

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Posgrados

**El Derecho Administrativo Global. Influencia en la Legislación Ecuatoriana.
Estudio y análisis de laudos arbitrales**

Juan Fernando Montalvo Perero

**Dr. Marco Morales
Director de Trabajo de Titulación**

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito
para la obtención del título de Master en Derecho Administrativo

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

COLEGIO DE POSGRADOS

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

**El Derecho Administrativo Global. Influencia en la Legislación Ecuatoriana.
Estudio y análisis de laudos arbitrales**

Juan Fernando Montalvo Perero

Firmas

Marco Morales Andrade, Dr.,

Director del Trabajo de Titulación

Marco Morales Andrade, Dr.,

Director del Programa de Maestrías de

Derecho Administrativo

Farith Simon, Dr.,

Decano del Colegio de Jurisprudencia

Víctor Viteri, Ph.D.,

Decano del Colegio de Posgrados

Quito, mayo 2015

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante:

Juan Fernando Montalvo Perero

Código de estudiante:

00110201

C. I.:

1307723609

Quito, mayo de 2015

DEDICATORIA

A mi familia, por apoyarme en todos los momentos de mi vida.

A mi persona favorita... todo se va a arreglar.

AGRADECIMIENTOS

A la comunidad SvarLaw y todos sus integrantes. Sin ustedes sería imposible. Por último, expresar mi agradecimiento a mis estudiantes... de seguro aprendí más yo de ellos que ellos de mí.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad entender el legado del arbitraje internacional, comprender cómo y para qué nació, con la finalidad de entender hacia dónde nos puede llevar esta rama del derecho tan usada en la actualidad.

El problema jurídico se plantea de la siguiente manera: El arbitraje internacional (en la rama de inversiones) es tomado como una fuente de derecho suave - no vinculante -. Sin embargo, parece ser una fuente de derecho que ha generado un cambio legislativo importante, tanto en países exportadores de capital (como Estados Unidos) como en países en desarrollo (Ecuador). Siguiendo esta línea de pensamiento, es importante aclarar ¿en qué rama del derecho podemos incluir al arbitraje internacional de inversiones? ¿Cuál es el verdadero alcance de estos laudos? Explicar si laudos que tienen un alcance *inter partes* pueden generar un derecho *erga omnes*.

El presente estudio tiene como finalidad, mediante el análisis de legislación ecuatoriana y legislación comparada, definir si los laudos arbitrales son causales de cambios en legislaciones gubernamentales que afectan la relación jurídica entre los particulares y el estado. Es decir, si podemos definir categóricamente a los laudos arbitrales como una forma de derecho administrativo global.

Palabras clave: Arbitraje internacional, inversiones, derecho administrativo global, laudos, alcance, efectos.

ABSTRACT

This paper aims to understand the legacy of international arbitration; comprehend how and why was it was born, in order to understand the scope of this branch of law that is so popular nowadays.

The legal problem acknowledged in this thesis is as follows: International arbitration (the international investment branch) is considered a source of soft law - non-binding -. Nevertheless, it seems a source of law that has generated significant legislative changes, in both capital-exporting countries (like the United States) and developing countries (Ecuador). Following this line of thought, it is important to clarify in what branch of law can international investment arbitration be included? What is the true extent of these awards? Explain whether awards that have a scope *inter partes* can generate a right *erga omnes*.

Finally the present research intends, through a thorough analysis of domestic and comparative law, determine whether arbitration awards have ground in the modification of internal legislation that affect the legal relationship between individuals and the state. That is, if we can define categorically arbitral awards as a form of global administrative law.

Key words: International arbitration, investment, soft law, awards, scope, effects.

TABLA DE CONTENIDO

CAPITULO I	10
1.1 ¿QUÉ ES EL DERECHO?	10
1.2 HISTORIA DEL DERECHO	11
1.3 DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL	14
1.3.1 CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL	14
1.3.2 FUENTE DE LAS OBLIGACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL	18
1.3.3 CLASIFICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL	30
1.4 CONCLUSIÓN	34
CAPITULO II	35
2.1 ADQUISICIÓN DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR PARTE DE LOS ESTADOS.-	35
2.2 IMPORTANCIA DE LOS LAUDOS ARBITRALES.	36
2.3 FORMAS DE REPARACIÓN	38
2.3.1 RESTITUCIÓN	39
2.3.2 NOCIONES PRÁCTICAS DE LA RESTITUCIÓN	39
2.4 APLICACIÓN DE DAÑOS Y COMPENSACIÓN EN LOS LAUDOS ARBITRALES	41
2.5 HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO	46
3.2.1 ELEMENTOS DEL HECHO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO	47
3.2.2 SITUACIONES CON LAS CUALES SE EVITA LA ILICITUD DE LA ACTUACIÓN DEL ESTADO	51
3.2.3 FUERZA MAYOR	52
3.2.4 ESTADO DE NECESIDAD	55
3.2.5 INTERÉS ESENCIAL DEL ESTADO	55
3.2.6 PELIGRO GRAVE E INMINENTE	56
3.2.7 ÚNICO MEDIO POSIBLE	56
2.5 CONCLUSIÓN	58
CAPÍTULO III	59
3.1 INFLUENCIA DEL ARBITRAJE COMO DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL EN EL ECUADOR.-	59
3.3 INFLUENCIA DEL ARBITRAJE EN LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR	60
3.4 CAMBIO EN LA LEGISLACIÓN DE INVERSIONISTAS	64
3.4.1 3.3.1 ¿CÓMO SE DEFINE INVERSIÓN EXTRANJERA?	64
3.4.2 3.3.2 ¿HAN CAMBIADO LAS CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS?	71
3.5 CAMBIO EN LA POLÍTICA ECUATORIANA	78
3.5.1 CAMBIO DE IURA	79
3.5.2 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO (FAIR AND EQUITABLE TREATMENT)	79
3.5 LA REALIDAD GLOBAL.-	85
CONCLUSIÓN	89
REFERENCIAS	93

CAPÍTULO I

1.1 ¿Qué es el derecho?

1. Para desarrollar el presente trabajo, es necesario hacer un breve recuento histórico del derecho. Para esto, nos parece importante señalar qué es el derecho, desde cuándo se conoce una estructura del mismo y sobre todo exponer las desmembraciones pedagógicas que éste ha sufrido a través de los años para un mayor entendimiento y una mejor aplicación.
2. Varios autores han dado conceptos válidos sobre qué es el derecho. Sin embargo, no creemos que hay que partir sobre qué es el derecho, sino explicar para qué sirve. Desde ésta óptica, consideramos que es una disciplina¹, la cual debe ser usada para resolver casos individuales y concretos². La presente línea de pensamiento es planteada por el tratadista García de Enterría³, a la cual nos adherimos debido a la conceptualización de principios. La doctrina mencionada, indica que no existen reglas bajo las cuales nos tenemos que comportar, sino casos que el derecho debe resolver.

¹ Disciplina: Doctrina, Arte, Facultad o Ciencia. Real Academia Española, *Diccionario de La Lengua Espanola de La Real Academia*, 21st ed. (French & European Pubns, 2002).

² Gordillo, Agustín. *Tatado de Dderecho Administrativo Tomo 1* (Porrúa, n.d.). Pág. 1

³ García de Enterría, Eduardo, en su prólogo a Viehweq, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Civitas, 1964, p. 12, reproducido en su libro *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1996, reimpresión, p. 76.

3. Si bien podríamos realizar un estudio de qué es el derecho, de forma sociológica e incluso filosófica, nos parece que para el presente trabajo la línea de pensamiento descrita cumple el requisito de ser una base sólida sobre la cual se puede desarrollar el presente estudio.
4. La ciencia jurídica ha estado presente aproximadamente desde veinticuatro siglos atrás⁴, debido a esto para el presente trabajo nos parece importante generar una breve cronología del derecho y cómo evolucionó a la actualidad.
5. Si bien se podrían escribir tratados enteros sobre el tema, como varios autores lo han hecho⁵, nos parece relevante generar nuestra propia cronología. La presente será, sin duda alguna, la de mayor precisión para abordar el tema central del presente estudio.

1.2 Historia del Derecho

6. Se puede decir con claridad, que el derecho nace para regular las conductas de los hombres. Sin embargo, estas reglas nacen para sociedades marcadas, principalmente en base al territorio⁶. En base a una simple lectura del código

⁴ El código de Manú, es la primera fuente escrita que tenemos sobre la existencia de un cuerpo estructurado de principios legales. Si bien no descartamos que existan leyes más antiguas, hasta el momento no hemos encontrado algo parecido. No se tiene una fecha exacta de cuándo se escribió el código de Manú, aunque los expertos historiadores indican que sucedió aproximadamente siglo III antes de Cristo. Romila Thapar (1931–): *Early India: from the origins to AD 1300* (pág. 279). Berkeley (California): University of California Press, 2002; [ISBN 0-520-24225-4](#).

⁵ Joan Miquel, *Historia del derecho romano* (Barcelona: PPU, 1995).

⁶ El código de Manú, fue generado para varios pueblos hindúes. El código de Hammurabi fue usado en el pueblo mesopotámico. Posterior a esto (dando un gran salto en la historia) el imperio romano impuso su derecho en los pueblos que conquistaba. A partir de ahí, conocemos el derecho por países, es decir una limitación territorial.

de Manú, el código de Hammurabi e incluso las doce tablas romanas, podemos decir que la principal preocupación del derecho (el derecho más antiguo o primario) es regular las relaciones entre las personas de una misma sociedad.

7. Partiendo de lo descrito en el párrafo anterior, la historia del derecho que interesa para el presente trabajo no se enmarca en el estudio del derecho que regula las relaciones entre pares de una misma sociedad. Por el contrario, la historia del derecho que tenemos que analizar es la que regula la relación entre el particular y el soberano.
8. Si bien no vamos a estudiar a detalle la historia del soberano, nos parece importante marcar los hitos que generaron los principios que regulan la relación entre el particular y el Estado, principios que posteriormente conoceremos como derecho administrativo.
9. Desde nuestro punto de vista, la primera noción de Estado que debemos estudiar para entender el derecho administrativo, es la monarquía. Bajo este modelo de Estado, se manejaron por primera vez conceptos uniformes en diferentes partes del mundo, el concepto de que el Rey no puede hacer el mal⁷, se aplicó en Francia e Inglaterra generando así un primer marco jurídico del ciudadano y el soberano. Si bien este marco jurídico generaba una situación

⁷ Clift Brannon, *The King Can Do No Wrong* (Dallas, Tex.: Odenwald Press, 1994). Traducción del autor.

donde el administrado no tenía ningún poder en contra del soberano, era un primer avance de una relación jurídica entre ambos⁸, es decir era existente.

10. Posterior a esto, consideramos que existen tres factores⁹ que contribuyeron de forma importante a esta rama del derecho: 1. El nacimiento del constitucionalismo en los Estados Unidos de America; 2. La declaración de los Derechos del Hombre y; 3. Los tratados supranacionales, entre los que podemos encontrar a la Convención Americana de Derechos Humanos.
11. Probablemente los dos primeros puntos son significantes desde un punto de vista interno, ya que fueron los principales documentos que generaron un derecho real en contra del soberano, es decir un marco jurídico en el cual se establecían límites al soberano. Sin embargo, es el tercer punto en el que nos vamos a enfocar, por primera vez se crea un marco jurídico supranacional en el cual los ciudadanos pueden reclamar al soberano conductas inapropiadas de éste. Es decir un control no del Estado para el Estado, sino de un órgano superior a éste.
12. Claramente podemos entender, que el derecho administrativo es la rama del derecho que regula la relación entre los administrados y el Estado. En base a la cronología realizada en párrafos anteriores, podemos inferir que dicho control se puede dar de forma interna o de forma externa. El presente trabajo, tiene

⁸ Gordillo, Agustín. *Tatado de Dderecho Administrativo Tomo 1* (Porrua, n.d.). Pág. 6.

⁹ Las nociones de la historia del derecho administrativo, bajo ningún motivo pueden simplificarse únicamente a estos tres elementos. Sin embargo, debido a la extensión del presente trabajo hemos considerado únicamente mencionar a estos tres hitos históricos. Para mayor información leer. *Posada, Herrera. Instituto Nacional de Administración Pública (España) y los orígenes del derecho administrativo español* (INAP, 2001).

como finalidad establecer si es existente este control supranacional, y bajo qué parámetros se puede identificar a este concepto que vamos a denominar derecho administrativo global.

1.3 Derecho Administrativo Global

13. Si bien en párrafos anteriores se explicó de forma breve, que el derecho administrativo global es un control supranacional a los Estados, nos parece de suma importancia generar un concepto primario para el lector y sobre esta base explorar este concepto de Derecho Administrativo Global.

1.3.1 Conceptualización del Derecho Administrativo Global

14. En base a lo expuesto, podemos decir que el Derecho Administrativo Global, es una rama del Derecho que todavía no alcanza uniformidad en su respectiva área, debido a que se ve afectada por distintas disciplinas del, sea del derecho internacional, así como del derecho doméstico; lo cual no permite estandarizarlo y/o consolidarlo estructuralmente. Consecuentemente lo intentamos conceptualizar tomando como base a los doctrinarios Kingsbury, Krisck y Stewart, como “un esfuerzo para sistematizar los estudios de los distintos marcos nacionales, transnacionales e internacionales que tiene relación con el derecho administrativo de la gobernanza global”¹⁰

¹⁰ KINGSBURY, KRISCK y STEWART. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. El nuevo derecho administrativo global en América Latina. / Benedict Kingsbury. Director: Agustín Gordillo. Buenos Aires: Rap, 2009 Pág. 22. ISBN 978-987-1313-65-5

15. A partir de esta aproximación al Derecho Administrativo Global, (porque no es una definición del concepto) debemos resaltar ciertos puntos o ideas que son de vital importancia de estudio, para poder aproximarse mejor al tema del presente trabajo. Una de las primeras ideas, es el hecho de intentar lograr sistematizar marcos jurídicos nacionales, transnacionales e internacionales, bajo un mismo sistema. Para esto, debemos recordar que son los sujetos del Derecho Internacional Público (tomando en consideración a la teoría moderna desde luego), los protagonistas de este nuevo Derecho Administrativo Global.

16. Consideramos relevante destacar la cronología realizada en los primeros párrafos del presente trabajo, para indicar que el Derecho Administrativo Global emana del derecho interno. A rasgos generales y desde el punto de vista ecuatoriano, sabemos que es difícil recopilar toda la información de los sistemas jurídicos nacionales, internacionales y transnacionales, bajo un marco jurídico único, lo cual es una posible visión del Derecho Administrativo Global. Sin embargo, esto nos llevaría a pensar (erróneamente) que existiría un conflicto de aplicación y que no podría coexistir el Derecho Administrativo Global con el Derecho Administrativo interno de cada Estado. A diferencia de las tesis que puedan existir sobre el mismo tema, consideramos que el Derecho Administrativo Global no se contrapone con el Derecho Administrativo local o doméstico, ya que no existe una confrontación entre ambos derechos, sino una complementación, como explicaremos durante en el presente trabajo.

17. Si bien lo que hemos expuesto hasta el momento tiene una base de casi cuatro centurias, obviamente considerando únicamente lo que para nosotros es el

nacimiento del derecho administrativo, es importante adentrarnos un poco más en el concepto del mismo.

18. Durante la introducción, se realizó una posible aproximación al Derecho Administrativo Global, mediante conceptos que envuelven al mismo, pero que no es propiamente una definición. Es posible que no se encuentre una definición doctrinariamente aceptada, ya que todavía es una rama del Derecho, que está en duda, incluso su existencia como tal. Sin embargo, consideramos que la aproximación mas apropiada al tema, es la que proponen los doctinarios Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard Stewart,¹¹ que dice lo siguiente:

“aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la **“accountability”** de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban.”¹²

19. Introduciéndonos en la definición, presuponemos que existen instituciones regulatorias en materia administrativa, que abarcan no solo al Estado, sino a organizaciones internacionales y demás sujetos del Derecho Internacional. Además, es una especie de recopilación de doctrina, principios generales, jurisprudencia y demás información relacionada con el Derecho

¹¹ Como miembros del Proyecto del Derecho Administrativo Global, presentado por el Instituto de Derecho Internacional y Justicia, parte de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York.

¹² KINGSBURY, KRISCK y STEWART. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. El nuevo derecho administrativo global en América Latina. / Benedict Kingsbury. Director: Agustín Gordillo. Buenos Aires: Rap, 2009 Pág. 24. ISBN 978-987-1313-65-5

Administrativo. La finalidad de esta rama del derecho es establecer políticas de control ante y frente a la administración pública. Por consiguiente, se presupone que existen órganos de control que regulan el establecimiento de las políticas de control, en el campo administrativo.

20. Estos órganos de control, pueden ser internos del Estado, o externos a la administración pública, que muchas veces pueden ser internacionales. Estos órganos de control, presuponen una extensión de la administración pública de cada estado, con aplicación internacional. Podemos ver dicho ejemplo en la Unión Europea, y las decisiones que toma dicho órgano frente a los Estados miembros del mismo. Sin embargo, no debemos olvidar que no existe un órgano de coacción internacional que pueda ejecutar con capacidad y competencia dichas regulaciones administrativas, con excepción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

21. Actualmente, podemos criticar la ambigüedad de si existen o no métodos de ejecución de decisiones regulatorias de organismos internacionales. La globalización, como patrón para el crecimiento de organizaciones internacionales, ha generado que ciertas instituciones tengan la facultad de poder coaccionar y ejecutar decisiones regulatorias a nivel internacional. Podemos ver como ejemplo, las regulaciones por parte de los comités de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o en temas de Anti-monopolio presentado por el Comité Doha, parte de la OMC, en los que dichos organismos tienen la facultad de imponer decisiones regulatorias a los Estados, como sanciones frente a conductas que han incurrido.

22. En base a lo expuesto, sin duda alguna podemos decir que el Derecho Administrativo Global es una forma de control a los Estados bajo un parámetro supranacional.

1.3.2 Fuente de las Obligaciones del Derecho Administrativo Global

23. Habiendo establecido que es el Derecho Administrativo Global, nos parece importante enmarcar su campo de acción. Partiendo de estos dos pilares será posible identificar si dicha rama del derecho es substancial y desde cuándo lo ha sido. Claramente el Derecho Administrativo Global, tiene como finalidad controlar a los Estados para que estos no incumplan sus obligaciones. Debido a esto, hay que estudiar cuáles son las fuentes de obligaciones de las cuales emana este Derecho Administrativo Global.

1.3.2.1 Costumbre Internacional

24. La Costumbre Internacional es la expresión de una práctica seguida por los sujetos internacionales y generalmente aceptada por éstos como derecho¹³.
25. El artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia establece dos elementos: el elemento material, es decir la práctica reiterada y uniforme de los sujetos de Derecho Internacional, y la parte subjetiva, es decir, la

¹³ Manuel Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico* (Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos) (Tecnos, 1973), 130.

convicción por parte de los sujetos de Derecho Internacional de que la práctica es jurídica y coherente¹⁴.

26. Los artículos sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional, (de ahora en adelante CDI15) también reconocen a la Costumbre como una fuente del Derecho Internacional¹⁶.
27. La Costumbre Internacional tiene carácter vinculante debido a su forma de creación, pues ha sido forjada por los propios sujetos de la Sociedad Internacional¹⁷. Esto da paso a una situación *sui generis* con respecto al derecho interno de cada país, pues los propios destinatarios de la Costumbre Internacional son sus creadores y, por ende, ellos mismos son quienes la modifican o extinguen¹⁸.
28. Con lo explicado, se puede apreciar la obligatoriedad que tienen estas costumbres como normas jurídicas creadoras de obligaciones. Basándonos en la premisa dada, el incumplimiento de éstas constituiría una violación de una obligación internacional¹⁹ y en caso de que el comportamiento se enmarque

¹⁴ Art. 38 B del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia establece: 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

¹⁵ Crawford James, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional* (Dykinson, 2008).

¹⁶ Adoptados por la Comisión en la sesión N° 53 de 2001 y entregados a la Asamblea General de las Naciones Unidas en el reporte A/56/10.

¹⁷ Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico (Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos)*, 131.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ James Crawford, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. (Madrid: Dykinson, 2004), Artículo 12.

dentro de un incumplimiento entre Estado y administrado en una violación del Derecho Administrativo Global.

1.3.2.2 Los Tratados Internacionales

29. La inexistencia de un poder legislativo internacional ha institucionalizado; dentro de la Comunidad Internacional a los Tratados como su fuente por excelencia²⁰. Un Tratado Internacional es “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y recogido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o en más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación en particular”²¹.

30. Esta definición nos otorga varios elementos necesarios para definir un tratado: I Forma escrita; II entre Estados; III regidos por el Derecho Internacional sin que importe la denominación que reciban.

31. Si bien se pueden clasificar a los tratados de numerosas maneras,²² para el propósito de este trabajo los vamos a clasificar sólo en consideración al número de partes que intervienen en el Tratado y con respecto a la materia inversiones. Hemos tomado esta clasificación debido al propósito de este trabajo. Por lo tanto, los Tratados pueden ser Bilaterales de Inversión (de ahora

²⁰ United Nations, *Clausulas Finales De Tratados Multilaterales: Manual* (Ofc Legal Affairs, 2005).

²¹ «Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Viena, 23 de mayo de 1969», s.f., Art. 2.1.a.

²² Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico* (Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos).

en adelante TBI) y Multilaterales de Inversión (Tratado Multilateral de Inversión). Únicamente nos enfocaremos en los tratados que otorguen protección a los administrados en frente de los Estados.

1.3.2.3 Tratados Multilaterales

32. Dentro de los acuerdos internacionales, tenemos diferentes tipos de acuerdo a la materia y al número de partes. En este acápite vamos a hablar de los tratados firmados por 3 o más partes. Estos tratados se firman entre varios países y tienen diferentes propósitos. Algunos se basan en la protección de derechos humanos, otros en la parte tributaria; sin embargo, debido a la proyección de este trabajo nos vamos a limitar a mencionar sólo los que consideramos de mayor relevancia en el plano de las inversiones o comercial.
33. A continuación citaremos como ejemplos a la Convención de Viena, debido a su gran uso en el derecho internacional; y, a la Convención de Washington, debido a la gran extensión de casos en la materia que nos corresponde. Esto lo hacemos para ejemplificar los instrumentos que otorgan obligaciones a los países y por ende pueden llegar a crear una responsabilidad.

1.3.2.4 Convención de Viena²³

²³ «Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados : adoptada en esa ciudad el 23 de mayo de 1969. (Libro, 2004) [WorldCat.org]», s.f., http://www.worldcat.org/title/convencion-de-viena-sobre-el-derecho-de-los-tratados-entre-estados-adoptada-en-esa-ciudad-el-23-de-mayo-de-1969/oclc/61061107&referer=brief_results.

34. La Convención de Viena tiene gran relevancia para el plano del denominado Derecho Administrativo Global²⁴, debido a que éste regula todo tipo de tratados²⁵, a tal punto que se ha convertido en costumbre internacional. Esto quiere decir que no sólo los países que ratificándola acatan, sino que también los países que no son parte de la convención pueden ser regidos por ella²⁶. Probablemente la gran aceptación de esta convención tiene su base en su artículo 81 que establece que la firma de ratificación estará abierta a todos los miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado²⁷.

²⁴ El derecho es uno solo. Para una mejor pedagogía los juristas los han dividido en ramas y subramas. Debido a esto existe el derecho internacional y dentro de este el derecho de inversiones. Esta sub-rama del derecho internacional, estudia los problemas jurídicos que existen entre los inversionistas y los estados.

²⁵ Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico (Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos)*, 134.

²⁶ La convención de Viena ha sido ratificada por 111 países. Los Estados que no han firmado ni ratificado la Convención son: Belice, Bahamas, Nicaragua, Venezuela, Islas Cook, Francia, Granada, Dominica, Niue, Antigua y Barbuda, Palau, Santa Lucía, Saint Kitts y Nevis, Micronesia, Islas Marshall, Tuvalu, Nueva Guinea Papúa, Vanuatu, Fiji, Brunei, Indonesia, Corea del Norte, Timor-Leste, Samoa, Tonga, Singapur, Tailandia, India, Bangladesh, Sri Lanka, Bhután, Seychelles, Comores, Azerbaiyán, Rumania, Turquía, Noruega, Islandia, Mónaco, San Marino, Malta, Líbano, Israel, Jordania, Irak, Yemen, Bahrein, Qatar, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Yibuti, Somalia, Uganda, Chad, Mauritania, Gambia, Guinea-Bissau, Sierra Leona, Benin, Cabo Verde, Santo Tomé y Príncipe, Guinea Ecuatorial, Burundi, Angola, Namibia, Botswana, Zimbabwe, Swazilandia, Sudáfrica y los estados con reconocimiento limitado.

²⁷ «Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados: adoptada en esa ciudad el 23 de mayo de 1969. (Libro, 2004) [WorldCat.org]». *Art.81. Firma. La presente Convención estará abierta a la firma de todos los Estados miembros de las Naciones Unidas o miembros de algún organismo especializado o del Organismo Internacional de Energía Atómica, así como de todo Estado parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y de cualquier otro Estado invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a ser parte en la Convención, de la manera siguiente: Hasta el 30 de noviembre de 1969, en el Ministerio Federal de Relaciones Exteriores de la República de Austria, y, después, hasta el 30 de abril de 1970, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York.*

1.3.2.5 Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (CIADI)²⁸

35. El segundo TMI que vamos a analizar es la Convención de Washington. La razón del análisis de este tratado se da por las obligaciones que los estados voluntariamente adquieren para ir al arbitraje en la materia de inversiones.
36. El convenio CIADI es, a nuestra forma de ver, el TMI por excelencia en nuestra materia. Se puede apreciar en su introducción donde establece que “[e]l Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados...”²⁹. En otra sección de la convención se especifica:

[l]os Estados contratantes considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

37. Se puede apreciar que el CIADI cumple con los requisitos establecidos anteriormente para ser considerado un TMI, y es probablemente, el Tratado más relevante en el mundo de las inversiones. Debido a que permite ejercer el derecho de las partes de ir a un foro arbitral, el cual permite que otros acuerdos y derechos sean ejercidos.

²⁸ «Convención del Centro Internacional de Arreglos y Disputas de Inversiones. Convención de Washington, D.C (1965)», s.f.

²⁹ *Ibíd.*, 5. Introducción.

38. Si bien existen otros TMIs, como por ejemplo el NAFTA, consideramos que los dos ejemplos citados con anterioridad clarifican el concepto de este tipo de acuerdos. Es decir que varios estados se comprometen entre ellos a respetar este acuerdo, creando derechos y obligaciones para los mismos. En el caso de que una de estas obligaciones no sea cumplida, dicho estado podrá incurrir en responsabilidad.

1.3.2.6 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI)

39. Los Tratados Bilaterales, como su nombre lo indica son acuerdos firmados solamente por dos Estados. Estos Tratados se inscriben con la sola intención de regular el Derecho Internacional entre los países firmantes acerca de una materia en específico³⁰. Debido al enfoque de este trabajo, los Tratados Bilaterales que se analizarán son los respectivos a la materia de inversión y en lo posible, me referiré a los casos ecuatorianos.

40. El propósito de los TBIs es promover la inversión extranjera. Se puede apreciar esta idea en el TBI de Ecuador con los Estados Unidos de América³¹ no siendo el único TBI con esta finalidad³².

³⁰ Antonio Fernandez Tomas, *La celebracion de tratados bilaterales de cooperacion por Espana: Una sintesis de la practica contemporanea (Alternativa)* (Tirant lo Blanch, 1994), 22.

³¹ «Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y la República del Ecuador. Registro Oficial 153.», s.f.

³² Véase. Tratado Bilateral de Inversión entre: 1. Estados Unidos de Norte América – Argentina. 2. La República de Chile y La República Federal de Alemania animadas del deseo de intensificar la colaboración económica entre ambos Estados a través del incremento de las inversiones recíprocas.

41. Las Partes... [d]eseando promover una mayor cooperación económica entre ellas, con respecto a las inversiones hechas por nacionales y sociedades de una Parte en el territorio de la otra Parte; Reconociendo que el acuerdo sobre el tratamiento a ser otorgado a esas inversiones estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes; [...]
42. El propósito del análisis de los TBIs es identificar las obligaciones y derechos que de estos tratados nacen y que, por ende, pueden crear responsabilidad por la falta de cumplimiento. Para poder analizar este punto con mayor profundidad he elegido los TBIs de Estados Unidos de América – Ecuador³³, y Estados Unidos de América - Argentina³⁴. Hemos elegido estos dos tratados por dos motivos: I. son los dos países latinoamericanos con mayor número de demandas, ante el CIADI. Debido al gran número de demandas -y un movimiento político-, el Ecuador denunció la Convención de Washington³⁵; en este punto todavía tenía cinco demandas pendientes en el centro.³⁶ Segundo, los dos tratados son muy similares³⁷, debido a esto el análisis se vuelve más uniforme.

³³ «Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y la República del Ecuador. Registro Oficial 153.»

³⁴ «Tratado Bilateral de Inversión República de Argentina - Estados Unidos.», *SICE: Países: Argentina: Tratados bilaterales de inversión*, Octubre 20, 1994, http://www.sice.oas.org/ctyindex/ARG/ARGBITs_s.asp.

³⁵ El Ecuador denunció al CIADI el 2 de Julio del 2009 por un Decreto Ejecutivo del presidente Rafael Correa.

³⁶ Occidental, Murphy, Perenco, Burlington y Repsol. Esto es posible debido al “periodo de enfriamiento” *cooling of period*.

³⁷ Esto se da debido al modelo de Tratado Bilateral de Inversión que tiene los Estados Unidos. Léase los dos tratados citados anteriormente en los pies de página 21 y 22.

43. El artículo II de los TBIs a analizar³⁸ crea varios derechos y obligaciones para las partes. Entre éstos están el trato no discriminatorio con respecto a los nacionales³⁹, el estándar de trato justo y equitativo, protección y seguridad plena⁴⁰ y la no discriminación⁴¹.

1.3.2.7 *Stare Decicis* – Jurisprudencia en Arbitraje

44. En el Derecho Internacional no existe un sistema uniforme que obligue a los árbitros a decidir tomando como referencia obligatoria los casos anteriores⁴². Sin embargo, la fuente por excelencia de los tribunales se da basándose en casos anteriores⁴³. El estudio del *stare decicis* se hace debido a la suerte de precedente que este puede tener. Si un país analiza la jurisprudencia

³⁸ Léase pie de página 23 y 26.

³⁹ «Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y la República del Ecuador. Registro Oficial 153.», Artículo 2.1. “[...]El trato que se otorgue conforme a los términos de una excepción será, salvo que se especifique lo contrario en el Anexo, no menos favorable que el que se otorgue en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país.”

⁴⁰ *Ibíd.*, Artículo 2.3. a) “Las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas [...]”

⁴¹ *Ibíd.*, Artículo 3.2.b. “Ninguna de las Partes menoscabará, en modo alguno, mediante la adopción de medidas arbitrarias o discriminatorias [...]”

⁴² «Schill Stephan. International Investment Law and the Host State’s Power to Handle Economic Crises - Comment on the ICSID Decision in LG&E v. Argentina Transnational Dispute Managment. Vol. 6 Tema 1. Editor Michael J. Moser & Dominique Hascher 2009», s.f., 17.

⁴³ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) vs. la República de Albania*. What does “an investment” mean here? Other ICSID tribunals have hesitated. A number of tribunals have struggled with what has become known as the “Salini Test” (by reference to the award in *Salini vs. Morocco*). ¿Qué significa inversión? Otros tribunales CIADI han dudado al respecto. Muchos tribunales han seguido la doctrina de la prueba de Salini. (ver *Salini c Marruecos*) Traducción del autor.

CME Czech Republic BV vs. República Checa

The Respondent refers to the Permanent Court of International Justice stated in the Oscar Chinn Case: “The Court, though not failing to recognize the change that had come over Mr. Chinn's financial position...”

El demandado hace alusión a la Corte Internacional de Justicia refiriéndose al caso de Oscar Chinn: “La Corte, no haciendo caso omiso al reconocimiento de la posición económica del señor Chinn...”)Traducción del autor)

Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

... procedimiento arbitral estuvo viciado; y v) que, como fue resuelto en el caso *Klöckner* ^{c. Camerún}

internacional, puede tener una idea de lo que se considera o no violatorio de los tratados que ha firmado.

45. Se puede apreciar claramente la influencia que tienen los laudos anteriores para fundamentar las decisiones que los tribunales van a tomar. No existe, hasta el momento, ningún cuerpo legal que obligue a un tribunal a usar un laudo anterior de forma obligatoria. Nuestro punto de vista, es que la jurisprudencia dada, a pesar de que no se dé en el mismo centro, es tal vez uno de los medios más utilizados para fundamentar y resolver casos. Debido a esto se la podría considerar como una fuente de derecho, que puede iluminar el camino con respecto a las obligaciones que los estados e inversionistas adquieren. Esta fuente sin lugar a dudas, es por excelencia el centro de estudio del presente trabajo.

1.3.2.8 Derecho Interno

46. Debido a la denuncia de la Convención de Washington⁴⁴ y el claro movimiento hacia la denuncia de TBIs, el derecho interno va a tomar un papel principal para sustituir a estos tratados. Creo que es de vital importancia analizar los nuevos cuerpos que van a regir las inversiones internacionales con el Estado.
47. Este capítulo se enfoca en cómo un Estado adquiere obligaciones y, por ende, puede adquirir responsabilidad dentro de la materia que estamos analizando. Debido a esto, es necesario analizar el derecho interno como fuente de

⁴⁴ El Ecuador denunció al CIADI el 2 de Julio del 2009 por un Decreto Ejecutivo del presidente Rafael Correa.

obligaciones en el Derecho Administrativo Global. Este análisis se realizará bajo la perspectiva de la ley ecuatoriana en los cuerpos legales que considero de mayor importancia.

48. El estudio se hará bajo: 1. La Constitución de la República del Ecuador, ya que al ser la norma de mayor jerarquía hay que hacer un análisis de su articulado respectivo a la materia. 2. El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, ya que este Código, probablemente, será el cuerpo normativo que rija las inversiones de ahora en adelante. 3. Finalmente, la Ley de Arbitraje y Mediación, ya que otorga ciertos derechos a los inversionistas que contraten con el Estado, como lo veremos más adelante.

1.3.2.8.1 Constitución de la República del Ecuador⁴⁵

49. La Constitución del Ecuador establece varias normas que tienen un efecto con respecto a las obligaciones internacionales entre el administrado y el Estado. El artículo 417 dice en su segundo inciso “Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución...” Este tipo de normas tienen una gran relevancia, debido a que sujetan cualquier TBI o TMI al derecho interno. La Constitución no tiene un artículo específico que hable del tema; sin embargo, establece claramente que ningún tratado internacional –salvo los de derechos humanos- estará por encima de la Constitución.

⁴⁵ «Constitución de la República del Ecuador. 2008. RO 449.», s.f.

1.3.2.8.2 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)⁴⁶

50. Esta código establece como el Estado ecuatoriano puede adquirir obligaciones en el campo internacional. El artículo 27 del COPCI establece, con respecto a los conflictos entre inversionistas y Estado, que se podrán pactar cláusulas arbitrales y que éstas podrán ser sometidas a tribunales nacionales o internacionales⁴⁷. Se puede ver claramente la obligación que adquiere el Estado, con los inversionistas, respecto a la solución de controversias. Este cuerpo normativo también enmarca obligaciones sustantivas como la no expropiación sin justa compensación⁴⁸, la no discriminación y la protección y seguridad plena⁴⁹.
51. Los estándares mencionados anteriormente, están desarrollados en la mayoría de tratados. Se puede apreciar la intervención del derecho interno para sustituir los convenios denunciados. Es claro el papel predominante que el derecho interno va a tener en los años siguientes para el gobierno ecuatoriano.

⁴⁶ «Código orgánico de la Producción, Comercio e inversiones. Miércoles, 29 de Diciembre de 2010 - R. O. No. 351», s.f.

⁴⁷ *Ibíd.*, Artículo 27. *Resolución de conflictos.- En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas.*

*... Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes*⁴⁷. (La negrita es mía)

⁴⁸ *Ibíd.*, Artículo 18.

⁴⁹ *Ibíd.*, Artículo 17.

1.3.3 Clasificación del Derecho Administrativo Global

52. Los marcos jurídicos expuestas en el punto 1.3.2 del presente trabajo, claramente afectan a las potestades del Estado interna y/o externamente. Esto nos indica que existen diferentes fuentes de Derecho Administrativo Global, que tienen diferente surgimiento y aplicación; lo que significa que la realidad actual, ha hecho que el Derecho Administrativo Global surja de forma obligatoria y necesaria.
53. Consideramos que actualmente existen cinco formas en las que podemos encontrar la aplicación del Derecho Administrativo Global, y son las siguientes⁵⁰:

a) Administración de las Organizaciones Internacionales: O también conocida como administración internacional, corresponde principalmente a las organizaciones intergubernamentales en el marco jurídico internacional. Un ejemplo de esta es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

b) Administración de redes transnacionales: Este tipo de Derecho Administrativo Global, presupone una falta de coacción para la ejecución de decisiones vinculantes para los miembros, precisamente por acuerdo de las partes, y su búsqueda de informalidad en el mismo.

c) Administración distribuida bajo tratados, redes u otros regímenes cooperativos: Los principales actores son las agencias regulatorias

⁵⁰ La transformación de la juridicidad en los estados latinoamericanos. Efectos del pluralismo jurídico desde arriba y desde abajo sobre el Estado de Derecho. Encuentro GTZ. Lima, 29-31 de octubre 2009. Publicada en Bogotá, D.C. Junio de 2010. Pág. 28. <http://www2.gtz.de/dokumente/bib-2010/gtz2010-0372es-efectos-pluralismo-juridico.pdf>

domesticas, que influyen en un marco internacional. Un ejemplo en el Ecuador son las decisiones que regulan actuaciones extra-territoriales donde el Estado ejerce jurisdicción.

d) Administración híbrida privada-intergubernamental: Se trata de combinar la actuación de sujetos de derecho privado con órganos Inter-gubernamentales.

e) Administración por órganos privados. Son organizaciones que tienden a tener un poder de decisión, que afecta a los sujetos de Derecho Internacional, sin ser un órgano estatal.”⁵¹

54. Partiendo de esta “pseudo” clasificación del DAG, surge la pregunta para el presente trabajo: ¿Dónde se ubica, nace o se considera aplicable el Arbitraje Internacional como parte del Derecho Administrativo Global?

55. La respuesta a esta pregunta, tiene dos teorías, ya que depende de la perspectiva, la doctrina y la jurisprudencia de cada país. Por un lado, encontramos la tendencia de que “el arbitraje de inversión no debería ser considerado hoy como parte del derecho administrativo global”⁵² como lo sostiene el tratadista Jorge Barraguirre. La segunda tendencia establece que los tribunales de arbitraje de inversión deben responder al derecho público doméstico, mientras se considere al mismo como una categoría sospechosa

⁵¹ KINGSBURY, KRISCK y STEWART. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. El nuevo derecho administrativo global en América Latina. / Benedict Kingsbury. Director: Agustín Gordillo. Buenos Aires: Rap, 2009 Pág. 28 a 32. ISBN 978-987-1313-65-5

⁵² BARRAGUIRE A, JORGE. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. El nuevo derecho administrativo global en América Latina. / Benedict Kingsbury. Director: Agustín Gordillo. Buenos Aires: Rap, 2009 Pág. 203. ISBN 978-987-1313-65-5

para afirmar su jurisdicción como para poder resolver el mérito del conflicto, y por o tanto si es parte del DAG.⁵³

56. Los tribunales de inversión funcionan bajo dos supuestos que ponen al derecho administrativo en duda de si pertenecen o no, al DAG. El primero establece que solo tienen jurisdicción para analizar disputas que tienen relación con el ejercicio del derecho de la autoridad pública, y que generaría una jurisdicción internacional. El segundo, por otro lado, es la aplicación creciente a estas disputas de derecho internacional, que generaría una responsabilidad internacional del Estado.

57. Por otro lado, sosteniendo que los tribunales arbitrales son parte del Derecho Administrativo Global, los tratadistas Gus Van Harten y Martin Loughlin; sostienen que la creciente ola de arbitraje internacional bajo tratados bilaterales de inversión, debería ser considerada como “a powerful species of global administrative law”⁵⁴

58. Viendo el arbitraje con respecto del Derecho Administrativo Global en la práctica, resulta interesante analizar lo que sucede con los contratos administrativos. Hace unos años, la visión de esta fusión del arbitraje con el

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ **Van Harten, Gus / Loughlin, Martin**, “Investment Treaty Arbitration,” *European Journal of International Law*, 17: 159-160 (“Una ponderosa especie de derecho administrativo global.”)

Derecho Administrativo Global, no era tomada en cuenta. Como menciona el autor Bernardo Cremades:

*Todavía recuerdo la frase solemne y reiteradamente pronunciada por Bertold Goldman en nuestros congresos de arbitraje cuando afirmaba que el contrato administrativo internacional es una contradicción en sus propios términos. O es contrato administrativo, decía el maestro francés, y, en consecuencia, deben mantenerse las facultades exorbitantes de la Administración pública y la exclusividad de la jurisdicción doméstica contencioso-administrativa o es internacional aplicándose las consecuencias derivadas del pacta sunt servanda.*⁵⁵

59. El día de hoy sin embargo, esta perspectiva ha evolucionado, ya que los contratos administrativos están sometidos a una mirada de diferentes regímenes jurídicos de carácter global que sin duda limitan las prerrogativas contractuales del Estado.⁵⁶
60. Los contratos administrativos, en los que se comprenden prerrogativas de derecho público, muchas veces involucran a diversos sujetos del derecho internacional, en relaciones contractuales que muchas veces, el método de preferencia de solución de conflictos, es el arbitraje. Los arbitrajes de inversión se entienden bajo las siguientes razones:

a) Los reclamos de los inversores no están sujetos a las reglas del derecho internacional consuetudinario de modo que pueden demandar al Estado receptor directamente (que ellos llaman the principle of individualization); (b) tales reclamos son centralmente

⁵⁵ Cremades, Bernardo M. La Participación De Los Estados En El Arbitraje Internacional. Pág. 8.

⁵⁶ From North-South Divide to Private-Public Debate: Revival of the Calvo Doctrine and the Changing Landscape in International Investment Law; Shan, Wenhua, Disponible en: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/nwjilb27&div=25&id=&page=>

reclamos por daños otorgados como remedio arquetípico de derecho público (que ellos llaman the damages principle); (c) la ejecución de los laudos arbitrales es directa (que ellos llaman the principle of direct enforceability); (d) los tratados de inversión facilitan la compra del foro más adecuado para la protección de sus intereses a través del establecimiento selectivo de la compañía madre (que ellos llaman the forum-shopping principle.)⁵⁷

61. Es claro que el arbitraje internacional de inversión tiene su papel importante en cuanto a conflictos en materia de inversión, de tal forma que se puede decir que el arbitraje internacional de inversión sí es parte del DAG, ya que es claro como converge la materia contractual y las diversas regulaciones domésticas de los Estados y los sujetos en el proceso arbitral. Por esta razón, el presente trabajo se enfoca en el estudio del Arbitraje de Inversión como una parte del Derecho Administrativo Global.

1. 4 Conclusión

62. En base a lo expuesto, podemos afirmar que el Derecho Administrativo Global es una rama del derecho que controla la relación entre los administrados y el Estado, desde un punto de vista supranacional. Podemos observar, que las fuentes que alimentan a este derecho son bastas y que algunas tienen como base el derecho interno de los países. Sin embargo, podemos decir con claridad, que cualquier tipo de derecho que regule el comportamiento de los países con los administrados, puede ser considerado como parte del Derecho Administrativo Global. En base a esto, el presente trabajo tiene como finalidad – tomando la explicación dada anteriormente como base – identificar si el

⁵⁷ Van Harten, Gus / Loughlin, Martin, “Investment Treaty Arbitration,” *European Journal of International Law*, 17: 159-160 (“Una ponderosa especie de derecho administrativo global.”)

arbitraje internacional en el cual los Estados y los administrados entran en conflictos se puede tomar como una forma de Derecho Administrativo Global y bajo que parámetros.

CAPITULO II

63. Teniendo en cuenta lo expuesto en el capítulo uno, nos parece importante recalcar que el presente trabajo tiene como finalidad saber o no, si el arbitraje internacional entre Estados e Inversionistas puede constituir una forma de Derecho Administrativo Global, en los términos expresados en el punto 1.1.4 del presente trabajo.
64. En orden de obtener una respuesta, haremos un breve análisis de las fuentes de Obligaciones del Marco Jurídico Global, las cuales tienen una incidencia directa en el arbitraje entre Estados e Inversionistas. Se analizará la consecuencia del incumplimiento de estas obligaciones, y las consecuencias directas que han sufrido varios países debido a estos incumplimientos.

2.1 Adquisición De Responsabilidad Internacional Por Parte De Los Estados.-

65. La Responsabilidad de los Estados es estudiada a fondo por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) constituida por las Naciones Unidas en 1948. Esta Comisión está destinada a impulsar el desarrollo progresivo del Derecho

Internacional y su codificación⁵⁸. El tema de la Responsabilidad del Estado ha sido uno de los temas más importantes desarrollados por la CDI⁵⁹, buscando definir la responsabilidad de estos, sin dejar de lado la opinión de los mismos, para crear una mayor seguridad jurídica⁶⁰.

66. Este cuerpo normativo es, a nuestro parecer, la fuente primaria de atribución de responsabilidad a los Estados, es creado por y para ellos. Debido a la gran importancia, se analizará bajo la perspectiva de cómo un Estado quebranta sus obligaciones y las consecuencias de los mismos. Este estudio es de gran importancia, ya que la base de cualquier rama del derecho, es la legitimidad y obligatoriedad de la misma. Sin duda alguna, un concepto como el de "*responsabilidad estatal*" no puede ser ajeno al estudio del derecho administrativo global.

2.2 Importancia de los Laudos Arbitrales.

67. El arbitraje internacional, en especial el arbitraje de inversiones, no es sólo un mecanismo de resolución alterna de conflicto;⁶¹ sino también una estructura

⁵⁸ Crawford, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado.*, 1.

⁵⁹ *Ibíd.*, 89.

⁶⁰ *Ibíd.*, 90.

⁶¹ El presente trabajo se basa en los arbitrajes concernientes a Estados e Inversionistas basándose en los Tratados Bilaterales de Inversión, debido a que existen más de 2500 tratados de inversión, incluyendo NAFTA, ECT entre otros. Leer: Dolzer, Rudolf / Stevens Margrete, *Bilateral Investment Treaties*, The Hague, The Hague – Boston – London, Martinus Nijhoff Publisher, 1995; Sacerdoti, Giorgio, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection," in Académie de Droit International, *Recueil des Cours*, 269:1997, p. 251; Sornarajah, M., *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2004, pp. 204-314; McLachlan, Campbell / Shore, Laurence / Weiniger, Matthew, *International Investment Arbitration – Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007; Lowenfeld, Andreas, *International Economic Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, pp. 467-591; Dolzer, Rudolf

que modifica las conductas de los Estados. Debido a la publicidad, y la gran cantidad de estudios realizados sobre laudos arbitrales, se puede apreciar que estos, están estableciendo estándares para los sujetos de derecho internacional, modificando el derecho administrativo interno de los Estados.⁶²

68. La mayoría de árbitros, de forma lógica, basan sus resoluciones para solucionar el problema de forma puntual. Sin embargo, estos fallos tienen un gran efecto, el cual traspasa estas disputas individuales. Si bien no existe *stare decisis* en el arbitraje de inversiones, es muy común leer citaciones de tribunales arbitrales a fallos anteriores⁶³, debido a su mérito académico.

69. La aplicación de estándares o de razonamientos de forma repetitiva, refuerza los principios generales de comportamiento y reguladores de los Estados en la materia. Este fenómeno, genera automáticamente que otros tribunales arbitrales

/ Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008; Muchlinski, Peter / Ortino, Federico / Schreuer, Christoph (eds.)

⁶² “The Emergence of Global Administrative Law,” *Law and Contemporary Problems* 68:2005, pp. 1-385

⁶³ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) vs. la República de Albania. What does “an investment” mean here? Other ICSID tribunals have hesitated. A number of tribunals have struggled with what has become known as the “Salini Test” (by reference to the award in Salini vs. Morocco). ¿Qué significa inversión? Otros tribunales CIADI han dudado al respecto. Muchos tribunales han seguido la doctrina de la prueba de Salini. (ver Salini c Marruecos) Traducción del autor.

CME Czech Republic BV vs. República Checa

The Respondent refers to the Permanent Court of International Justice stated in the Oscar Chinn Case: “The Court, though not failing to recognize the change that had come over Mr. Chinn's financial position...”

El demandado hace alusión a la Corte Internacional de Justicia refiriéndose al caso de Oscar Chinn: “La Corte, no haciendo caso omiso al reconocimiento de la posición económica del señor Chinn...” (Traducción del autor)

Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

... procedimiento arbitral estuvo viciado; y v) que, como fue resuelto en el caso Klöckner c. Camerún.

apliquen estos principios en ocasiones posteriores. En base a esto se puede decir que el arbitraje de inversiones, *prima facie*, está desarrollando un derecho administrativo global⁶⁴.

2.3 Formas de Reparación

70. Existen tres formas de reparación en el derecho internacional. restitución, compensación y satisfacción⁶⁵. La satisfacción es una pretensión no monetaria que se basa en una disculpa pública del país al afectado, en este caso, un inversionista⁶⁶. Debido a que este trabajo versa sobre un derecho supranacional que obliga a los Estados, nos parece importante mencionar la forma de reparación satisfacción. Debido a su poca practicidad y aún menor uso, únicamente la vamos a enunciar con el propósito de que se entienda que es una de las formas de reparación que existen. A continuación, vamos a analizar la restitución y con posterioridad la compensación y los daños. La investigación de estas figuras se concentrará en la relación Estado – Inversionista.

⁶⁴ KINGSBURY, KRISCK y SCHILL. *Investor-State Arbitration as Governance: Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global Administrative Law.* / Benedict Kingsbury. Director: Agustín Gordillo. Buenos Aires: Rap, 2009 Pág. 223. ISBN 978-987-1313-65-5

⁶⁵ James Crawford, *Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado: Introducción, texto y comentarios* (Librería-Editorial Dykinson, 2004), Art. 34.

⁶⁶ *Ibíd.*, Art. 37.

2.3.1 Restitución

71. La restitución es una medida de reparación que lleva las cosas al estado anterior de que suceda el comportamiento que ocasionó una pérdida al inversionista⁶⁷.

2.3.2 Nociones prácticas de la Restitución

72. La restitución tiene generalmente una función puramente material, sin embargo creemos necesario un análisis un poco más profundo sobre el tema. Debido a esto haremos una lista ejemplificativa acerca de las situaciones en las cuales la restitución es posible.

1. Restitución de propiedades, por ejemplo que se restitución la fábrica al dueño. Esto es fácil de lograr, ya que se debe devolver el bien material.
2. También se lo puede usar en cuestiones judiciales, por ejemplo la revocación de una medida tomada por el juez⁶⁸.
3. Medidas contractuales. La devolución del contrato de concesión de una empresa contratante con el Estado.⁶⁹

73. El problema que existe con la restitución es que generalmente no cumple su propósito en el campo de las inversiones, al menos cuando actúa ésta sola⁷⁰.

Imaginemos que un contratista tiene problemas con el Estado y le impiden

⁶⁷ Sergey Ripinsky y Kevin Williams, *Damages in International Investment Law* (British Inst of Intl & Comparative, 2009), 54.

⁶⁸ Walde T.W and Sabahi B. COMPENSATION, DAMAGES AND VALUATIONS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. *Transnational Dispute Managment*. Vol. 4 Tema 6. Editor Irmagrd Marboe. Noviembre 2007 , , 4.

⁶⁹ Ripinsky y Williams, *Damages in International Investment Law*, 56.

⁷⁰ Walde T.W and Sabahi B. COMPENSATION, DAMAGES AND VALUATIONS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. *Transnational Dispute Managment*. Vol. 4 Tema 6. Editor Irmagrd Marboe. Noviembre 2007 , 5.

terminar un contrato de construcción vial. Después de un arbitraje internacional, cómo se puede restituir un contrato, que probablemente ya lo logró otra compañía en el tiempo que transcurrió el proceso. Sin embargo, la restitución sí es necesaria en cosas como el anular la decisión, judicial o administrativa, que dictaminaba que el inversionista había incumplido. En el caso ecuatoriano sería necesario, debido a la declaración de que esta compañía no podrá volver a contratar con el Estado⁷¹

74. En el caso Oxi 2, la pretensión del demandante era la devolución del campo petrolero. El profesor Alberto Wray, realizó un estudio sobre la restitución en este caso y explicó lo siguiente:

En el caso Oxi 2, la demandante argumentó que el principio del restablecimiento de la situación anterior al cometimiento del acto ilícito, llevaba a la revocación o anulación del acto de autoridad y, consiguientemente, al restablecimiento de la concesión. Invocó en apoyo de su tesis el hecho de que la “restitutio in integrum” era reconocida en el Derecho Internacional como “la primera forma de reparación”, la cual debía preferirse a la reparación monetaria, a menos que ello resultara materialmente imposible y se apoyó especialmente en la decisión adoptada en *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, Award of January 19, 1979, 17 I.L.M. 1 (1978) (“TOPCO”). En este caso, el Tribunal dictaminó que la restitutio in integrum “es la sanción normal para el incumplimiento de las obligaciones contractuales, siendo inaplicable únicamente en la medida en que el restablecimiento del status quo ante resultara imposible”; así como en *ADC Affiliates Limited v. Hungary*, 495 I.T.R. 513.⁷²

75. Como se puede apreciar, la restitución es necesaria en ciertos casos. La restitución, como se explicó anteriormente, no es la devolución de un bien, es la devolución de una situación determinada para las partes. Bajo esta línea de pensamiento, es muy probable que después de una expropiación o la

⁷¹ En el Ecuador, si una compañía incumple con el Estado, es colocado en una lista negra, es decir que no podrá volver a contratar con el Estado en un tiempo determinado.

⁷² Wray Alberto. <http://www.cywlegal.com/inter.asp?s=3&ss=8&n=128>

terminación unilateral de un contrato, el Estado pueda restituir al inversionista la fábrica para que las cosas sigan como antes, como era la pretensión en el caso oxy 2. Hay que recordar la diferencia entre una situación hipotética y una situación real⁷³.

2.4 Aplicación de Daños y Compensación en los Laudos Arbitrales

76. Una vez que hemos determinado la importancia de los laudos internacionales, es imprescindible analizar la uniformidad que han generado los mismos, especialmente en el arbitraje de inversiones.

77. La primera precisión que se debe realizar, es analizar la diferencia entre daños y compensación (estándar que analizaremos como ejemplo del DAG); ya que ha sido altamente discutida y lamentablemente, aún no clarificada en su totalidad dicha diferencia. A nuestro parecer, ha existido una incomprensión de los términos, lo que ha derivado en una errónea aplicación por varios tribunales, cuerpos normativos y la doctrina. Creemos necesario que aparte de los medios mencionados para el entendimiento de estos dos términos, es útil ir hacia las bases del lenguaje. La Real Academia de la lengua Española⁷⁴ los define de la siguiente manera:

Compensación.- Modo de extinguir obligaciones vencidas, dinerarias o de cosas fungibles, entre personas que son recíprocamente acreedoras y

⁷³ Walde T.W and Sabahi B. COMPENSATION, DAMAGES AND VALUATIONS IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. Transnational Dispute Managment. Vol. 4 Tema 6. Editor Irmagrd Marboe. Noviembre 2007, 6.

⁷⁴ Real Academia Espanola, *Diccionario de la Lengua Espanola de la Real Academia*, 21o ed. (French & European Pubns, 2002).

deudoras. Consiste en dar por pagada la deuda de cada uno por la cantidad concurrente.

Daño.- Compensación que se exige a quien ha causado un daño, para reparar éste.

78. Se puede apreciar el uso de los dos términos en el segundo concepto, haciendo el entendimiento de las ideas un poco complicado.
79. El Derecho Internacional de las Inversiones, ha sido desarrollado en su mayoría en inglés, y consideramos de vital importancia, estudiar estas definiciones en su lengua madre, esperando que dicho estudio nos brinde una idea clara sobre el tema:

Black's Law Dictionary⁷⁵:

Compensation. Payment of damages, or any other act that a court orders to be done by a person who has caused injury to another.

Damages. - Money claimed by, or ordered to be paid to, a person as compensation for the injury

Oxford Dictionary of Law⁷⁶:

Compensation. Monetary payment to compensate for loss or damage

Damages. Sum of Money awarded by a court as compensation for a tort or a breach of contract.

80. Como se puede apreciar, los diccionarios jurídicos de mayor relevancia en el mundo, tienen problemas con la confusión de los términos usando una misma definición para explicar al otro o viceversa.

⁷⁵ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary: Deluxe Ninth Edition*, 9o ed. (West, 2009).

⁷⁶ Elizabeth A. Martin y Jonathan Law, *A Dictionary of Law*, 7o ed. (Oxford University Press, USA, 2009).

81. Los cuerpos legales de gran importancia no hacen una diferencia marcada acerca de los dos términos mencionados. Esto se da a tal punto que los *Articles on the responsibility of States for International Wrongfull acts*⁷⁷, siendo uno de los cuerpos normativos de mayor aporte jurídico, utilizan el término *compensation* (compensación) y no *damages* (daños) para describir un acto ilícito. Las traducciones al español y al francés tienen el mismo problema, utilizando compensación y daños de forma indistinta.

A pesar de la gran confusión presentada, existe una tendencia mayoritaria que está unificando la forma de tratar estos dos conceptos. Esta doctrina se basa en la licitud del acto emanado por un Estado, es decir que en el caso de que éste tenga que pagar por un acto lícito, como la expropiación, se hablará de compensación; mientras que, en el caso de que un Estado tenga que pagar por un ilícito internacional se hablará de daños⁷⁸.

82. Varios instrumentos aplican éste concepto, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 señala: “Los daños por el incumplimiento de un contrato, consisten en una suma igual a la pérdida ocasionada. Incluyendo la pérdida de ganancias que sufre una parte ocasionada por este incumplimiento...”⁷⁹ Otros cuerpos que sigue esta línea de pensamiento son los principios que aplica la

⁷⁷ James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, 1o ed. (Cambridge University Press, 2002).

⁷⁸ Marboe, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*.

⁷⁹ Stefan Krill y Krill, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article by Article Commentary* (Beck/Hart, 2011). *Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by other party as a consequence of the breach.*

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en su sección 4 sobre resarcimiento establecen: artículo 7.4.2

“La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios⁸⁰”.

83. Hasta este punto hemos analizado la de doctrina especializada, en sus diferentes acepciones y culturas jurídicas, tanto en base al pensamiento anglosajón como en base al pensamiento románico estatutario. Sin embargo, creemos que lo más importante en la definición y diferenciación de los conceptos que estamos tratando, se tiene que dar por las personas que crean la incidencia práctica de los mismos. Es decir la práctica reiterada de los conceptos por los árbitros en materia de inversiones.

84. Una vez que hemos desarrollado la idea en la teoría, debemos analizar la idea en la práctica, es decir, mediante los laudos arbitrales en los que se ha realizado un análisis del sobre el presente punto:

85. El tribunal dentro del caso LG&E c. Argentina;⁸¹ estableció:

⁸⁰ United Nations, *CNUDMI Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada* (Un Comm Intrnl Trade Law, 2004).

⁸¹ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v Argentina (ICSID Case No. ARB/02/1), Award on Damages of 25 July 2007. [p]ursuant to Article 36 of the [Articles] ‘[t]he State is under an obligation to compensate for the damage caused thereby’ and compensation ‘shall cover all financially assessable damage including loss of profits in so far as it is established.’ The determination of compensation depends on the identification of the damage caused by Respondent’s wrongful acts and the establishment of lost profits. There may be a difference

Con respecto al artículo 36 de la CDI. El Estado está obligado a compensar el daño causado. La compensación deberá cubrir todos los daños causados incluyendo pérdidas de ganancias. La determinación del monto depende del daño causado por la actuación ilícita de Argentina y la cantidad del daño material recibido.

86. El tribunal CIADI de AGIP c. Congo⁸² estableció:

El tribunal no sólo reconoce la compensación a AGIP por la nacionalización de su compañía, también reconoce los daños recibidos, resultantes del incumplimiento de las obligaciones contractuales que el Estado está impugnando.

87. El tribunal CIADI de Southern Pacific Properties c. Egipto⁸³ estableció:

La parte actora busca una compensación causada por un acto lícito, y no la reparación necesaria causada por un acto ilegal, tal como un incumplimiento de un contrato. (...) (L)os accionantes están en su derecho de recibir una justa compensación por la expropiación sufrida, en vez de los daños causados por el incumplimiento contractual

88. Bajo los laudos arbitrales descritos anteriormente, se puede crear una discrepancia muy clara con respecto a la diferenciación de los dos conceptos.

between compensation as the consequence of a legal act and damages as the consequence of the committing of a wrongful act.

⁸² *AGIP SpA. V Congo*, Award of 30 November 1979, (1993) 1 CSID Reports 306, para 95. The tribunal notes that it is seized not only of a claim for compensation for the consequences to AGIP of the nationalization of the Company but also of a claim for damages for the losses resulting from all the violations of the contractual obligations of which the Government is impugned.

⁸³ *Southern Pacific Properties (middle East)v Egypt*, Award of 20 May 1992, (1995) ICSID Reports 189, para 183. The claimants are seeking compensation for a lawful expropriation, and not reparation for an injury caused by an illegal act such as a breach of contract. [...] [T]he claimants are entitled to receive fair compensation for what was expropriated rather than damages for breaches of contract.

Compensación es un pago que se da por un acto legal el cual haya perjudicado al inversionista económicamente, ejemplo la expropiación. Daños, por otro lado, es un pago que se hace al inversionista que ha sufrido un perjuicio económico, siendo este perjuicio originado por un acto ilegal.

89. Se aprecia con claridad, que los tribunales arbitrales tienen una gran influencia con respecto a la definición y aplicación de conceptos. No existe ninguna norma internacional, que realice dicha diferenciación en estos dos conceptos, sin embargo los laudos internacionales han creado una norma en base a la costumbre. Actualmente dicha diferenciación es aceptada internacionalmente.

2.5 Hecho Internacionalmente Ilícito

90. Nos parece de vital importancia, estudiar brevemente qué es el Hecho Internacionalmente Ilícito, ya que la diferencia descrita en el acápite precedente crea una diferencia extremadamente importante que tiene que ser estudiada en el presente trabajo.

91. El hecho internacionalmente ilícito es la acción u omisión de a una obligación que tienen los Estados con respecto a otra parte⁸⁴. Cometer un Hecho Internacionalmente Ilícito genera una responsabilidad al Estado⁸⁵.

⁸⁴ Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional público (Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos)*, 830.

⁸⁵ Crawford, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado.*, Artículo 1. *Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad.*

92. La doctrina internacional es uniforme en considerar que la responsabilidad del Estado se genera en el mismo momento de un acto u omisión, violatorio de una obligación internacional⁸⁶, que se pueda atribuir al Estado⁸⁷. Es bajo esta premisa que los tribunales arbitrales centran su análisis en identificar si se cometió o no un Hecho Internacionalmente Ilícito.
93. En el caso *Pantechniki c Albania*⁸⁸, *Pantechniki S.A.*, fue contratada para la construcción de dos carreteras en Albania. Casi inmediatamente después de la firma de los contratos los problemas empezaron a surgir con una serie de demostraciones y protestas. Los Incidentes fueron subiendo de tono hasta el punto que el inversionista tuvo que abandonar los trabajos y repatriar a su personal. Dentro del TBI que amparaba a *Pantechniki* estaba el estándar de protección y seguridad plena. El tribunal discutió si Albania había incumplido o no esta obligación. En este caso el tribunal consideró que Albania no había incumplido sus obligaciones, debido a que su fuerza policial hizo todo lo que podía para evitar mayores daños. Sin embargo, el análisis que hace el tribunal se da mediante un estándar internacional no definido uniformemente.

3.2.1 Elementos del Hecho Internacionalmente ilícito

⁸⁶ En la primera parte del capítulo se analizaron las formas mediante las cuales un Estado adquiriría obligaciones con respecto a una contraparte.

⁸⁷ F.V. García Amador, *Principios de Derecho Internacional que Rigen la Responsabilidad - Análisis Crítico de la Concepción Internacional*, Madrid, Escuela de Funcionarios Internacionales, 1963, p. 33; Roberto Ago, "Second Report on State Responsibility", *Yearbook of the [U.N.] International Law Commission* (1970)-II, pp. 179-197

⁸⁸ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania*, Award, ICSID Case No ARB/07/21, 30 July 2009 ,

94. Se explicó anteriormente el concepto del hecho internacionalmente ilícito. En este acápite vamos a mencionar los elementos que la CDI considera que deben concurrir para que se considere una actuación del estado como un ilícito internacional. Nos vamos a concentrar en la parte de la atribución del acto, debido al análisis hecho previamente acerca del concepto mencionado.

95. La CDI en su artículo 2 establece:

Hay un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consiste en una acción u omisión. A) Es atribuible al Estado según del derecho internacional; y B) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado⁸⁹.

96. Para que se configure el Hecho Internacionalmente Ilícito se necesitan dos elementos. El primero es una violación a una obligación internacional del Estado. Un Estado no puede ser responsable de alguna acción u omisión si no se puede probar que éste es responsable de la misma. En este punto analizaremos los parámetros para atribuir una conducta al Estado.

97. La atribución de la conducta de un Estado se configura por su actuación ya sea esta de hacer o no hacer. Partiendo de esta idea, el análisis se enfocará en determinar cómo un Estado interactúa con otros sujetos de derecho. Los Estados actúan por medio de sus organismos o como personas jurídicas. El principal problema de la conducta de los Estados se da por la actuación de organismos del Estado los cuales no tienen la competencia para dicha intervención.

⁸⁹ Crawford, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado.*, Artículo 2.

98. Imaginemos que la Procuraduría General del Estado del Ecuador firma un contrato petrolero, el cual crea derechos y obligaciones en el plano internacional; sin embargo, el departamento encargado es el Ministerio de Agricultura Ganadería y Pesca⁹⁰. En este caso la pregunta sería si el Ecuador adquiere o no obligaciones en el plano internacional pese a la incongruencia señalada.
99. El principio de *Pacta Sun Servanda* es el principal dogma de cualquier tipo de contratación entre dos partes. Esto nos indica que si un Estado ha adquirido una obligación, no puede aducir excusa alguna ⁹¹ para no cumplir su obligación ⁹². En este supuesto, la posición del Estado es que nunca ha adquirido ninguna obligación, nunca ha dado la autorización para que la procuraduría firme este contrato.
100. La Convención de Viena en su Artículo 27 establece que “Ningún país puede oponer su derecho interno para incumplir con una obligación”⁹³. Bajo las dos premisas dadas anteriormente podemos llegar a dos conclusiones. 1. Un Estado puede contraer una obligación por cualquier organismo del mismo y; 2. Debido a que la ilicitud viene por el Derecho Interno del país, ésta no es una razón para poder librarse de la obligación adquirida.

⁹⁰ El caso es totalmente hipotético. Nunca ha sucedido.

⁹¹ Salvo las excepciones aceptadas en el plano internacional. Se analizarán más adelante en este capítulo.

⁹² Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico (Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos)*.

⁹³ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre estados : adoptada en esa ciudad el 23 de mayo de 1969. (Libro, 2004) [WorldCat.org] , Artículo 27.

101. Esta conclusión ha sido apoyada por varios tribunales. En el caso de El Salvador Commercial Company c. El Salvador, el tribunal declaró “[e]l Estado responde de los actos de sus dirigentes, ya pertenezcan a la rama legislativa, ejecutiva o judicial, siempre que los actos sean realizados en calidad oficial⁹⁴”.

102. El Artículo 4 de la CDI afirma esta posición:

1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado
2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

103. El motivo por el cual se ha adoptado esta medida es por la seguridad jurídica. Los Estados necesitan estar divididos internamente para un mejor funcionamiento, pero esto no puede convertirse en una excusa para evadir sus obligaciones. Si bien podría parecer un poco absurda esta idea, el Ecuador hace pocos años intentó evadir una obligación internacional declarando su deuda externa supuestamente ilegítima⁹⁵.

104. Una situación parecida sucedió en Albania, en el caso de Pantechniki analizado previamente. Una de las alegaciones del inversionista fue que un ministro, funcionario público que actuaba en nombre del gobierno de Albania, le había

⁹⁴ Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text, and Commentaries*. New York. Cambridge University Press, 2002, pp. 133.

⁹⁵ El gobierno ecuatoriano en el año 2006 declaró ilegítima la deuda, afirmando que no iba a pagar esta obligación debido a que los gobiernos que habían adquirido esta deuda lo habían hecho en bases de corrupción. Por ende al ser la deuda supuestamente ilegítima, ésta carecía de sustento legal y no obligaba al Ecuador.

dicho al inversionista que sí le iban a pagar si empezaba una demanda. Sin embargo, esto nunca pudo ser probado⁹⁶.

105. En conclusión, un Estado no puede alegar Derecho Interno para evadir una responsabilidad internacional. Esto incluye:

- Actos de sus órganos que sean ejecutivos legislativos o judiciales.
- Actos de cualquier órgano del gobierno de cualquier otra índole. En el caso ecuatoriano se aplicaría muy bien con los dos nuevos poderes del Estado que se han instaurado: 1) Participación Ciudadana y Control Social; y 2) el Poder Electoral.
- No existe diferencia en el rango jerárquico que tengan los funcionarios que actúan. No importa que sea el superior o un subordinado del mismo.
- No importa si la actuación viene dada por la administración central o una administración regional. Esto se da debido a la división interna del Estado para su mejor administración⁹⁷.

3.2.2 Situaciones con las cuales se evita la ilicitud de la actuación del Estado

106. Si bien existen situaciones en las cuales el Estado incumple su obligación sin caer en un ilícito internacional, en este apartado sólo voy a analizar brevemente los casos de fuerza mayor y estado de necesidad. A pesar de que

⁹⁶ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania, Award, ICSID Case No. ARB/07/21, 30 July 2009. Página 3. Párrafo 20.

⁹⁷ Léase: Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c La República de Argentina. El comité ad-hoc dijo. “El tribunal se refería a primera mano a las demandas en contra la República de Argentina y en otra sección a las demandas en contra de la provincia de Tucumán y sus autoridades. Basándose en el principio de atribución, las demandas en contra de las autoridades de la provincia de Tucumán también son demandas en contra de la República de Argentina”

existan más situaciones ⁹⁸, a mi parecer, las dos anteriores son las más utilizadas en el mundo de las inversiones.

107. Es muy importante el análisis de estas situaciones, debido a que su frecuencia en el plano internacional ha sido reiterada en las defensas de muchos países⁹⁹. El artículo 27b del proyecto de artículos de la CDI¹⁰⁰ señala que si bien uno de estos casos anteriormente expuestos¹⁰¹ excluye la responsabilidad estatal, no siempre esto evita la responsabilidad de que se indemnice a la contraparte. Tomando como base este artículo, se puede deducir que la posibilidad de la no indemnización, cuando sucede una situación excepcional, sí está presente pero no es obligatoria. Bajo esta idea vamos a analizar las dos situaciones de mayor uso en los casos de arbitraje de inversiones, para poder comprender hasta qué punto el Estado puede o no ser responsable.

3.2.3 Fuerza mayor

108. La fuerza mayor es una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajeno al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las

⁹⁸ Crawford, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. Consentimiento (artículo 20); Legítima defensa (artículo 21); Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito (artículo 22); Fuerza mayor (artículo 23); Peligro extremo (artículo 24); Estado de Necesidad (Artículo 25).

⁹⁹ La República Argentina ha usado esta defensa en varios casos. Posteriormente analizaremos los casos de ENRON, LG&E, SEMPRA y sus respectivas anulaciones.

¹⁰⁰ Crawford, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*., Artículo 27.b.

¹⁰¹ Crawford, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado*. Consentimiento (artículo 20); Legítima defensa (artículo 21); Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito (artículo 22); Fuerza mayor (artículo 23); Peligro extremo (artículo 24); Estado de Necesidad (Artículo 25).

circunstancias del caso, cumplir con la obligación contraída¹⁰². No es muy difícil imaginar situaciones de esta naturaleza en el campo de derechos humanos, sin embargo, esta tesis se basa en el derecho de las inversiones, por ende vamos a analizar un caso de la materia.

109. En el caso de Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Grecia) c La república de Albania¹⁰³ el Tribunal precisó que el estándar de protección y seguridades plenas “impone una obligación a Albania de ejercer la debida diligencia en la protección de la inversión, tanto en contra de acciones del poder público como de personas privadas”¹⁰⁴.

110. Sin embargo, en este punto el Estado de Albania tenía tantas obligaciones bajo su cargo que no pudo proteger físicamente la inversión de Pantechniki S.A. La pregunta sería si en este caso el Estado de Albania, ¿puede invocar fuerza mayor, y en el caso que lo haga, sería éste un eximente de responsabilidad?

111. Para analizar esto hay que estudiar los diferentes puntos de vista:

- **Inversionista**

El país es responsable por las obligaciones contraídas. En el momento que sabía que iban a ocurrir protestas en las calles podía haber movilizó a la policía para que la inversión no sufra daño.

¹⁰² Díez de Velasco Manuel. *INSTITUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. 15a edición Madrid. Tecnos 2006, pp.832-33

¹⁰³ Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania, Award, ICSID Case No ARB/07/21, 30 July 2009 .

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 73.

- **País**

El movilizar a la policía hubiese ocasionado falta de protección a la población civil. Si bien se adquirió una obligación, es mucho más importante salvaguardar el bienestar físico de las personas.

- **Punto de vista personal**

Si bien los dos puntos anteriores se podrían tomar como válidos, creo que hay que analizar la situación bajo la cual se invirtió en Albania. El capitalista estaba consciente en que lugar estaba inyectando dinero y aunque el país haya tenido la oportunidad de proteger la inversión y consideró que existía la posibilidad de que sus ciudadanos no sufran daños. En este caso el estado tenía la responsabilidad de proteger a su población dejando de lado la inversión.

- **El Tribunal**

Consideró que el resultado habría sido diferente (se hubiera vulnerado la protección y seguridades plenas), “si la policía hubiera estado presente y hubiera dado las espaldas.¹⁰⁵” Pero en este caso, el Tribunal determinó que a “la policía le había sido imposible intervenir (...) que dado el nivel de saqueo (...) la magnitud de los disturbios sociales las autoridades eran incapaces de hacerlo.”¹⁰⁶ Es decir, que el Estado con sus recursos limitados no podía hacer nada más para proteger la inversión, porque no tenía recursos para actuar.

¹⁰⁵ Díez de Velasco Manuel. *INSTITUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. 15a edición Madrid. Tecnos 2006, pp.832-33

¹⁰⁶ Díez de Velasco Manuel. *INSTITUCIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*. 15a edición Madrid. Tecnos 2006, pp.832-33

112. Se ha hecho el análisis de fuerza mayor usando como ejemplo el caso de *Pantechniki c Albania*. En este caso se observó, como Albania no cumple la obligación adquirida y aún así no es culpable por este incumplimiento. El análisis hecho es suficiente para la explicación que se quería dar, por ende los demás elementos del caso no serán analizados¹⁰⁷.

3.2.4 Estado de necesidad

113. La diferencia entre estado de necesidad y la fuerza mayor es la violación de las obligaciones adquiridas por un Estado de forma determinada para poder evitar un mal mayor, mientras que en la fuerza mayor es un acontecimiento imprevisto. El estado de necesidad es una situación en la cual el Estado actúa para salvaguardar un interés mayor¹⁰⁸. Ésta ha sido una figura muy complicada debido a la arbitrariedad e impunidad que podría causar¹⁰⁹. Por este motivo, se la ha dividido en elementos, para que su análisis y uso sean un poco más claro.

3.2.5 Interés esencial del Estado

114. Para que el estado de necesidad se aplique se requiere que el motivo dado tenga como efecto mantener el Estado. Generalmente, se refieren en el campo de inversiones, a riesgos políticos y económicos¹¹⁰.

¹⁰⁷ Si bien se podría argumentar que la falta de recursos del país ocasionó la fuerza mayor, no es el punto de análisis. A pesar de que sabemos que el tribunal decidió sobre esta base.

¹⁰⁸ Díez de Velasco, *Instituciones de derecho internacional publico (Biblioteca universitaria de Editorial Tecnos)*, 846-47.

¹⁰⁹ Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties: History, Policy, and Interpretation* (Oxford University Press, USA, 2010), 169.

¹¹⁰ Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility : Introduction, Text, and Commentaries*. New York. Cambridge University Press, 2002. Artículo 25.

115. En el caso de la República Argentina, por ejemplo, hay que analizar el estado económico del país. En 1990¹¹¹ se privatizó el servicio de energía junto con la unificación de 1 a 1 del peso con el dólar. Argentina sufrió una fuerte crisis económica en los 90s, hasta que en febrero del 2002, debido a la gran devaluación de la moneda, tuvo que renegociar todos sus contratos. La economía de Argentina podía caer a tal punto que el gobierno no podría mantener gastos básicos como salud y educación. Uno de los primeros inversionistas que presentó un reclamo fue CMS¹¹².

3.2.6 Peligro grave e inminente

116. Este presupuesto se basa en eliminar la subjetividad. Desde nuestro punto de vista es, el más importante de los elementos dados, debido a que permite que esta figura opere en el derecho internacional. En el momento que el peligro es inminente, es decir que no haya ningún tipo de duda de que existe, es posible argumentar el estado de necesidad. En los casos argentinos, había un problema con respecto a este punto, se encontraban muchos economistas que estaban a favor del argumento de la existencia de la crisis Argentina, sin embargo habían otros que sostenían que la situación no era tan grave¹¹³. Para que el estado de necesidad opere, no tiene que existir ningún tipo de duda acerca de la gravedad da la situación.

3.2.7 Único medio posible

¹¹¹ Matías Sulfas, Fernando Portas y Adrián Ramos. Inversión extranjera y empresas transnacionales en la Argentina. CEPAL-ECLAC, Buenos Aires Septiembre 2002

¹¹² No vamos a analizar el caso en sí, el Estado de necesidad ha sido explicado. Lo que el tribunal decidió no es relevante para esta parte del Estudio.

¹¹³ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/3. para 307.

117. En el momento que un país tiene una crisis que afecta al Estado, la única forma en la que sería permitido no cumplir una obligación internacional es si quebrando esta obligación se evitaría un peligro y si ésta es la única medida existente. Obviamente, es muy fácil decir que si un país tiene un problema de orden económico, el no pagar las obligaciones contraídas ayuda. El no pagar las obligaciones tiene que ser la única alternativa, si no estaríamos ante un simple incumplimiento.

118. En el caso argentino LG&E, el tribunal analizó simplemente la crisis económica. No se tomó tanto en cuenta este requisito¹¹⁴, por otro lado en los casos de CMS y Sempra donde los tribunales concluyeron que Argentina podía haber implementado otro tipo de medidas¹¹⁵.

119. Esto tiene mucho sentido, es muy difícil que el no cumplir una obligación en específico sea la única medida posible de salvaguardar el interés del Estado. Si bien el artículo 25 de los Artículos de la CDI dice claramente *único medio*¹¹⁶, es casi imposible llegar a probar esto, convirtiendo a la figura en inutilizable, ya que siempre pueden haber políticas que nos lleven al mismo resultado, pero con un mayor detrimento al Estado. El profesor Reinisch dice que se debería hablar no del único medio posible, sino del medio más adecuado tomando

¹¹⁴ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. República de Argentina, Caso CIADI No. ARB/02/1 (US/Argentina BIT, para. 257)

¹¹⁵ CMS Gas Transmission Co. c. La República de Argentina, CIADI (W. Bank) ARB/01/8, (Award) (May 12, 2005), [De aquí en adelante CMS]. , , para 323. ; Sempra Energy Int'l c. Argentina, CIADI (W. Bank) ARB/02/16, paras. 346, 355 (LAUDO) (Septiembre 28, 2007) [De aquí en adelante Sempra]., para 350-51

¹¹⁶ Crawford, *Los Artículos De La Comisión De Derecho Internacional Sobre la Responsabilidad Internacional del Estado.*, Artículo 25, 1.a.

consideraciones de magnitudes y proporciones para saber si el incumplir una acción es o no necesario¹¹⁷.

120. Desde nuestro punto de vista esto tiene mucho sentido, es muy difícil especificar si una medida que quebranta una obligación internacional es la única, pero definitivamente se puede decidir si era la mejor.

2.5 Conclusión

121. El capítulo dos del presente trabajo nos ha enseñado que los TBIs generar una responsabilidad de orden internacional a los Estados, que éstos contienen unos estándares de protección los cuales no han sido definidos de forma uniforme y que esta responsabilidad tiene como consecuencia un pago monetario.

122. La pregunta que surge es ¿qué han hecho los Estados para mejorar su situación?. Desde nuestro punto de vista, estos arbitrajes (en especial los que han dictado laudos en contra de los países) han generado reacciones no amistosas al sistema del arbitraje de inversiones, creando así una desconfianza y, hasta cierto punto, una huida del sistema.

123. El arbitraje internacional, claramente regula las actuaciones del Estado generando precedentes para futuros casos. Por lo que rotundamente se desprende que los tribunales arbitrales tienen una influencia innegable en las actuaciones que ha tenido el estado (lo cual en muchos casos incluye la

¹¹⁷ Bjorklund, Andrea. Economic Security Defenses in International Investment Law. Social Science Social Network. <http://papers.ssrn.com>, pp 487.

regulación de actos administrativos expedidos por éstos) y una posible regulación de las actuaciones futuras de los mismos.

CAPÍTULO III

3.1 Influencia del Arbitraje Como Derecho Administrativo Global en el Ecuador.-

124. Los laudos arbitrales no generan *stare decicis*. A pesar de esto, parecería ser que estos laudos arbitrales son la fuente de la creación o modificación de la legislación de los países. Si bien el derecho internacional, en un inicio con la diplomacia de las cañoneras, generó los primeros Tratados Bilaterales¹¹⁸. Posterior a esto, los laudos que no generan un precedente obligatorio, han sido el motor principal de cambio de legislación, modificación a la conducta de los gobernantes actos de la administración- e incluso cambios a la Constitución de países.

125. Actualmente el Ecuador ha sufrido este fenómeno en el cual, árbitros internacionales han generado cambios - de forma indirecta – en la legislación ecuatoriana. Debido a la importancia de dicha afirmación, se analizará en primer término la Constitución, posteriormente la legislación especializada en la materia de inversiones, la legislación específica en materia tributaria y administrativa. Recordando siempre el concepto de derecho administrativo descrito en el capítulo uno, éste es el derecho que regula la relación entre el Estado y particulares, en este caso inversionistas.

¹¹⁸ Los primeros tratados, fueron los de cooperación y navegación. Posteriormente, estos evolucionaron hasta convertirse en los Tratados Bilaterales de Inversión actuales.

3.3 Influencia del Arbitraje en la Constitución del Ecuador

126. El Ecuador ha sufrido un fenómeno de introspección internacional en el campo de la globalización dentro del marco de cooperación económico. Nuestra Constitución, en su artículo 422 a *prima facie*, parece indicar, que el Ecuador no puede someterse a Tratados Bilaterales de Inversión o comerciales. Sin embargo, ¿sería posible que el Ecuador firme nuevos Tratados Bilaterales de Inversión?. ¿Cuál es el objetivo de nuestra Constitución?

127. Los Tratados Bilaterales de Inversión, han tenido una vida útil en el Ecuador muy *sui géneris* y cambiante. El Ecuador había firmado hasta el 2008, veintidós Tratados Bilaterales de Inversión ¹¹⁹, los cuales habían sido instrumento para que una gran cantidad de inversionistas extranjeros viniesen al Ecuador. Se puede apreciar esta idea en el TBI de Ecuador con los Estados Unidos de América¹²⁰ no siendo el único TBI con esta finalidad¹²¹.

Las Partes... [d]eseando promover una mayor cooperación económica entre ellas, con respecto a las inversiones hechas por nacionales y sociedades de una Parte en el territorio de la otra Parte; Reconociendo que el acuerdo sobre el tratamiento a ser otorgado a esas inversiones estimulará el flujo de capital privado y el desarrollo económico de las Partes; [...]

128. Sin embargo, a finales del año 2008, inicios del año 2009, el Ecuador empezó a tener una actitud de retroceso o recelo a los Tratados Bilaterales de Inversión,

¹¹⁹ http://www.sice.oas.org/ctyindex/EQU/ECUBITs_s.asp

¹²⁰ Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y Ecuador, Registro Oficial 153.

¹²¹ Véase. Tratado Bilateral de Inversión entre: 1. Estados Unidos de Norte América – Argentina. 2. La República de Chile y La República Federal de Alemania animadas del deseo de intensificar la colaboración económica entre ambos Estados a través del incremento de las inversiones recíprocas.

denunciando trece TBIs en base a una supuesta inequidad de los tribunales arbitrales. La denuncia al CIADI y a los mencionados Tratados, se basó en una incompatibilidad con la Constitución de nuestro país, debido a que se estaba afectando al bienestar social.

129. En el año 2009 la Procuraduría General del Estado emitió una opinión la cual decía que:

Ecuador puede perder \$ 13.369 millones con solo 9 demandas, la cifra supera en un 29% el total de la deuda pública. Si las 3 compañías que aún no definen sus perjuicios económicos (Murphy, Burlington y Perenco), lo hacen, el monto de la disputa subiría alcanzando los 17.026 millones de dólares. Esta cifra podría financiar la inversión social del Ecuador durante 8 años

130. A pesar de la argumentación realizada por la Procuraduría, hay que tener en cuenta el motivo por el cual el Ecuador se encontraba en ese estado y saber si iba en contra de nuestra Constitución. Sin embargo, lo importante de este acápite es puntualizar, que en la actualidad, los Tratados Bilaterales de Inversión se han considerado incompatibles con nuestra Constitución y que estaban en proceso de denuncias.

131. Si bien en el párrafo anterior se hizo una breve afirmación de la situación de los Tratados Bilaterales de Inversión en la actualidad, hay que entender cómo se llegó a ese punto. Para esto, vamos a analizar los TBIs desde un punto de vista político y jurídico, tomando como base la Constitución de Montecristi, ya que dicho instrumento tenía ambas cualidades.

132. El Ecuador, debido a sus recursos no renovables, fue objeto de gran inversión extranjera, esto hizo que adquiriera una gran cantidad de derechos y

obligaciones. Los TBIs obligaron al Ecuador a ser parte procesal en varios procesos internacionales. A pesar del gran éxito obtenido en éstos, el riesgo de pérdida representaba una gran cantidad de dinero ¹²², casi un cuarto del Producto Interno Bruto nominal del Estado. El gobierno, empezó un programa de finalización a los instrumentos internacionales que sujetaban al Ecuador a una jurisdicción extraña sin tomar en cuenta aspectos técnico/jurídicos planificados. El texto bajo el cual se solicitó la denuncia de los TBIs fue:

Para los fines establecidos en el artículo 111 letra b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009 y en el artículo 71 número 2 del Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 127, de 10 de febrero de 2010, que establecen: "...b) Una vez efectuado el sorteo para la designación de la jueza o juez ponente, se ordenará la publicación a través del Registro Oficial y del portal electrónico de la Corte Constitucional, para que dentro del término de diez días, contados a partir de la publicación, cualquier ciudadano intervenga defendiendo o impugnando la constitucionalidad parcial o total del respectivo tratado internacional.", hágase conocer a los ciudadanos y ciudadanas lo siguiente:

CASO No. 0001-10-TI, dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, mediante el cual el señor Presidente Constitucional de la República, economista Rafael Correa Delgado, solicita se expida el dictamen favorable para la denuncia de los Acuerdos Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, suscrito por la República del Ecuador

133. El motivo por el que se denunciaban los Tratados Bilaterales de Inversión, se dio para que el Ecuador no pueda ser llevado ante tribunales internacionales.

¹²² \$13.369'000.000.00 (trece mil trescientos sesenta y nueve millones) de Dólares de los Estados Unidos de Norte América.

La razón fue extremadamente clara, si unimos a la denuncia de los TBIs junto con el artículo 422 de la Carta Magna que dice:

Art. 422.- 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.

134. El análisis del bloque constitucional indica *prima facie*, que la constitución del Ecuador bajo norma expresa y análisis de la Corte Constitucional no podría celebrar tratados en los que ceda jurisdicción soberana¹²³.

135. A pesar de que la conclusión anterior carezca de un error de concepto, ya que dicho artículo únicamente hace referencia a disputas comerciales o contractuales - no de inversión-, ilustra de modo macro como varios arbitrajes han influido en la legislación -Constitución- ecuatoriana.

136. La pregunta que surge es ¿cuál es el motivo por el cual el Ecuador denunció los tratados Bilaterales de Inversión?. Y la clara respuesta es, decisiones arbitrales y la inminente posibilidad de futuros laudos en contra del país. En otras palabras, podemos decir que la Constitución ha sido modificada –en parte- por árbitros internacionales.

137. A pesar de lo dicho, es claro que las políticas de los países se modifican de acuerdo a los sucesos que éstos viven. Sin embargo, el Ecuador no sólo ha

¹²³ Sin embargo existen varias inconsistencias en dicho análisis. Me gustaría pensar que éstas estuvieron diseñadas por una persona letrada en el tema, que dejó suficientes espacios para que un análisis a fondo permitan al Ecuador celebrar TBIs a futuro sin tener que reconstruir la Constitución.

modificado de forma macro su marco jurídico, más bien lo ha adaptado y moldeado en base a laudos arbitrales específicos, los cuales han causado un malestar –o potencial malestar- al Ecuador¹²⁴. A continuación se analizarán los cambios que consideramos más relevantes en base a este fenómeno internacional que no tiene fuerza de precedente obligatorio, pero que ha modificado la legislación de un país desde sus cimientos.

3.4 Cambio en la Legislación de Inversionistas

138. En base al estudio realizado, se infiere con claridad que la legislación ecuatoriana se modificó debido a los arbitrajes, en varias ramas. Sin embargo, consideramos que la que más cambios sufrió fue la legislación que contenía conceptos jurídicos muy usados en la resolución de disputas en el cambio de las inversiones.

3.4.1 3.3.1 ¿Cómo se Define Inversión Extranjera?

139. En orden de definir qué es una inversión extranjera, hay que dividir el concepto en dos partes:

3.3.1.1 Inversión

140. El Ecuador firmó varios Tratados Bilaterales de Inversión, en los que se definía a una inversión como:

1. A efectos del presente Tratado:

a) “Inversión” significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se

¹²⁴ En este contexto, al referirnos a Ecuador, nos referimos a la posición que tomó el Gobierno de turno en la época de los arbitrajes. SI bien la aclaración puede parecer obvia, debido a conceptos de Derecho Internacional Público, preferimos hacer la distinción entre Gobierno y Estado, indicando con claridad que nos referimos al Gobierno.

haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o este controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:

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

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

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

iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:

las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras,

los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano,

los diseños industriales,

las obras de estampado de semiconductores,

los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y

las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y

v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley¹²⁵.

141. La definición de inversión transcrita (la cual es estándar en todos los TBIs firmados por el Ecuador, y gran parte de los TBIs en general) ha ocasionado mucha controversia por decir lo menos.

142. El concepto de inversión se ha tratado de dilucidar en varios arbitrajes y por varios profesores expertos en la materia. Probablemente, las líneas guías más aceptadas son las establecidas por el profesor Christoph Schreuer, las cuales

¹²⁵ Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos y la República del Ecuador. Registro Oficial 153.

fueron tomadas por el famoso y controversial laudo de Salini c. Marruecos las mismas que establecen:

- i. La inversión tiene que provenir de recursos extranjeros
- ii. La inversión tiene que tener un periodo de tiempo mínimo
- iii. La inversión tiene que tener un riesgo implícito, el cual se dé en base a al giro normal de la inversión.
- iv. La inversión tiene que mejorar la economía del Estado receptor

143. Si bien este laudo ha sido criticado, generó una especie de objetividad en definir qué es inversión. Posterior a esto muchos tribunales¹²⁶ indicaron que estas características son únicamente guías y que no necesariamente tienen que cumplirse todas, sin embargo las tuvieron en cuenta para ser su análisis.

144. El Ecuador no es ajeno a esta controversia y estuvo involucrado en una disputa de jurisdicción sobre si existía o no inversión sobre la cual el tribunal pudiese pronunciarse. En el caso de MCI c Ecuador se alegó que el tribunal no era competente en razón de la materia¹²⁷, debido a que no se trataba de una inversión sino de un caso contractual comercial.

145. El tribunal en este caso indicó que estos elementos debían considerarse como un precedente para tomar en cuenta algunos precedentes arbitrales, en los que se denota la existencia de una inversión protegida por un tratado (como por

¹²⁶ *Biwater Gauff v. Tanzania/Malaysian Historical Salvors v. Malaysia Annulment*; *SGS v. Paraguay*; *Phillip Morris v. Uruguay*

¹²⁷ *Occidental c. Ecuador*

ejemplo el riesgo y la duración). Sin embargo, estos deben ser considerados como meros ejemplos y no necesariamente como elementos sustanciales para que exista una inversión. Esto generó que el Ecuador, en el año 2010, expida una ley orgánica¹²⁸, que definía inversión de una forma mucho más concreta.

146. El Ecuador expidió el Código Orgánico de la Producción y Desarrollo en el que se define a inversión de la siguiente forma.

Inversión productiva.- Entiéndase por inversión productiva, independientemente de los tipos de propiedad, al flujo de recursos destinados a producir bienes y servicios, a ampliar la capacidad productiva y a generar fuentes de trabajo en la economía nacional;

b. Inversión Nueva.- Para la aplicación de los incentivos previstos para las inversiones nuevas, entiéndase como tal al flujo de recursos destinado a incrementar el acervo de capital de la economía, mediante una inversión efectiva en activos productivos que permita ampliar la capacidad productiva futura, generar un mayor nivel de producción de bienes y servicios, o generar nuevas fuentes de trabajo, en los términos que se prevén en el reglamento. El mero cambio de propiedad de activos productivos que ya se encuentran en funcionamiento así como los créditos para adquirir estos activos, no implica inversión nueva para efectos de este Código.

c. Inversión extranjera.- La inversión que es de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en el extranjero, o que implique capital que no se hubiere generado en el Ecuador.

147. Claramente se denotan los principios establecidos por el laudo Salini c Marruecos. Sin embargo, la legislación ecuatoriana en base a las experiencias de arbitrajes internacionales, controversiales en la materia, cierra el debate y en un código interno indica con claridad los requisitos necesarios para que una

¹²⁸ Código Orgánico de la Producción y Desarrollo

inversión pueda ser considerada como tal, o por los menos intenta mitigar el riesgo de interpretación.

148. En conclusión, se puede decir con certeza que la experiencia en el caso de MCI c. Ecuador, generó un cambio de legislación para sentar bases claras del concepto que el Ecuador entiende por inversión y al cual los inversionistas se tienen que apegar. Es decir, que un arbitraje no vinculante, generó una ley (o parte de esta) en el Ecuador.

3.3.1.2 ¿Qué es una Inversión Extranjera?

149. La jurisprudencia arbitral y doctrina especializada en la materia, han generado incertidumbre con respecto a lo que se debe considerar como inversión “extranjera”. Al respecto, las tres teorías predominantes en la materia son: La nacionalidad de la persona; El origen de la inversión; El control de la inversión.

3.3.1.2.1 Teoría de la Nacionalidad de la Persona

I. Persona Natural

150. La nacionalidad de una persona, natural o jurídica, determina si la inversión que ésta realiza puede ser considerada como extranjera o no. Bajo este principio, un ciudadano de un país que no sea del Ecuador (tomando en cuenta que la inversión se realiza en el Ecuador), que invierta recursos en el Ecuador, entraría bajo la modalidad de inversión extranjera.

151. Esto ha generado varias voces disidentes al respecto, ya que una persona que sea ciudadano de los Estados Unidos de América, por el sólo hecho de ser ciudadano extranjero, recibiría la protección de una inversión extranjera¹²⁹. Bajo esta premisa, un ciudadano de los Estados Unidos de América, el cual ha generado su fortuna dentro del Ecuador, con negocios en marcha en el Ecuador y recursos ecuatorianos, recibiría un trato de inversionista extranjero.

II. Persona Jurídica

152. Si bien la teoría explicada anteriormente, no debería tener diferencias con respecto a las personas jurídicas, es importante indicar que existen excepciones de abuso de derecho para que la inversión de una persona jurídica extranjera sea considerada extranjera. El abuso de derecho, se genera cuando el inversionista es un nacional y crea una compañía extranjera para obtener los beneficios de un Tratado Bilateral de Inversión.

153. En el caso MCI la empresa que demandaba tenía nacionalidad norteamericana, con lo cual se cumplía *prima facie*, el requisito de inversión extranjera. El Estado ecuatoriano, alegó que el inversionista no podía ser considerado extranjero, ya que el accionista principal era ecuatoriano. Si bien la opinión del tribunal no es relevante, el caso ejemplifica con claridad la posible problemática.

¹²⁹ Es importante recalcar que dentro del presente ejemplo, únicamente se toma en cuenta la teoría explicada. No se toman en cuenta otras variables que podrían modificar el ejemplo.

3.3.1.2.2 Origen de la Inversión

154. Bajo esta premisa, la inversión es extranjera dependiendo no sólo de la nacionalidad de la persona, sino del origen de los fondos, en relación del lugar de generación de los mismos. Bajo este efecto, la nacionalidad de la persona tiene un plano relevante. Sin embargo, la inversión tiene que provenir del extranjero, de fondos o negocios generados no dentro del país que recibe dicha inversión.

155. Esta teoría prevé que un extranjero, que reside en el Ecuador y ha generado su riqueza en el Ecuador, obtenga el beneficio extra de un Tratado Bilateral de Inversión, cuando los recursos han sido generados dentro del mismo país.

3.3.1.2.3 Control de la Inversión

156. Esta última teoría se da para proteger a los capitalistas de empresas, las cuales invierten en países receptores de inversiones. En algunos casos, estos países obligan a las empresas, a domiciliarse o a generar compañías nacionales. Si bien de *iura*, las empresas son nacionales, de facto son internacionales, ya que el 100% está siendo controlado por un accionista extranjero. Esta persona jurídica, tiene accionistas, los cuales están protegidos por los tratados bilaterales de inversión, generando así las dos condiciones precedentes: inversión y nacionalidad extranjera.

157. El presente caso, sucedió en el caso Salini c. Marruecos, en el que varios accionistas de la empresa extranjera tuvieron la oportunidad de demandar a la

República de Argentina, teniendo como base jurídica al Tratado Bilateral de Inversiones entre Argentina y Estados Unidos. Sin embargo, existieron inversionistas que demandaron, en base al Tratado Bilateral de su país con Argentina.

3.4.2 3.3.2 ¿Han Cambiado las Cláusulas de Resolución de Conflictos?

158. La respuesta a la interrogante planteada es sí, sin duda alguna. Sin embargo, antes de analizar el cambio en las cláusulas de resolución de conflictos, es importante analizar el cambio de política que degeneró en el cambio legislativo del país, por lo menos en el llamado “derecho de inversiones”.

159. La historia en el Ecuador en materia del trato jurídico de la inversión extranjera ha sido muy cambiante, por decir lo menos, ya que desde las inversiones de antaño¹³⁰ el Ecuador ha sido objeto de inversionistas en base a los recursos naturales y oportunidades que ofrece.

160. Debido a un movimiento regional, en los años 70 el Ecuador recurrió a la conocida doctrina Calvo, la cual mandaba a los países receptores de capital a tratar a los extranjeros de igual forma que a los nacionales, es decir un trato de no discriminación¹³¹. Sin embargo, el comportamiento de muchos países con respecto a inversionistas, demostró a varios inversionistas una falta de confianza en las Cortes debido a presiones políticas. A partir de esto los países

¹³⁰ La inversión más antigua que tuvo implicaciones internacionales, de gran envergadura, fue la de la construcción del ferrocarril en la época de Eloy Alfaro. El ferrocarril fue expropiado, generando incidentes a nivel internacional entre Ecuador e Inglaterra.

¹³¹ Poner nota.

receptores de Capital, inician una campaña en conjunto con los países exportadores para que exista la movilización de capital de forma estable.

161. El Ecuador, legislación materia del presente trabajo, se insertó en esta línea política y firmo más de 50 Tratados Bilaterales de Inversión, los cuales contenían cláusulas arbitrales.

162. Estas cláusulas arbitrales sirvieron para que muchos inversionistas vinieran al Ecuador. En teoría, y en la práctica al inicio, funcionó. EL Ecuador recibió inversión que generó puestos de trabajo y movilidad en la economía local, mientras que los inversionistas obtenían el negocio jurídico que protegía su inversión –la cual siempre conlleva un grado de riesgo -. Sin embargo, estas relaciones sufrieron en varias ocasiones problemas, por decir lo menos, de índole jurídico. A tal punto que el Ecuador ha sido demandado más de 13 veces en foros internacionales. A pesar de que el Ecuador ha ganado una gran cantidad de demandas en organismos internacionales, el arbitraje no fue visto con buenos ojos ya que se condenó al Ecuador a pagar altas sumas monetarias en algunos procesos.

163. Estos eventos más los cambios políticos y económicos (cambio del precio en el barril de petróleo), generaron que el Ecuador modifique su política con respecto a las cláusulas arbitrales. Los cambios más relevantes en las cláusulas arbitrales son los siguientes:

- a. Se denota claramente el cambio en “las partes podrán acudir a arbitraje” a “las partes renuncian a su fiero y domicilio y deciden someter cualquier controversia que surja del presente contrato al tribunal arbitral”
 - b. Existe la inclusión de la cláusula de no arbitraje en materia tributaria. Dicha cláusula surge en base a la disputa del IVA petrolero. Posteriormente surge el tema de expropiación indirecta o “*tantamountt expropriation*”, el cual vuelve a ser revisado en base al famoso decreto 99 - 1
 - c. De igual forma nace el requisito de notificar a la Procuraduría General del Estado, cumpliendo ciertas formalidades de ley.
164. Si bien podríamos seguir mencionando la evolución de las cláusulas arbitrales, nos parece que con estos tres ejemplos es suficiente prueba para ver el cambio requerido. A continuación se analizará brevemente el tema petrolero, con el cual podremos graficar con claridad la evolución del sistema ecuatoriano en el tema arbitral.
165. Posterior a la demanda de OPEC (OCCIDENTAL) c. Ecuador, en base al IVA petrolero generó que las cláusulas arbitrales sean modificadas. Sin embargo, es importante realizar un breve resumen de este caso.
166. La Ley 99-24 incorporó el artículo 69a que indica:

IVA pagado en actividades de exportación.- Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el Impuesto al Valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado sin intereses e un tiempo no mayor a 90 días, a través de la emisión de la respectiva nota de crédito, cheque u otro medio de pago. Se reconocerán intereses si vencido el término antes indicado, no se hubiesen reembolsado el IVA reclamado. El servicio de Rentas Internas deberá devolver lo pagado contra la presentación formal de la declaración del representante legal del sujeto pasivo, que deberá acompañar las copias certificadas de las facturas en las que conste el IVA pagado.

167. Según documentos originales de la Secretaría del Congreso Nacional, el espíritu de la norma del artículo 69A prueba que el sentido con el que el legislador, al negar la propuesta de uno de sus miembros, de que la devolución se extienda al IVA pagado

“...en las adquisiciones locales o importaciones de bienes o la adquisición de servicios empleados en la fabricación o producción de bienes que se exporten o con ocasión de los servicios que se exporten..”

168. Al debatir la Ley, el Congreso se inclinó por el alcance limitado excluyendo la consideración de los servicios y condicionando únicamente a los bienes que se exportan.
169. El Artículo innumerado ubicado a continuación del artículo 55 de la Ley Orgánica de Régimen tributario Interno, que se refiere al crédito tributario para exportadores, manifiesta que “la actividad petrolera se regirá por sus leyes específicas”.
170. Parecería ser que la finalidad de la ley ecuatoriana era la de excluir a la exportación petrolera del crédito tributario mencionado. En base a lo expuesto, el Ecuador manifestó que era muy difícil interpretar la ley de cualquier otra forma ya que esta exclusión es única en la normativa ecuatoriana.
171. A pesar de que se haya analizado la legislación primaria en el tema, nos parece relevante indicar que el Artículo 8 de la Ley de Comercio Exterior señala que “las exportaciones están exoneradas de todo tributo, salvo las de hidrocarburos...”
172. Aparte el Decreto Ejecutivo No. 653 publicado en el R. O. 144 de 11 de agosto de 2003, que establece normas para la devolución condicionada de Impuestos Arancelarios manifiesta en el artículo 6 numeral 2 que:
- No es admisible la devolución condicionada de impuestos en los siguientes casos...En la exportación de hidrocarburos, sean del sector público o privado
173. Aparte de esto, existen otras normas que posiblemente avalaban esta teoría, por ejemplo El artículo 10 de la Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador

(PETROECUADOR), publicada en el R.O. 283 de 26 de septiembre de 1989, manda que los contratos de PETROECUADOR

no están sujetos a las normas legales de contratación vigentes, sino exclusivamente a la ley de Hidrocarburos y a los Reglamentos que para el efecto expedirá el presidente de la República

174. Partiendo de este cuerpo normativo, el Presidente del Ecuador expidió el Reglamento para la Aplicación de la Ley 44 reformativa a la Ley de Hidrocarburos misma que en el artículo 16 manda

Los porcentajes de las partes en la producción del área del contrato serán ajustados cuando el sistema tributario aplicable al contrato haya sido modificado, para restablecer la economía del contrato, vigente hasta antes de la modificación tributaria

175. Esta de aquí es, muy probablemente la norma que –en conjunto con varios comportamientos estatales-, detonó el tema del IVA petrolero que estamos analizando. Sin embargo, hay que recordar que debido a la naturaleza de riesgo de los contratos petroleros, existen cláusulas de protección de inversiones de los contratistas para que el sinalagma económico no se vea afectado. Según el Estado uno de los cambios que podrían producirse son modificaciones al régimen tributario aplicable al contrato, un punto de vista que los inversionistas no comparten al 100% (*tantamount expropriation*).

176. Aparte de lo expuesto, nos parece importante realizar el análisis Constitucional (con la Constitución de 1998), misma que en el Art. 271 de la Constitución anterior, servía como estabilidad para que los Inversionistas no se vean afectados por la legislación tributaria.

177. Sin embargo, a pesar de todos los argumentos dados por el Estado el laudo arbitral mandó:

- a) El Tribunal Arbitral se declara con competencia para conocer y resolver el caso.
- b) Devolución del IVA por el monto de US \$ 71'533.649 más intereses por el monto de US \$ 3'541.280 hasta 31 de diciembre de 2003.
- c) Tasa de interés del 2,75% anual sobre el monto consolidado de US \$ 75'074.929 aplicables a partir del 1 de enero de 2004 hasta la fecha del Laudo Arbitral (1 de julio de 2004).
- d) Se ordena pagar US \$ 26.724,40 para liquidar los costos del Tribunal Arbitral.
- e) Se ordena pagar los montos mencionados en b y c) dentro de los 30 días posteriores a la notificación del Laudo Arbitral (12 de julio de 2004), caso contrario se pagará un tasa de interés del 4% anual.
- f) Se rechaza el pago de los daños futuros.

178. Si bien podríamos analizar de forma exhaustiva el laudo, para la finalidad del presente trabajo nos interesa indicar que en este caso el tema tributario fue el centro del arbitraje.

179. La hipótesis que tratamos de demostrar, es que si bien no existe *stare decicis* en arbitraje, éstos tienen una mayor influencia en el comportamiento de los Estados.

180. Se denota con claridad, que el Ecuador aprendió que podía ser demandado en base a los tributos excesivos, en base a un concepto denominado expropiación indirecta. Debido a esto, se generó esta especificación en la legislación local, a

pesar de conocerse que temas de orden público (tributarios entre ellos) no pueden ser sometidos a arbitraje. Sin embargo, varios arbitrajes han tomado en consideración el tema tributario. *Prima Facie*, debido al tema de arbitrabilidad objetiva no sería factible en el tema tributario, actualmente los mandos administrativos conocen esto, por lo que la expropiación indirecta se cuida de manera estrepitosa y la estabilidad tributaria se mantiene. A pesar de lo dicho, existen claros casos en los que el Ecuador ha logrado cambiar las reglas de juego, pero lo ha hecho mediante elementos jurídicos pertinentes. Una de las renegociaciones más exitosas en los últimos años¹³², ha sido con la compañía CONECEL S.A., (compañía telefónica conocida con su nombre comercial CLARO), en la que el sinalagma del contrato inicial cambió drásticamente, mediante acuerdos firmados por ambas partes.

181. Sobre el tema CLARO, consideramos que no es importante profundizar en la negociación. Lo relevante de este caso, es el cambio en la política de gobierno para generar un mayor beneficio económico sin expropiar la compañía y sin generar incumplimientos que nos puedan llevar a un arbitraje.

3.5 Cambio en la Política Ecuatoriana

182. Como se estudió en el acápite anterior, podemos observar un gran cambio en la legislación ecuatoriana. Hemos analizado la Carta magna, legislación tributaria y legislación especializada de inversionistas. Sin embargo, nos parece importante analizar como los cambios de IURA analizados tienen un contenido altamente político jurídico, con respecto a la intención de los países. Por lo expuesto haremos un análisis jurídico político, y posteriormente haremos lo mismo desde un punto de vista fáctico jurídico.

¹³² Al hablar de últimos años, nos referimos posterior al 2008 y los arbitrajes posteriores al intento de la ley 99-1 explicada anteriormente.

3.5.1 Cambio de IURA

183. El cambio de IURA se analizará desde el concepto, mas no desde la ley. Después del análisis conceptual, aterrizaremos dicho concepto al marco jurídico ecuatoriano.

3.5.2 Trato Justo y Equitativo (Fair and equitable treatment)

184. El F&ET¹³³ es un concepto ligado a los Estándares Internacionales en cuanto a lo que Inversión Extranjera respecta; no obstante, esta noción ha tenido un sin número de teorías que dualizan su naturaleza entre ser:

- a. Un estándar no mayor ni adicional al Mínimo Internacional.
- b. Un estándar autónomo, distinto a la Ley y Costumbre Internacional.

185. La primera postura, respaldada por doctrinarios como Dolzer y Stevens¹³⁴ sostiene que el F&ET es un Estándar que refleja Mínimo Internacional¹³⁵, lo que supone que no significa un esfuerzo adicional ni una ventaja otorgada por el país receptor de capital sino por el contrario, es una expectativa razonable dentro del marco del derecho de inversiones internacional. Con el pasar del tiempo y la aplicación de esta teoría se fueron añadiendo distintas alusiones que se pensaron propias del concepto. Nociones como, vigilancia, transparencia, debido proceso, no denegación de justicia y no arbitrariedad se introdujeron, haciendo del concepto de F&ET cada vez más difuso. Debido a que podríamos escribir tratados enteros sobre la difuminación del concepto

¹³³ F&ET: Fair and Equitable Treatment, concepto introducido alrededor del año 1948, en el Havana Charter for an International Trade Organization.

¹³⁴ R. Dolzer & M. Stevens

¹³⁵ “El estándar mínimo internacional para trato de extranjeros afirma que hay ciertos derechos creados por la ley internacional que los Estados deben garantizar a los extranjeros, sin importar la legislación interna. Contraria con la doctrina Calvo en la que se establece que los extranjeros gozan solamente de los mismos derechos que tienen los nacionales.” Detlev Vagts, *Minimum Standard*, Encyclopedia of Public International Law.

recomendamos estudiar la sentencias *Vivendi v. Argentina* (ICSID, 2000). Caso *POPE&TALBOT V. CANADA* y posteriormente apoyó la Comisión de Libre Comercio creada por NAFTA. NAFTA Artículo 1105.1. En estos cuerpos, se denota la gran diferencia de amplitud en el espectro de uso de este concepto.

186. Por otro lado, la segunda postura apoyada por varios tratadistas como Mann y Vascianne, sostiene que el F&ET es un estándar autónomo, que se fija de una manera subjetiva en cada uno de los TBIS por ser el resultado de una historia de negociaciones entre las partes, en las cuales se acordaban los alcances de este estándar internacional de las inversiones que significaba, al contrario de la primera teoría, un esfuerzo adicional por parte del país receptor de capital, basado en la buena fe y la creación de condiciones propicias para atraer la inversión extranjera bajo un marco legal interno, ya sea con rango Constitucional en países como Ecuador o Legal como es el caso de la legislación Chilena. Para ésta corriente el F&ET represente seguridad jurídica para los inversionistas y, al mismo tiempo, un mecanismo de protección del estado para no quedar sometido a los caprichos de su contraparte en caso de una controversia, con la justificación del Estándar Mínimo Internacional y las justas expectativas.

187. Como es evidente, llegar a una aproximación concreta de concepto de F&ET resulta por demás complicado debido a la amplia interpretación que se le ha dado a ésta concepción, a las diversas figuras que se le añadieron con el pasar de los años y en razón de las necesidades de las partes como exponen tratadistas de la categoría de Richard Kreindler. Sin embargo, para efectos de este trabajo la definición de F&ET que se usará es la provista por el tratadista alemán Christoph Schreuer, en la que se considera al F&ET es un estándar autónomo de protección internacional, distinto al

Estándar mínimo internacional provisto por la ley y la costumbre internacional; cuya autonomía discrimina su íntima relación con éstas fuentes vinculantes de derecho internacional pero que, debe ser desarrollado por la legislación interna para buscar la seguridad jurídica necesaria para atraer la inversión extranjera.

188. En el Ecuador se han implementado un cúmulo de figuras jurídicas que podrían llegar a ser interpretadas como la materialización del F&ET. Dichas figuras van desde el rango legal hasta el rango constitucional. Un claro ejemplo es el establecido en el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones COPCI, promulgado en 2010.
189. Así mismo la Constitución de la República del Ecuador establece como derechos fundamentales la igualdad y el trato justo tanto de nacionales como de extranjeros (PONER ART) que se encuentren en territorio nacional. Ciertas jurisdiccionales como la Acción de protección y la acción extraordinaria de protección podrían llegar a ser considerados como un mecanismo de defensa para asegurar el cumplimiento de estos derechos dentro del territorio nacional.
190. En conclusión podemos decir que para el tratadista más respetado en el tema y para el Ecuador es un estándar autónomo adicional a la ley internacional pactado por cada país es sus TBIs, regido por el desarrollo en derecho interno creado en base a las estadísticas de cada país en cuanto a laudos arbitrales favorables y desfavorables. Sin embargo, lo que sí podemos decir con claridad es que alcance que la legislación ecuatoriana y el Prof. Schreuer les dan son muy diferentes.

191. Es decir el derecho administrativo global desarrollado, genera cierta seguridad jurídica (independientemente de que nos guste la interpretación que el Ecuador le da), la cual puede discrepar o no de la intención de ciertos inversionistas, pero genera una conducta clara sobre que es y en que situaciones se puede usar este estándar de protección.

3.5.2.1 Cambio de FACTO (Tratado Unión Europea)

192. Como hemos observado, los lineamientos políticos (posteriores a la Constitución del 2008), parecen ser –en un inicio- claros en contra de las cláusulas de resolución de conflictos. Sin embargo, casi de forma inmediata el concepto cambió a que estas cláusulas se permiten siempre y cuando tengan una sede regional (ejemplo Chile).

193. Sobre si la sede influye, nos parece importante hacer varias aclaraciones. La ley de la silla (lugar donde se lleva el arbitraje) tiene influencia en el mismo, pero muy rara vez (por no decir nunca, que sería lo más apropiado) en el derecho que va a ser materia del incumplimiento contractual. Sin embargo, donde sí tiene una gran influencia es en la acción de anulación del mismo. ¿Podría ser que el Gobierno del Ecuador cree que los juzgados de Chile (o algún país latinoamericano) serán más lineales a sus conveniencias? La respuesta desde nuestro punto de vista es categórica, es un tema más político que práctico/jurídico. En otras palabras, en un arbitraje tanto en Colombia como en Perú o Washington, el árbitro Eduardo Silva Romero o Rudolph Dolzer fallarán de la mismo forma¹³⁶.

¹³⁶ Si bien la afirmación realizada no tiene ningún sustento académico per se, es importante indicar que no se quiere ofender a ningún miembro del sector público que sienta que es diferente, simplemente en la investigación realizada hemos encontrado que los árbitros que dictan laudos en

194. Habiendo establecido que la política regional puede tener poca o nula influencia en el arbitraje, hay que analizar la posibilidad de mantenernos en esta política (asumiendo que el cambio regional tiene una influencia, por mínima que sea). Para realizar este análisis, hemos tomado en cuenta el tratado del Ecuador con la Unión Europea¹³⁷. Dentro del acuerdo¹³⁸, se establece claramente la cláusula de resolución de conflictos, la cual determina claramente que el foro será internacional (no indica que será regional en América del Sur) y que la forma de elección de los árbitros en el artículo 304 del mismo cuerpo que reza:

Lista de árbitros

El Comité de Comercio establecerá en su primera reunión, una lista de 25 30 personas que deseen y puedan ejercer como árbitros. Cada Parte propondrá a cinco personas para que ejerzan de árbitros. Las Partes también seleccionarán de mutuo acuerdo a 10 personas que no sean nacionales de ninguna de las Partes y quienes actuarán como presidente del grupo arbitral.

2. El Comité de Comercio se asegurará de que la lista establecida de conformidad con el párrafo 1 siempre esté completa. En cualquier caso, la lista podrá ser utilizada de conformidad con el artículo 303 aún estando incompleta.

3. Los árbitros tendrán conocimientos especializados o experiencia en derecho, comercio internacional, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales. Serán independientes, imparciales, no tendrán vinculación directa o indirecta con ninguna de las Partes, y no recibirán instrucciones de ninguna de las Partes o de ninguna organización. Los árbitros

el mundo lo hacen en base a una línea de pensamiento y no a un criterio regional. Léase el caso citado *Pantechniki c. Albania*.

¹³⁷ <http://www.elcomercio.com.ec/actualidad/ecuador-adhiere-acuerdo-ue-firmado.html>

¹³⁸ http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152795.pdf

cumplirán con el código de conducta establecido de conformidad con este Título (en adelante, el «Código de Conducta»).

4. El Comité de Comercio establecerá además, listas adicionales de 12 a 15 personas que cuenten con experiencia sectorial en asuntos específicos que abarque el presente Acuerdo. Al efecto, cada Parte propondrá tres personas para que ejerzan como árbitros. Las Partes seleccionarán de mutuo acuerdo tres candidatos para presidente de grupo arbitral que no sean nacionales de ninguna de las Partes. Cada parte en la controversia podrá optar por seleccionar a su árbitro entre los propuestos por cualquiera de las Partes para una lista sectorial. Cuando se recurra al procedimiento de selección establecido en el artículo 303, párrafo 3, el Presidente del Comité de Comercio, o su delegado, podrá usar una lista sectorial por acuerdo de las partes en la controversia.

195. Claramente se denota que el medio de elección de árbitros, lugar del arbitraje y cuerpo normativo que se usa, no representa ningún tipo de beneficio al Ecuador. La pregunta que surge es ¿dónde quedó la política ecuatoriana de retraerse del arbitraje?. La respuesta que hemos encontrado se compone de dos puntos:

196. El primero claramente tiene un índole político, es decir una cortina de humo para generar un sentido de nacionalismo. Sin embargo, este trabajo es jurídico, por lo que este punto no será analizado¹³⁹.

197. El segundo punto tiene un componente jurídico, el cual claramente no se ve modificado con respecto a las cláusulas arbitrales que teníamos anteriormente. Bajo el Tratado de

¹³⁹ A pesar de que el punto no será analizado, es importante indicar que el nombrar este punto ayuda a identificar el motivo por el que se hizo.

la Unión Europea (que es un Tratado Multilateral de Inversión), que las cláusulas arbitrales que teníamos con el convenio CIADI (denunciado).

198. En conclusión parecería ser que el efecto real que tuvo la política ecuatoriana no ha tenido un gran efecto jurídico, ya que cambiar un tratado en base a la soberanía y firmar otro con los mismo efectos, parece ser un poco ineficiente (por decir lo menos – desde el punto de vista jurídico-). Sin embargo, como acción política tuvo efectos importantes¹⁴⁰.

3.5 LA REALIDAD GLOBAL.-

199. Debido al movimiento de capital, las relaciones transnacionales y la gran expansión del comercio, podemos afirmar que actualmente vivimos en un mundo globalizado. En base a esto, vamos a analizar las negociaciones actuales del Ecuador, y cómo dicho campo afecta al marco jurídico nacional.

200. Debido a la extensión del presente trabajo, nos concentramos únicamente en la Unión Europea (analizado de facto en el acápite anterior), y qué instrumentos jurídicos están actualmente en la mesa de negociación para que el Ecuador y la UE puedan llegar a trabajar juntos, obviamente considerando las leyes internas y haciendo énfasis en la Constitución.

¹⁴⁰ El Presidente Rafael Correa, enmarcó a la salida del CIADI como piedra angular para recuperar la soberanía ecuatoriana en su campaña.

201. Las conversaciones con la Unión Europea, se suspendieron en el 2009 y se reanudaron en el 2011¹⁴¹, sin embargo las nuevas negociaciones vinieron en forma de contrato de adhesión, más que de creación¹⁴², lo cual significa que el modelo de cláusula para resolución de controversias no será modificada sustancialmente¹⁴³. La Unión Europea está negociando en bloque y como tal está pidiendo una garantía de seguridad jurídica basándose en procesos arbitrales¹⁴⁴. El modelo de la Unión Europea para el Ecuador dice¹⁴⁵:

¹⁴¹ Léase http://www.elcomercio.com/negocios/Patino-reanudacion-negociacion-Union-Europea_0_634736669.html

¹⁴² Es importante mencionar que el convenio se denominó “CONTENIDO DEL PROTOCOLO DE ADHESION DEL ECUADOR AL ACUERDO MULTIPARTES” pocas personas pueden decir que existió una negociación integral.

¹⁴³ En el presente trabajo sólo haremos alusión a los instrumentos jurídicos relevantes al tema, más no al fondo de los tratados es decir la finalidad de los mismos. Sin embargo, la cláusula arbitral no modifica en esp

¹⁴⁴ http://www.elcomercio.com/negocios/Doble-negociacion-UE_0_668333287.html

¹⁴⁵ 1. — *Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.* 2. — *Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.* 3. — *La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo. o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.* 4. — *En los casos previstos por el párrafo 3 anterior las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.). Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", del 18 de marzo de*

3. — *La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo. o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.*

202. Si bien estos modelos de cláusulas de controversias han sido modificados bajo ciertas circunstancias, su esencia por lo general no cambia. Debido a esto, no creemos que la Unión Europea vaya a cambiar el tipo de contrato de una forma drástica que invalide o anule el presente estudio. Si bien la cláusula arbitral en su totalidad va a cambiar (el ejemplo más claro es la elección de los árbitros), pero la esencia de la cláusula y del espíritu de la ley no cambia.

203. Medios de prensa local, han confirmado que "La Unión Europea (UE) volvió a pedir garantías legales a las inversiones en Ecuador"¹⁴⁶. Estas garantías se basan en cláusulas arbitrales las cuales permitan llevar al Estado ecuatoriano a éste tipo de instancias (instancias de arbitraje internacional) para la solución de controversias, probablemente en materia de inversión, y no comercial.

1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal ad hoc antes citado. 5. — El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional. 6. — La sentencia arbitral será obligatoria y cada Parte la ejecutará de acuerdo con su legislación.

¹⁴⁶ Léase: http://www.elcomercio.com/negocios/Doble-negociacion-UE_0_668333287.html

204. Debido a la gran necesidad y presión social existente, se nos hace extremadamente difícil creer que el Ecuador va a aislarse de estas negociaciones. Siguiendo la presente línea de pensamiento, el Ecuador tendrá que adherirse a estos tratados de forma irremediable (como ya lo ha hecho). La pregunta que surge es ¿cómo puede adherirse a estos tratados de inversión sin violar la constitución? teniendo en mente el artículo 422 mencionado anteriormente, y la respuesta ya la dimos, bajo la interpretación y diferenciación entre inversión y comercio.

205. A modo de conclusión, y posiblemente generando un interrogante más, parecería ser que la política puede migrar de tratados de inversión a contratos de inversión. A pesar de que esta podría ser la solución jurídica que juntaría y complementaría toda la legislación ecuatoriana en la materia, es una presunción del autor de este trabajo y no tiene como base ningún tipo de evidencia sólida investigativa.

CONCLUSIÓN

Es importante recalcar la frase mencionada anteriormente “no existe jurisprudencia obligatoria en arbitrajes Inversionistas – Estados”. Si bien esta frase es cierta, no existe *estare decicis*, parece que el efecto erga omnes (definitivamente no *inter partes*) que puede alcanzar el arbitraje es mucho mayor. A pesar de que se podrían escribir tratados sobre esta hipótesis, únicamente vamos a llegar a las conclusiones relevantes en el Ecuador.

La historia ecuatoriana en arbitraje de inversiones, tiene comienzos por demás nefastos, desde la conocida historia de una funcionaria de la Procuraduría General del Estado que asistió a una audiencia en Washington (el motivo por el que asistió es porque sabía hablar inglés). Esta audiencia fue preliminar para el inicio de un arbitraje CIADI, en el cual la funcionaria pública se encontró con ocho abogados, siendo el abogado principal de la contraparte James Crawford. No vale ahondar más sobre este tema en este momento (o los inmediatos subsiguientes dentro de lo que cabe), porque la idea es clara, no existía el conocimiento ni la experticia para manejar este tipo de casos.

Lo que sí podemos indicar a ciencia cierta, es que los arbitrajes internacionales han influido seriamente en la legislación ecuatoriana y no sólo en esta, sino en el comportamiento del Estado en muchos sentidos. Podemos destacar que el recurso humano de la Procuraduría General del Estado, con respecto a abogados que manejen arbitrajes internacionales, ha mejorado de forma

exponencial. Siguiendo la misma línea, las cláusulas arbitrales son más técnicas¹⁴⁷ y permiten una mejor defensa al Estado, sin dejar de lado la seguridad jurídica del Inversionista. Sin embargo, a pesar de lo ya mencionado –cambio en la legislación, personal humano capacitado -, podemos ver que el cambio es transversal inclusive dentro de la función judicial. Es de público conocimiento un caso de una compañía Petrolera contra el Ecuador, en el que se iniciaron juicios locales, los cuales mantenían una demora de más de 10 años, y posterior a la presentación de una demanda por denegación de justicia –debido a la demora injustificada del tiempo¹⁴⁸ - todos estos juicios fueron despachados en cuestión de semanas (por no decir días) a favor del Ecuador. Actualmente el Procurador General del Estado, y la Jefa del Departamento de Arbitraje Internacional, han manifestado públicamente¹⁴⁹, que “*el Ecuador ha cometido varios errores con respecto a decisiones judiciales que pueden perjudicar al país en instancias internacionales*”, lo cual presenta una consciencia real sobre los arbitrajes internacionales y posibles consecuencias.

Esto ha desembocado en un cambio de comportamiento del Estado. Se puede palpar en los actos administrativos de expropiación actuales, en comparación con la expropiación de hace 15 años. Actualmente el precio justo se motiva en consideraciones técnicas como el “Flujo de Cajas Descontado” o el método “LEVITA”, mientras anteriormente la motivación se basaba únicamente en el interés soberano del Estado, actitud que costó varias indemnizaciones de alta

¹⁴⁷ Se han generado cláusulas arbitrales escalonadas de altísimo nivel jurídico, probablemente el análisis de la cláusula del proyecto CocadoSinClaire, es una de las cláusulas más elaboradas en el mundo.

¹⁴⁸ Según el Prof. Jan Paulsson, la Denegación de Justicia se puede dar por tres motivos, siendo el retardo injustificado uno de ellos. Leer *Denial of Justice*, Jan Paulsson.

¹⁴⁹ Quinta Conferencia de Arbitraje Internacional, realizada en Quito en la cual los dos fueron expositores.

cuantía al Ecuador¹⁵⁰. A pesar de lo dicho, no sólo la evolución de los actos administrativos ha sucedido, sino la política del Estado. Dentro del presente trabajo se ha planteado que los cambios en los actos administrativos del Estado son plausibles, probablemente el ejemplo más claro se ha dado en el sector eléctrico con el PROYECTO HIDROELÉCTRICO APAQUÍ, en el cual el CONELEC (sabiendo que existían instancias arbitrales) generaron un proceso administrativo perfecto de terminación unilateral del contrato, a tal punto que el afectado no presentó recurso arbitral alguno, teniendo una cláusula arbitral válida.

En base a la experiencia del Ecuador, tomando en cuenta la Constitución de 2008 y las nuevas leyes en el tema (explicadas anteriormente como el Código Orgánico de la Producción), las políticas estatales han migrado de los Tratados Bilaterales de Inversión a los contratos de inversión, esto tiene como consecuencia la denuncia del convenio CIADI y una generación de poder de negociación diferente. Probablemente la diferencia entre contratos de Inversión y Tratados de Inversión hay que analizarla desde dos puntos de vista:

El primero se da desde un punto de vista político, es decir que el contrato se firma entre el Estado y un Particular, mientras que el tratado se firma entre Estados. Este punto es altamente interesante desde un punto de vista político internacional. Sin embargo, debido a que el presente trabajo no se centra en Derecho Internacional Público no trataremos este tema, indicando simplemente que el poder de negociación entre Estados es muy diferente que el Poder de negociación entre Estado y Compañía Multinacional.

¹⁵⁰ Revisar caso de expropiación del Parque Metropolitano.

Un segundo punto que consideramos importante, es que el Contrato tiene efectos *interparte*. Si bien el Tratado Bilateral de Inversión, *prima facie*, tiene efectos entre los Estados realmente éstos generan efectos para todos los inversionistas de los países firmantes. Esto claramente genera un espectro mucho más amplio.

Este claro cambio de política puede que se deba a la saga de Occidental y Cheverón Texaco. En el cual la compañía petrolera demandó al Ecuador, en base al Tratado Bilateral de Inversión *a posteriori* de los hechos ocurridos (fecha de inicio de los procesos judiciales) en base a un tratado que los protegía de Denegación de Justicia por ser ciudadanos de Estados Unidos. Es decir, si el Ecuador hubiese firmado contratos de inversión en vez de tratados, esta compañía no hubiese podido demandar al Ecuador por denegación de justicia en un tribunal arbitral.

A modo de conclusión podemos decir, que técnicamente la frase “en el arbitraje no existe jurisprudencia vinculada” es cierta. Sin embargo, este trabajo prueba que en el Ecuador¹⁵¹ los arbitrajes han tenido una gran influencia en la actuación del estado con sus inversionistas y contratistas. Esta influencia va desde un cambio constitucional, cambio del marco legal, cambio de políticas y cambio de actuación del Estado. Este trabajo demuestra que los laudos arbitrales, han generado un efecto *erga omnes* para los Estados, incluyendo al Ecuador de forma indiscutible.

¹⁵¹ Únicamente hemos analizado al Ecuador. Sin embargo, se observa que el convenio NAFTA generó demandas internacionales en contra de Estados Unidos. Posterior a esto, el país exportador de capital por excelencia cambió su Tratado Bilateral de Inversión modelo. Es decir que este fenómeno, no ocurre únicamente en el Ecuador.

REFERENCIAS

Instrumentos Internacionales

Tratado de Bilateral de Inversión entre Ecuador – Estados Unidos

Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador- Venezuela

Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador Canadá

Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador- Francia.

Tratado de Bilateral de Inversión República Checa y Holanda.

Tratado de Bilateral de Inversión entre Francia y Argentina

Tratado de Bilateral de Inversión Ecuador y Rumania

Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969

Convenio CIADI

Tratado Bilateral de Inversión Ecuador- Cuba

Tratado de Bilateral de Inversión entre Ecuador y Rumania

Tratado de Libre Comercio de América del Norte

North America Free Trade Agreement

Informes y Resoluciones

Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Comentarios al artículo 55, “Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por los hechos internacionalmente ilícitos”, Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 10 (A/56/10).

Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. A/CN.4/L.68213 de abril de 2006. Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Fragmentación del Derecho Internacional: Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional. KOSKENNIEMI,

M. 58º período de sesiones Ginebra, 1º de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006

Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. “Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional (prevención de daños transfronterizos causados por actividades peligrosas)”. Preparado por Pemmaraju Sreenivasa Rao, Relator Especial. Repartido en el 51º período de sesiones Ginebra, 3 de mayo a 23 de julio de 1999 A/CN.4/501

Directorate for Financial and Enterprise Affairs. “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”. Working Paper on International Investment Number 2004/3

UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the Mid- 1990’s*. (1998)

UNCTAD. “Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking del 2007”. Publicación Número *UNCTAD/ITE/IIA/2007/3*.

Jurisprudencia de Cortes y Tribunales Internacionales

CASOS CIADI

AgipSpA. v Congo, Award of 30 November 1979. ICSID

ADC Affiliates Limited et al v Hungary, Award of 2 October 2006. ICSID

Amco Asia Corporation c. Indonesia. Laudo CIADI No. ARB/81/8 ,5 de junio 1990.

Azurix Corp. c. República de Argentina, CIADI No. ARB/01/12, Laudo Final, July 14, 2006

CME Czech Republic BV c. República Checa, CIADI, Laudo Final de Daños, 14 de Marzo 2003, 9 ICSID Reports.

CME Czech Republic BV v Czech Republic, Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules, IIC 61 (2001) 13 September 2001

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Decisión Del Comité Ad Hoc Sobre La Solicitud De Anulación De La República Argentina - Septiembre 25, 2007) (ICSID [W. Bank] 2007).

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic. ARB/01/8 (Laudo del Tribunal - Mayo 12, 2005) (ICSID [W. Bank] 2005).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA c. República de Costa Rica. Laudo CIADI. 17 de Febrero 2000. 5 ICSID Reports 157.

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic. ARB/01/3 (Decision on Annulment) (March 07, 2008) (ICSID [W. Bank] 2008).

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic. ARB/01/3 (Laudo)(Mayo 22, 2007) (ICSID [W. Bank] 2007).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic. ARB/02/1 (Laudo) (Julio 25, 2007) (ICSID [W. Bank] 2007).

Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v Egypt. Award of April 2002
MTD Equity Bhd c. Chile (laudo), caso CIADI N° ARB/01/7, 25 de mayo de 2004
MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile (Caso CIADI No. ARB/01/7), Decisión sobre Anulación, 21 de marzo, 2007.

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v The Republic of Albania, Award, ICSID Case No ARB/07/21, 30 July 2009

ROMPETROL GROUP N.V. contra ROMANIA .Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility (ICSID Case No. ARB/06/3).

Rumeli Telekom AS and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS v Kazakhstan, ICSID Case No ARB/05/16; IIC 344 (2008) 21 July 2008.

Sempra Energy International v. Argentine Republic. ARB/02/16 (Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award)(Junio 29, 2010) (ICSID [W. Bank] 2010).

Sempra Energy International v. Argentine Republic. ARB/02/16 (Laudo)(Septiembre 28, 2007) (ICSID [W. Bank] 2007).

Southern Pacific Properties v. Egypy, Award of 20 May 1992.

Total S.A. v. Argentine Republic. ARB/04/1 (Decisión Sobre Responsabilidad) (Diciembre 27, 2010) (ICSID [W. Bank] 2010).

Wena Hotels Ltd c. República Árábica de Egipto. Laudo CIADI,CASO No. ARB/98/4, 8 de Diciembre 2000.

Wena Hotels Ltd c. República Árábica de Egipto. Decisión de Anulación, CIADI,CASO No. ARB/98/4, 5 de febrero 2002.

CASOS IRAN – US

Amco International Finance Corp v Iran, Award of 1987

American Independent Oil Company (Aminoli) c. El Gobierno de Kuwait, Laudo Arbitral. 24 de marzo 1982, 21 ILM 976.

American International Group v Iran. Award of 1983

Aminoli v Kuwait. Award of 24 March 1982

Anaconda-Iran Inc c. Irán, Laudo Final. IRAN-US CTR, 1992.

CASOS UNCITRAL

Chevron-Texaco v. Ecuador Interim Award. Diciembre 1, 2008. UNCITRAL
Saluka Investment BV v Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Partial Award,
March 17, 2006.

Corte Internacional de Justicia

International Court of Justice Gachíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)
(Judgment) LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E
International Inc. v. Argentine Republic. ARB/02/1 (Decisión Sobre
Responsabilidad) (Octubre 3, 2006) (ICSID [W. Bank] 2006).

Doctrina

A Mann. "British Treaties for the promotion and Protection of Investments", 52 The
British Year Book of International Law 241, 244 (1981).

Aust, A. Modern Treaty Law and Practice. Cambridge University Press; Second
Edition, November 5, 2007.

Barnigde, R. "State's Due Diligence Obligation with regard to International Non-
State Terrorist Organizations Post-11 September 2001: the Heavy Burden that
States must bear." Irish Studies in International Affairs, Vol. 16 (2005).

Barnigde, R. The Due Diligence Principle under International Law. Disponible en
<http://ssm.com/abstract=1156773>; Consultado por última vez el 15 de Octubre
de 2009.

Bishop, Doak et. All. Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and
Commentary. Editorial Kluwer Law International.

Brower, C. & Brueschke, J. The Iran- United States Claims Tribunal. Kluwer
International Law. First Edition, the Hague the Netherlands.

- Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. Sixth Edition. Oxford, Oxford University press, 2003.
- C. MCLACHLAN Y L. SHORE, Y M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press, 2007.
- Cheng, B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Grotius Classic Reprint Series. Cambridge University Press; First Edition November 2, 2006.
- Cordero Moss, “Chapter 7 Full Protection and Security”. *Standards of Treatment*, Edited by August Reinisch, OXFORD University Press 2008.
- Crawford, J. *Treaty and Contract in Investment Arbitration*. The 22nd Freshfields Lecture on International Arbitration London, 29 November 2007.
- Dolzer and M. Stevens in *Bilateral Investment Treaties*, ICSID, 1995.
- Dolzer, R and Schreuer, C. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press.
- Gallus, N. “The Influence of the Host State’s Level of Development on International Investment Treaty Standards of Protection”. *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, Issue 5; December 2006. Disponible en www.transnational-dispute-management.com, consultado por última vez 15 Octubre de 2009.
- Jiménez de Aréchaga, E. *Responsabilidad Internacional*. Manual de Derecho Internacional Público. Editado por, Sorensen Max. Fondo De Cultura Económica, México. Quinta Reimpresión, 1994.
- Katia Yannaca-Small. “Chapter 6 Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments”. *Standards of Treatment*, Edited by AUGUST REINISCH, OXFORD University Press 2008.
- Kurtz, J. “Adjudging the Exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis”. Jean Monnet Working Paper 06/08.
- Lammers, J. G., *Pollution of International Watercourses* .La Haya, Martinus Nijhoff, 1984.

- Mendenhall, J. "Fair Treatment of Intellectual Property Rights Under Bilateral Investment Treaties". *Transnational Dispute Management*, Vol. 6. Issue 2, August 2009 Disponible en www.transnational-dispute-management.com, consultado por última vez 30 octubre de 2014.
- Newcombe, A y Paradell, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Published by Kluwer Law International February 28, 2009.
- Parra, A. "Applicable Law in Investor- State Arbitration". *Transnational Dispute Management*, Vol.6, Issue 1, Marzo. 2009, p.5., Disponible en www.transnational-dispute-management.com Consultado por última vez 30 de Noviembre de 2014.
- RIPINSKY, S. *Damages in International Investment Law*. British Institute for International and Comparative Law, London, January 2009.
- Sacerdoti, G., *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, *Recueil des Cours*, Tome 269, 1997.
- Schill, S. & Briese, R. "“If the State Considers”: Self-judging Clauses in International Dispute Settlement". *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume, 13, 2009.
- Schreuer, C. "Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards". Aparece en *Transnational Dispute Management*, Vol.4. Consultado el 18 de enero del 2009 en la página <http://www.transnational-dispute-management.com/>.
- Schreuer. "Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration". *Transnational Dispute Management*, Vol.3, 2006. Consultado el 18 de enero del 2009 en la página <http://www.transnational-dispute-management.com/>.
- Schwebel, S.M. "May Preparatory work be used to correct rather than confirm the “clear” meaning of a treaty provision". *Transnational Dispute Management*. Vol. 2- issue 5, Noviembre de 2005. Disponible en www.transnational-dispute-management.com, revisado por última vez el 2 de diciembre de 2014.
- SHAW, M. *International Law*. Cambridge University Press, Fifth Edition, 2003.

Sinclair, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*. Second Edition, 1984.

Spiermann, O. "Chapter 3 Applicable Law". *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Edited by Muchlinski, P. & Others. Oxford University Press, Nueva York, 2008

Vasciannie, S., *The Fair and Equitable treatment Standard in International Investment Law and Practice*, 70, *The British Year Book of International Law* 104/105, 139-144 (1999).

Villiger, M. *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (1985) Dordrecht: Nijhoff.

ZACHARY, D. *The International Law of Investment Claims*. Cambridge University Press. First Edition, 2009.