económica y política vivida por Argentina en esa época, circunstancia eliminadora de responsabilidad.

Existen otros ejemplos sobre la multiplicidad innecesaria de procedimientos arbitrales en los cuales existe identidad, como los conocidos casos en contra de la República Checa: uno de los casos se inició bajo el TBI entre la República Checa y Estados Unidos de América con sede en Londres y el otro bajo el TBI entre la República Checa y Estados Unidos de América con sede en Estocolmo; ambos casos tienen su origen en acciones y omisiones que habían afectado la operación de una licencia para la explotación de un canal de televisión<sup>241</sup> y los dos tribunales llegaron a resoluciones distintas, ya que mientras el uno resolvió a favor del inversor el otro tribunal lo hizo en contra, lo que es cuestionable.

---

<sup>240</sup> Ver: puntos 1.3 del capítulo I y 2.2.3 del capítulo II.

<sup>241</sup> Ver: *Lauder vs. República Checa* y *CME República Checa B.V. vs. República Checa*.  
<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>

Los riesgos asociados a la multiplicidad de procesos que tienen identidad fáctica y/o legal son: i) contradicciones; ii) potencial acoso procesal hacia la parte demandada; e iii) ineficiencia. Ante ello la solución es la acumulación de procesos que tiene como objetivo unificar el tratamiento y resolución de conflictos conexos en razón de iguales circunstancias de hecho y/o derecho, lo cual se inspira en los principios procesales de eficiencia y equidad, ya que con ello lo que se espera es concentrar el análisis de una misma materia litigiosa ante un solo juzgador (ante un mismo tribunal arbitral) y así se evitan soluciones inconsistentes, se optimiza el uso de las acciones y se coadyuva a una buena administración de justicia.

No obstante, lo cierto es que -en materia arbitral- la mayoría de legislaciones no prevén la figura de la acumulación de procesos, casi todos los TBIs carecen de normas de acumulación y se remiten a las reglas de arbitraje de CNUDMI (UNCITRAL por sus siglas en inglés) y principalmente a la Convención y Reglas Procesales del CIADI que no contemplan la acumulación procesal.

Este escenario de multiplicidad de procesos, provenientes de demandas en contra de Estados en base a TBIs y las críticas que de ello se han derivado, incentivó el estudio de las posibilidades de acumulación de los procesos arbitrales, provocando la incorporación de esta herramienta procesal en los últimos tratados internacionales sobre la materia, así se observa en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, TLC o NAFTA por sus siglas en inglés) y en los últimos TBIs<sup>242</sup>.

Con miras al objetivo de perfeccionar el mecanismo de arbitraje utilizado por el CIADI, la transformación en la regulación debería incluir la posibilidad de acumulación de procesos, bajo las siguientes condiciones verificables: i) una cuestión fáctica o legal común; y, ii) un mismo origen o núcleo de hecho o circunstancial.

---

<sup>242</sup> Ver: Modelo de TBI de Estados Unidos de América disponible en <http://www.state.gov/www/issues/economic/7treaty.html>.

### **3.7. Publicidad y transparencia en los arbitrajes en materia de inversiones.**

Como lo habíamos manifestado en el punto 2.3.4. del capítulo II en los arbitrajes en los que el Estado es parte cobran fuerza los principios de transparencia y publicidad, situación considerada por el CIADI, cuando modificó algunas de sus reglas procesales sobre la apertura pública de la fase oral del procedimiento arbitral; la inserción de la figura del *amicus curiae*; y la regla referida a la publicidad del laudo o sus extractos; sin embargo esto no ha sido suficiente, pues los hechos revelan que el CIADI sigue siendo un sistema esencialmente cerrado.

El carácter confidencial del arbitraje -que puede ser adecuado para la solución de controversias entre privados- no puede aplicarse en arbitrajes en materia de inversiones extranjeras, en los cuales se involucran cuestiones de gran trascendencia pública, ya que en estos casos la protección de los derechos de los inversores se halla necesariamente vinculada a la protección de los derechos humanos y por tanto la aplicación de los principios de publicidad y transparencia es ineluctable.

De ello se desprende la necesidad de que en cualquier sistema alternativo de solución de controversias en los cuales sea parte el Estado y se encuentren involucrados intereses públicos la apertura pública al proceso sea en todas sus fases, de tal forma que, como norma general, cualquier persona tenga la posibilidad de consultar todas las piezas procesales.

La participación de los amigos de la corte, a través de la presentación de escritos es también importante (*amicus curiae*), adicionalmente, atendiendo las particularidades de cada caso -su trascendencia y efectos en un país- se podría permitir la participación de terceros no solo a través de escritos; no obstante dicha participación no puede ser sin más, para ello se debería diseñar un mecanismo que contenga la calificación de esta

participación, determinando las razones y objetivos del o los peticionarios, previamente a aceptarlos, pues con ello se evitaría la intervención de grupos interesados únicamente en recargar y entorpecer el proceso.

## BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Santiago, Grijalva Agustín, Storini, Claudia “Las Garantías Constitucionales de los Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana de 2008” *La Nueva Constitución de Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- Álvarez Ávila, Gabriela, “Las Características del Arbitraje del CIADI”, *Revista Jurídica, Universidad Autónoma de México*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen II, México, 2008.
- Biggs, Gonzalo, “Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales” en *Revista de la CEPAL* N° 80, New York, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003.
- Brownlie, Ian, Q.C., *Principles of Public International Law*, Nueva York, Oxford University Press, 5ta edición, 1998.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Trends in International Investment Agreements: An Overview*, Series on Issues in International Investment Agreements, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1999.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *World Investment Report 2000: Crossborder Mergers and Acquisitions and Development*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2000.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Capital Accumulation, Growth and Structural Change*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004c.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*, Naciones Unidas, Nueva York, 2005.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Latest Development in Investor – State Dispute Settlement*, New York, UNCTAD, 2006.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York, UNCTAD, 2007.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *United Nations Conference on Trade and Development: Recent Developments in International Investment Agreements*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2007.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Latest developments in investor-State dispute Settlement*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008.

Díez-Hochleitner, Javier, *La Eficacia de los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras*, Madrid, Real Instituto Elecano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Díez-Hochleitner.pdf>.

Dreyzin de Klor Adriana y otros, *Solución de Controversias*, Buenos Aires, Zavalía, 2004.

Dreyzin de Klor Adriana y otros, *Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires, Zavalía, 2005.

El-Kosheri, S, ICSID Arbitration and Developing Countries, ICSID Rev., vol. 8, 1993.

- Escobar, Alejandro *Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States*, New York, Publicaciones del CIADI, volumen 11, número 1, 1996.
- Feldstein Sara Lidia, *Arbitraje e Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires, Jurídica La Ley, 2005, disponible en [www.caei.com.ar](http://www.caei.com.ar)
- Fernández de Gurmendi, Silvia A., *Los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras*, La Plata, Instituto de Relaciones Internacionales (IRI) de la Universidad Nacional de la Plata, año II, N° 3, 1992.
- Fernández Masia, Enrique, *Arbitraje en Inversiones Extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*", Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Fundación Solón, "CIADI: justicia a la medida de las transnacionales", *Revista Tunupa*, Segunda Edición, Bolivia, 2007.
- García Mexía, Pablo, *Los conflictos de interés y la corrupción Contemporánea*, Madrid, Arazandi, 2001.
- Guerra Bello, Gustavo, *Los Retos en el Fortalecimiento de la Capacidad Nacional de los Estados en la Administración de Acuerdos Internacionales de Inversiones y su Normativa Interna: La Experiencia de Ecuador*, Quito, UNCTAD, 2007
- Granato, Leonardo, *Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*, Buenos Aires, Centro Argentino de Estudios Internacionales, 2005.
- Gutiérrez Posse, Hortencia "Acuerdos para la promoción de inversiones extranjeras. Sistema de solución de controversias. Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones", en *Revista del Instituto de Derecho Internacional y de la navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1993

International Bar Association: Guidelines in Conflicts of Interests in International Arbitration.

Jiménez de Arechága, Eduardo, “Solución de Controversias en materia de Inversiones Extranjera”, *Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, T 48, N° 1, 1988.

Laporta Francisco J. y otros, *La Corrupción Política*, Madrid, Alianza Editorial S.A., 1997.

Mantilla Serrano, Fernando y otros, *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales*, Colombia, Legis, 2007.

Noodt Taquela, María Blanca, *Arbitraje Internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999.

Perugini, Alicia M., *La definición de las personas físicas y la Cláusula de la Nación Más Favorecida en los Convenios Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones*, Buenos Aires, Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1993.

Petras James y Veltmeyer Henry, *Juicio a las Multinacionales, Inversión Extranjera e Imperialismo*, México D.F., Lumen S.A., 2007.

Peterson, Luke Eric, Analysis: Arbitrator challenges raising tough questions as to who resolves BIT cases, *Investment Treaty News (ITN)*, 2007, disponible en: [http://www.iisd.org/pdf/2007itn\\_jan17\\_2007.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007itn_jan17_2007.pdf).

Rabago Dorbecker, Miguel, “Los Tratados Bilaterales para lo Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por México ¿Opción para la liberalización selectiva de la IE?”, *ELIAIA, Revista de Investigación Científica del Derecho*, año 2, n° 3, México, 2002.

- Ruiz Díaz Balbuena, Hugo, *Los Tratados de Protección de las Inversiones y el Conflicto entre Interés Privado/ Interés General*, Paris, 2008.
- Siseles, Osvaldo, “Contratos administrativos, declaración de emergencia y tratados bilaterales de inversión”, *El Contrato Administrativo en la Actualidad*, Buenos Aires, 2004.
- Siseles, Osvaldo, *Los Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras. Eficacia de los mismos*, Madrid, Real Instituto Elecano de Estudios Internacionales y Estratégicos de Madrid, 2007.
- Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Grotius Publication, New Haven, 1994.
- Sornarajah, M., *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, Boston, The Hague London, 2001.
- Spiller, Pablo T., *Tratados Bilaterales de Protección al Inversor: ¿Costo o Beneficio?*, Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 2003, disponible en: <http://www.fiel.org/publicaciones/SyC/PabloSpiller.pdf>.
- Tempone, Rubén Eduardo, *Protección de Inversiones Extranjeras*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003.
- Vives Chillida, Julio A., *El Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Madrid, Mc Graw Hill, 1998.
- Ymaz Videla, Esteban, “Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas”, en *Revista La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, 1999.

### **Convenios o Tratados Internacionales**

Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Dominicana, publicado en el Registro Oficial N° 365 de 27 de septiembre de 2006.

Acuerdo entre la República del Ecuador y la República de Honduras para la promoción y protección recíproca de inversiones, publicado en el Registro Oficial N° 399 de 17 de noviembre de 2006.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, suscrito el 26 de junio de 1996 y publicado en el Registro Oficial N° 106 de 11 de julio de 1997.

Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Ecuador y Suecia, suscrito el 31 de mayo de 2001 y publicado en el Registro Oficial N° 502 de 25 de enero de 2002.

Acuerdo entre la República del Ecuador y la Confederación Suiza relativo a la Protección y Fomento de las Inversiones suscrito el 2 de mayo de 1968 y publicado en el Registro Oficial N° 198 de 7 de abril de 1971.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Registro Oficial N° 386 de 3 de marzo de 1986, denuncia Registro Oficial N° 632 de 13 de julio de 2009.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificación en el Registro Oficial N° 134 de 28 de julio de 2003 y publicación en Registro Oficial N° 6 de 28 de abril de 2005.

Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996 y publicada en el Registro Oficial N° 83 de 10 de junio de 1997.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 166 de 15 de diciembre de 2005.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Argentina para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 18 de febrero de 1994 y publicado en el Registro Oficial N° 785 de 20 de septiembre de 1995.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Bolivia para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 25 de mayo de 1995 y publicado en el Registro Oficial N° 159 de 24 de septiembre de 1997.

Convenio entre el gobierno del Ecuador y el gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 29 de abril de 1996 y publicado en el Registro Oficial N° 105 de 10 de julio de 1997.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 27 de octubre de 1993 y publicado en el Registro Oficial N° 785 de 20 de septiembre de 1995.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, suscrito el 21 de marzo de 1994 y publicado en el Registro Oficial N° 104 de 9 de julio de 1997.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, ratificado el 26 de julio de 2006 y publicado en el Registro Oficial N° 324 de 31 de julio de 2006.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, suscrito el 6

de mayo de 1997 y publicado en el Registro Oficial N° 330 de 2 de junio de 1998.

Convenio entre el gobierno la República del Ecuador y el gobierno de la República de El Salvador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 16 de mayo de 1994 y publicado en el Registro Oficial N° 831 de 28 de noviembre de 1995.

Convenio entre el gobierno del Ecuador y el gobierno de Finlandia para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 18 de abril de 2001 y publicado en el Registro Oficial N° 483 de 28 de diciembre de 2001.

Convenio entre el gobierno de la República del Ecuador y el gobierno de la República de Francesa para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 7 de septiembre de 1994 y publicado en el Registro Oficial N° 778 de 11 de septiembre de 1995.

Convenio entre para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos, suscrito el 27 de junio de 1999 y publicado en el Registro Oficial N° 406 de 6 de septiembre de 2001.

Convenio entre la República del Ecuador y la República de Paraguay para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 28 de enero de 1994 y publicado en el Registro Oficial N° 782 de 15 de septiembre de 1995.

Convenio entre la República del Ecuador y la República del Perú para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 7 de abril de 1999 y publicado en el Registro Oficial N° 341 de 17 de diciembre de 1999.

Convenio entre Ecuador y Rumania para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 21 de marzo de 1996 y publicado en el Registro Oficial N° 104 de 9 de julio de 1997.

Convenio entre el Gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 10 de mayo de 1994 y publicado en el Registro Oficial N° 778 de 11 de septiembre de 1995.

Convenio entre la República del Ecuador y la República Bolivariana de Venezuela para la Promoción y Protección Recíproca a las Inversiones, suscrito el 18 de noviembre de 1993 y publicado en el Registro Oficial N° 548 de 14 de octubre de 1994.

Reglas Procesales aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI, publicadas en el Registro Oficial N° 386 de 3 de marzo de 1986.

Reglas Procesales a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, publicadas en el Registro Oficial N° 386 de 3 de marzo de 1986.

Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, publicadas en el Registro Oficial N° 386 de 3 de marzo de 1986.

Tratado entre la República del Ecuador y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones de Capital y de su Protocolo, suscrito el 21 de marzo de 1996 y publicado en el Registro Oficial N° 84 de 11 de julio de 1997.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, su Protocolo y de las Notas Reversales anexas al mismo, suscrito el 27 de agosto de 1993 y publicado en el Registro Oficial N° 49 de 22 de abril de 1997.

### **Normas Nacionales**

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, publicada en el Registro Oficial N° 219 de 19 de diciembre de 1997

### **Casos CIADI**

Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. vs. The Slovak Republic, (ICSID Case N° ARB/97/4).

CMS Gas Transmission Company vs. Argentine Republic (Case N° ABR/01/8).

Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España, sentencia del 13 de noviembre de 2000 y modificado parcialmente el 31 de enero de 2001 (ICSID Case N° ARB/97/7).

Fedax N.V. vs. Venezuela (ICSID Case N° ARB/96/3, Decisión on Objections to Jurisdiction, del 11 de Julio de 1997).

Lauder vs. República Checa y CME República Checa B.V. vs. República Checa

Noble Energy Inc. and MachalaPower Cía. Ltd. vs. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad (ICSID Case N°. ARB/05/12).

Saipem S.p.A. vs. Bangladesh, (ICSID Case N° ARB/05/7).

### **Páginas Web**

[http://es.wikipedia.org/wiki/Amicus\\_curiae](http://es.wikipedia.org/wiki/Amicus_curiae).

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates\\_Home](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home)

<http://www.felixpena.com.ar/index.php?contenido=wpapers&wpagno=documentos/2005-03-caso-ciadi>.

<http://www.wprldb.org/icsid/cases/goetz.pdf>, párrafo 64e ICSID Rev., vol. 15, 2000, p. 48

[http://www.iisd.org/pdf/2005/investment\\_investsd\\_mar24\\_2005.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_mar24_2005.pdf), y de 27 de abril de 2005, en [http://www.iisd.org/pdf/2005/investment\\_investsd\\_april27\\_2005.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_investsd_april27_2005.pdf).

[http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS\\_Decision\\_Spanish.pdf](http://www.worldbank.org/icsid/cases/CMS_Decision_Spanish.pdf), párrafo 86.

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases>.

[http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id\\_noticia=288244&id\\_seccion=6](http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=288244&id_seccion=6).

[http://www.asambleanacional.gov.ec/index.php?option=com\\_content&task=view&id=17807&Itemid=169](http://www.asambleanacional.gov.ec/index.php?option=com_content&task=view&id=17807&Itemid=169)

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC693\\_Sp&caseId=C19](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC693_Sp&caseId=C19)

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>

<http://www.state.gov/www/issues/economic/7treaty.html>.

[http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20083_en.pdf).

[http://es.wikipedia.org/wiki/Consenso\\_de\\_Washington](http://es.wikipedia.org/wiki/Consenso_de_Washington)

[http://es.wikipedia.org/wiki/Conferencia\\_de\\_las\\_Naciones\\_Unidas\\_sobre\\_Comercio\\_y\\_Desarrollo](http://es.wikipedia.org/wiki/Conferencia_de_las_Naciones_Unidas_sobre_Comercio_y_Desarrollo)).

[http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20076\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/webiteiia20076_en.pdf)

[http://books.google.com.ec/books?hl=es&id=EqSK-  
ojmsvIC&dq=Granato+Leonardo,+Protecci%C3%B3n+del+Inversor+Extranjero  
+en+los+Tratados+Bilaterales+de+Inversi%C3%B3n,&printsec=frontcover&source=web&ots=nG5aHFpQfH&sig=DOSJ0yrkeBchQpvZOS8\\_2JSJ0CQ&sa=X  
&oi=book\\_result&resn](http://books.google.com.ec/books?hl=es&id=EqSK-<br/>ojmsvIC&dq=Granato+Leonardo,+Protecci%C3%B3n+del+Inversor+Extranjero<br/>+en+los+Tratados+Bilaterales+de+Inversi%C3%B3n,&printsec=frontcover&source=web&ots=nG5aHFpQfH&sig=DOSJ0yrkeBchQpvZOS8_2JSJ0CQ&sa=X<br/>&oi=book_result&resn)

[http://www.demoprogresista.org.ar/centro%20lisando%20de%20la%20torre/ESTADO  
%20Y%20JUSTICIA/DEMANDAS%20CONTRA%20ARGENTINA%20POR  
%20CONTROVERSIAS.doc](http://www.demoprogresista.org.ar/centro%20lisando%20de%20la%20torre/ESTADO%20Y%20JUSTICIA/DEMANDAS%20CONTRA%20ARGENTINA%20POR%20CONTROVERSIAS.doc)

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionV  
al=ListPending](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListPending)