

Solución de Controversias en Materia de Inversiones

María Gabriela Jijón Ch.

El arbitraje internacional entre Estados e inversionistas privados sigue siendo un tema polémico, por al gran crecimiento que ha tenido el CIADI y porque existe todavía una tensión entre los intereses privados que guían a los inversionistas frente a los intereses públicos estatales.

I.- La Institución del Arbitraje Internacional

En la situación socio-política en la que vivimos, resulta desafiante buscar y analizar mecanismos alternativos a la justicia ordinaria para la solución de los conflictos que se suscitan dentro del país. Ecuador está atrapado en una de las crisis más graves de la historia. Se ha vulnerado el ordenamiento jurídico, desde su base constitucional; rige una justicia politizada y corrupta que no otorga las garantías básicas de independencia, eficacia y predictibilidad.

Resulta por ello un reto analizar nuevos medios para la solución de conflictos. Entre ellos, el arbitraje que en los últimos tiempos ha cobrado gran relevancia para los Estados, sobre todo como medio para promover inversiones extranjeras que sin lugar a dudas, son muy importantes para las economías de los países en desarrollo como el Ecuador.

Debemos propiciar y promover los medios adecuados para el ingreso de capitales extranjeros bajo un marco legal predecible y transparente que ofrezca seguridad jurídica a dichas inversiones. Por ello he considerado importante realizar un estudio sobre la competencia de uno de los foros internacionales más recurridos en materia de arbitraje de inversiones como es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, conocido como CIADI.

El CIADI nace como una propuesta planteada por el Banco Mundial y se consolida a través del Convenio de Washington en 1965, el cual se conoce como: *El Convenio en Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* que entra en vigor el 14 de octubre de 1966.¹ El CIADI fue creado como una herramienta legítima para atraer capital internacional, ofreciendo al inversionista un foro imparcial alejado de las manipulaciones políticas, para el arreglo de disputas que se puedan generar entre un Estado y un inversionista.

El sometimiento de las disputas ante el CIADI resulta beneficioso para el inversionista si consideramos que de esta forma se asegura que una vez que el Estado se ha sometido al arbitraje, éste no podrá retractarse. Al mismo tiempo es positivo para el Estado, ya que al ofrecer un clima de confianza para los inversionistas y asegurar imparcialidad al momento de resolver los conflictos, incrementa la posibilidad de ingreso de inversiones extranjeras a sus fronteras y evita que el país al cual pertenece el inversionista pueda ejercer protección diplomática² o someta sus controversias a tribunales de otros Estados miembros.³

Los Estados buscan en la actualidad celebrar tratados y convenios que faciliten la relación entre los mismos, estimulando un ambiente cálido para los inversionistas. Así encontramos que los Tratados Bilaterales de Inversiones conocidos como TBI's o por sus siglas en inglés como BIT's, tienen como objetivo otorgar un tratamiento no discriminatorio y seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros, impidiendo que la protección de las inversiones pueda ser arbitrariamente retirada por un Estado de manera unilateral y evitando que la única alternativa posible de resolver una violación a una de las garantías a la inversión, se encuentre en manos de los tribunales internos del país receptor de la inversión. En los últimos años se ha dado un incremento gradual en la suscripción de los TBI's por parte de los Estados.

Los TBI's recogen ciertas protecciones mínimas que permiten crear un espacio de confianza y protección para los inversionistas dentro del territorio de los Estados. Como algunos expertos sostienen:

*Los TBI's se han convertido en una fuente de verdadera protección para los derechos de los inversionistas.*⁴

Del mismo modo benefician al Estado con el flujo de ingresos de capital a su territorio, fortaleciendo sus mecanismos legales y fomentando la seguridad jurídica dentro de su ordenamiento, lo que le permite ser parte de la economía global.

Es interesante observar que en los últimos años el número de casos originados por violaciones o supuestas violaciones a los TBI's presentados ante el CIADI han incrementado notablemente de 5 casos presentados hasta el año 1994 a 160 casos hasta noviembre de 2004. Más de la mitad (92) de las demandas de las que se tiene conocimiento fueron interpuestas en los tres últimos años.⁵ El informe anual del Secretario General Adjunto del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones conocido como CIADI de ese entonces, Antonio Parra, solo en el año 2004 se presentaron 30 casos nuevos, lo cual muestra un incremento del 15% respecto a los casos registrados el año anterior. De igual forma se pudo verificar hasta junio del 2004, 159 casos en total ante el CIADI, provenientes no solo de Tratados Bilaterales de Inversiones, tratados plurilaterales o tratados regionales, sino también de legislaciones internas o cláusulas de inversiones dentro de contratos de inversión. Es importante recalcar que el número de Países Miembros también se incrementó en el 2004 a 140.⁶

II.- La Controversia que ha surgido dentro del Arbitraje Internacional con relación a las Inversiones

La Jurisdicción del Centro y la Competencia por parte de los tribunales del CIADI ha despertado gran interés en los últimos años, sobre todo generando el complicado debate en torno al alcance de la jurisdicción del CIADI con relación al concepto de inversión.

En efecto, pese a que el Art. 25 del Convenio del CIADI recoge los requisitos para que este organismo asuma jurisdicción sobre los litigios en ningún momento define los términos que se encuentran recogidos bajo esta normativa. Un claro ejemplo que se estudiará con detenimiento, es el concepto de "inversión." Su falta de definición ha generado una discusión entre las partes de los procesos arbitrales por su relación con la jurisdicción del CIADI.

II.1.- Razón de Ser de la Disputa

El arbitraje internacional entre los Estados y los inversionistas privados sigue siendo un tema controversial. Esto se debe entre otras cosas, no solo al gran crecimiento que ha tenido el CIADI en los últimos años y la gran cantidad de casos sometidos a este Centro a raíz de la crisis financiera en Argentina sino, principalmente, porque existe todavía una tensión entre los intereses privados que guían a los inversionistas frente a los intereses públicos de los Estados que luchan por defenderse al amparo de la justicia que emana de su soberanía.⁷

La resistencia de los Estados al sometimiento de sus controversias al arbitraje internacional, en parte puede explicarse debido a un proceso de evolución del Estado como actor dentro del derecho internacional. En el Siglo XIX, al ser los Estados considerados los sujetos más importantes dentro del marco del ordenamiento jurídico internacional, no existía una participación directa de los in-

dividuos o personas jurídicas privadas en litigios contra los Estados; debían hacerlo a través de sus Estados de origen. Existían una serie de mecanismos de protección utilizados por los Estados: la protección diplomática, o la responsabilidad del Estado por daños y perjuicios ocasionados a personas o bienes, los cuales se hacían efectivos con el uso de la fuerza.⁸

Las normas de protección diplomática, exigían que se diera un agotamiento previo de los recursos internos, en miras a proteger la soberanía del Estado y tratar de resolver el conflicto dentro de su propio ordenamiento jurídico interno. Si este mecanismo no funcionaba, se permitía solamente al Estado del cual eran parte los afectados, recurrir al derecho internacional.⁹ Sin embargo pese a que todavía existen muchos elementos de este antiguo sistema, el derecho internacional ha sufrido un considerable cambio en los últimos años, en parte gracias al fenómeno de la globalización.¹⁰

Uno de los cambios más significativos, ha sido la importancia que ha adquirido el individuo dentro del escenario jurídico internacional y la posibilidad de que él, por sí mismo, haga valer sus derechos sin tener que hacerlo a través del Estado del cual es parte.

Sin embargo debido a la validación de este nuevo sujeto dentro del contexto internacional, ha surgido una gran discrepancia entre aquellos que dan prioridad a los intereses privados de estos particulares y aquellos que otorgan más valor a los intereses públicos de los Estados. En cada caso y según su ubicación frente al litigio concreto, varían los mecanismos y estrategias utilizados para evadir o forzar el sometimiento de las controversias a la jurisdicción de tribunales del CIADI.

II.1.1.- Perspectiva del Estado

El Estado tiene una tendencia a nacionalizar los contratos suscritos con los inversionistas, tratando de privilegiar su soberanía y así evitar estar sometido a leyes internacionales que en muchas ocasiones resultan ser desconocidas por sus funcionarios y por tanto constituye un terreno peligroso donde transitar. Normalmente, las naciones establecen que la ley aplicable al contrato debe ser la del Estado huésped de la inversión y así cualquier disputa que pueda surgir de tal inversión debe ser resuelta por sus tribunales internos. La filosofía que justifica esta actitud se basa, en que, así como el inversor va a su territorio con el objetivo de hacer dinero y sacar provecho de sus recursos naturales, de la misma forma deben someterse también a las leyes internas del Estado receptor de la inversión, quien podrá ejercer un control más riguroso sobre sus actividades.¹¹

De esta forma, los Estados utilizan una serie de técnicas que es necesario que se expliquen por la importancia que luego tienen al dictaminar la jurisdicción del CIADI en materia de inversiones, como nos comentan algunos autores.

Cremades y Cairns explican que los Estados pueden, en principio, a través de la elección de la jurisdicción, utilizar dos técnicas que se derivan de consideraciones relacionadas con la soberanía de los Estados y de las ba-

ses de la doctrina Calvo,¹² donde se busca resolver las controversias derivadas de inversiones a través de los tribunales internos.

La primera técnica consiste en incluir en los TBI's una cláusula que exija el previo agotamiento de los recursos internos para luego poder recurrir al arbitraje internacional. La aplicación de una cláusula semejante se discute en el caso *Maffezini v. España*¹³, donde el Tribunal consideró que:

*Al incluir esta cláusula en el TBI, España y Argentina, ...quisieron dar a sus respectivos tribunales la oportunidad, dentro del plazo de los 18 meses, de solucionar la controversia antes de que ésta pudiera ser sometida al arbitraje internacional.*¹⁴

Una segunda técnica favorece a los Estados, consiste en establecer una disposición en los TBI's, que instituya el consentimiento previo del Estado receptor para someterse al foro internacional una vez que surja la controversia. El Estado huésped se reserva el derecho a prestar su consentimiento y por tanto a escoger el arbitraje al cual deban someterse las controversias que deriven de la inversión. Como establecen Cremades y Cairns:

*El balance se desplaza a favor del Estado, que tiene un privilegio para arbitrar una controversia de inversión si el inversor elige esta opción, pero no la obligación de hacerlo así.*¹⁵

II.1.2.- Perspectiva del Inversionista

Por el contrario, los inversionistas tratan de llevar los conflictos al plano internacional, presionando para que los Estados se sometan al arbitraje internacional, debido a la imparcialidad tanto jurídica como política que el arbitraje internacional ofrece al momento de resolver la disputa.

La filosofía del inversionista se sustenta en que al llevar capital al Estado huésped, esto conlleva un crecimiento económico que fomenta el desarrollo, la innovación de tecnología, capital, y diversificación para ese Estado. De la misma manera considera que la ley más justa al tratarse de dos legislaciones distintas, es la ley internacional, y que los conflictos deben solucionarse por tribunales independientes y confiables como aquellos constituidos bajo el CIADI.

Para conseguir que los conflictos alcancen la jurisdicción del CIADI, los inversionistas utilizan estrategias y argumentos que pasamos a analizar. La primera es conseguir, a través de su propio Estado, que los TBI's otorguen la mayor amplitud posible al sometimiento de las disputas que surjan de una inversión.

Esto se logra gracias a la "oferta abierta" que los Estados otorgan al momento de suscribir los TBI's. Sobre esta oferta de arbitraje, en el caso *Lanco International Inc v. República de Argentina*,¹⁶ el Tribunal expresó:

*El consentimiento para arbitrar en el TBI constituía una oferta abierta a los inversores. Esta oferta era aceptada por el inversor al indicar por escrito su elección del arbitraje como forma de resolución de controversias.*¹⁷

Por otro lado encontramos que los inversionistas hacen uso de las llamadas "cláusulas paraguas"¹⁸ de los TBI's. Estas cláusulas consisten en disposiciones que obligan al Estado huésped a respetar cualquier acuerdo

respecto a inversiones que se encuentre enmarcado dentro del TBI. De esta forma el momento en que dicho Estado incumple un contrato de inversión este se equipara a un incumplimiento de un tratado, como es un TBI.

La discusión sobre la jurisdicción del CIADI no es puramente jurídica, sino que existen razones de carácter político e intereses de los Estados e inversionistas que fomentan esa discusión. La falta de claridad de las normas jurídicas aplicables: el propio Convenio, los TBI's, los Contratos de Inversión y las decisiones de los Tribunales Arbitrales, complican aún más el panorama.

II.2.- Manejo del Concepto de Inversión por las Partes con el Objetivo de Forzar o Evadir la Jurisdicción del CIADI

Uno de los puntos centrales de estas discusiones es el concepto de inversión y la necesidad o no, de definir de manera clara y categórica este término para conseguir mayor consenso de los tribunales arbitrales. Pasemos a analizar el tema.

Frente al término inversión se ha suscitado una controversia a lo largo de los años respecto a si se debe o no precisar dicho término debido a que el Convenio del CIADI no ofrece definición alguna. Surge una discusión entre aquellos autores que se inclinan por el criterio objetivo y sostienen que se debe delimitar dicho concepto, mientras que hay otros autores que apoyan el criterio consensual y consideran que se debe dejar a las partes que estas definan el concepto de inversión dentro de los TBI's. Con el objetivo de tener mayor precisión sobre estas dos posiciones, he considerado importante detenerme en los argumentos en que se apoyan cada una de ellas.

La decisión del Convenio de no definir inversión, sostienen algunos tratadistas, se debe a que este concepto debe adecuarse a las diferentes exigencias que se imponen día a día, y por ende debe definirse en términos extensos dentro de los TBI's u otros instrumentos internacionales. De tal manera el concepto de inversión evolucionará paralelamente a las actividades realizadas por los inversionistas dentro de los Estados extranjeros. Así, en un comienzo, explica Delaume, la inversión extranjera se caracterizaba por ser directa y consistía entre otras cosas en las concesiones, joint ventures y préstamos internacionales. A medida que pasaron los años, las inversiones se transformaron en acoplamientos a nuevas participaciones de carácter indirecto, como es la transferencia del know-how, leasing internacional, contratos de servicios, entre otros.¹⁹

Por el contrario, existen autores que sostienen que es necesario definir el concepto de inversión ya que una definición amplia, como consta en la mayoría de TBI's, conduce a fallos contradictorios dentro de los propios tribunales del CIADI, respecto a considerarse competentes o no en cada caso, lo que muestra una clara inconsistencia con el propósito del propio Convenio.

Es importante recalcar que la tesis del Estado Ecuatoriano se inclina por el criterio objetivo, sosteniendo que:

El término inversión tiene, en el Art. 25 del Convenio CIADI, un significado objetivo, que debe ser respetado

cuando, de establecer la jurisdicción del CIADI, se trata. Además consideran que si bien es cierto que la jurisprudencia, ante la ausencia de una definición, se ha inclinado por dar al término inversión una interpretación extensiva, sin embargo piensan que por más amplia que sea la extensión, no puede llegar al extremo de forzar el sentido o de exceder el razonable ámbito significativo del propio término.²⁰

Sin embargo, luego de un arduo intento de la Comisión Redactora del Convenio CIADI por delimitar este concepto, se llegó a la conclusión que todas las definiciones eran vagas e imprecisas y que por lo tanto era mejor dejar en manos de las partes esta delimitación. El Reporte de los Directores Ejecutivos dijo:

*Ningún intento fue realizado por definir el término inversión, dados los elementos esenciales de consenso por las partes, y el mecanismo a través de los cuales los Estados Contratantes pueden de manera anticipada, hacer conocer que consideran someter al Centro al Art. 25.4.*²¹

III.- Acerca de la Legalización y su Aplicación dentro del Contexto Socio-Político del Ecuador

Frente a esta ausencia de definición del término "inversión dentro del Convenio, los tribunales del CIADI se han visto ante la problemática de resolver en cada caso si existe o no inversión, con el objetivo de poder declararse competentes para resolver el mismo.

El concepto de inversión tiene un alcance amplio dentro de los márgenes del CIADI, siendo los propios Estados quienes delimitan este campo, generalmente a través de los TBI's. Sin embargo, se ha considerado de manera general a la inversión, como:

*A la casi totalidad de transacciones internacionales conocidas, aunque necesariamente escapan del conocimiento de esta institución, disputas puramente políticas, económicas y comerciales, como, por ejemplo, la simple venta de bienes.*²²

En el caso de Ecuador los TBI's ratificados por éste, conservan el mismo lineamiento en la definición de inversión. Todos mantienen una definición abierta de "inversión" encontrando frases como: *comprende toda clase de bienes, en especial...*, *incluye en particular, pero no exclusivamente...* o *finalmente inversión significa todo tipo de inversión tales como...*, seguido por una lista ejemplificativa de activos, derechos e intereses.

Como comenta Dolzer y Stevens:

*El resultado al que se llega es una definición muy amplia de inversión con arreglo a la cual, todo aquello que tenga valor económico, prácticamente sin limitación..., puede ser protegido por el TBI, lo que asegura una flexibilidad máxima en la aplicación de los TBI.*²³

Así pese a que los parámetros para calificar inversión son bastante bastos, no podemos desnaturalizar el concepto de inversión. Este criterio ha sido reiterado por la doctrina internacional²⁴ y recogido en varios fallos del CIADI²⁵, donde tanto los tribunales que se declararon competentes como los que desecharon el caso por falta de

jurisdicción, reconocen el contenido objetivo del término "inversión".²⁶

Un caso reciente que aborda esta discusión dentro de la jurisprudencia del CIADI es *Baylinder v. Pakistán*. El Tribunal se remite a fallos anteriores del CIADI, donde se analiza si existe o no una inversión en base al Art. 25 del Convenio del CIADI. Así los árbitros citan el caso *Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela*, donde la disputa surge de la construcción de una autopista. El Tribunal en este último caso mencionado dijo:

*La construcción de una carretera implica comprometer los recursos trascendentales durante período prolongados, lo cual claramente califica como inversión en base al Art. 25 del Convenio del CIADI.*²⁷

Es interesante mencionar que en este último caso el Tribunal dijo, que si bien el espíritu mismo del Convenio no quería dar una definición para este término, y prefirieron otorgar amplias facultades a las partes para que éstas proporcionaran una definición, esto se debía hacer siempre que los criterios convenidos entre las mismas fueren razonables y no contradijeren los fines del propio Convenio.

En referencia a lo anterior, el Tribunal cita las palabras del Consejero Jurídico del Banco Mundial en 1963, y la persona quien presidió las reuniones consultivas para el anteproyecto del Convenio, el Dr. Aaron Broches, quien dijo:

*Al final, el esfuerzo por divisar una definición generalmente aceptada para el término inversión fue rechazado debido al elemento esencial del consentimiento de las partes. Considero que esta fue una decisión sabia, relacionada por completo con el carácter consensual que tiene el Convenio, que deja un gran margen de discreción para las partes. Sin embargo es importante mencionar, como ya he mencionado en otra ocasión, que esta discreción no puede ser ilimitada y no puede ser ejercitada hasta el punto de ser completamente inconsistente con el propósito del Convenio.*²⁸

De igual manera en el caso *Baylinder v. Pakistán* el Tribunal se remite al caso *Salini Construttori v. Marruecos*²⁹ donde se consideró que el término inversión presupone la existencia de ciertos elementos recogidos por Tribunales, tanto en el caso *Fedax v. Venezuela* como también en *Joy Mining v. Egipto*.³⁰ Paso a referirme a esos elementos:

1.- Tiempo

El elemento tiempo, como menciona el Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* es justamente el parámetro que permite diferenciar a una inversión de una simple transacción comercial. El Tribunal en el caso *Fedax v. Venezuela* dijo:

Los préstamos de largo plazo, precisamente contrapuestos a las operaciones comerciales de poca duración, fueron incluidos en el concepto de inversión en los orígenes del Convenio.

*Esto se puede ver claramente en el primer borrador del Convenio en el que se dice: Inversión significa cualquier contribución de dinero o de otras acciones de valor económico por un período indefinido o si el período es definido por no menos de cinco años.*³¹

2.- Aporte substancial del inversor para el Estado Receptor

El aporte puede ser de conocimiento, de equipo, de personal o de carácter económico.³²

3.- Riesgo

El Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* dijo que el elemento riesgo puede ser medido en función, de que al tratarse de un contrato de largo tiempo, donde el costo total no puede ser establecido con anticipación, se crea un factor de riesgo para el proyecto que se quiere llevar a cabo.³³

4.- Regularidad de Beneficio y Rendimiento del Proyecto llevado a cabo por el Inversor.

Se refiere a un ingreso periódico cuantitativo periódico obtenido del proyecto que está ejecutando el inversor. En el caso *Joy Mining v. Egipto*, el Tribunal consideró que no existía una regularidad de beneficio y rendimiento considerando que el pago del precio fue hecho en su totalidad en una etapa anterior a la ejecución del proyecto minero.³⁴

5.- El proyecto debe significar un desarrollo para el Estado Receptor.

Este elemento se encuentra recogido en el preámbulo del Convenio así como en el Reporte de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial. Este desarrollo puede ser medido en términos de desarrollo global económico, tecnológico y en general de cualquier tipo para la nación, sin embargo este debe ser tomado en cuenta en razón de la totalidad del proyecto y no de una simple fracción del mismo.³⁵

En cuanto a la extensión de estos parámetros, como bien mencionan los Tribunales, estos deberán ser analizados dependiendo de cada caso en concreto.³⁶ El Tribunal en el caso *Baylinder v. Pakistán* dijo:

*Estos elementos pueden ser muy relacionados entre ellos, y deben ser examinados en su totalidad, y normalmente dependerán de las circunstancias de cada caso.*³⁷

Así encontramos que el análisis de los fallos de los Tribunales del CIADI, antes mencionados, respecto al término inversión muestra claramente la tendencia por considerar que pese a no existir una definición del Convenio, y dejar que sean las partes las que delimiten el concepto dentro de los TBI's con la amplitud que estimen conveniente, no se puede negar que dicho término evidentemente tenga un contenido objetivo establecido por el Art. 25 del Convenio, delimitado por ciertos parámetros que permiten caracterizar a una inversión de manera general.

Pese a que es evidente que existe un gran progreso del arbitraje internacional; sin embargo en el Ecuador todavía nos queda un largo camino por recorrer. Debemos estar conscientes que el arbitraje es más que un mecanismo adecuado para descongestionar el trabajo de los despachos judiciales internos. El arbitraje es un mecanismo que se adecua a las exigencias de la globalización y de la comunidad internacional.

El éxito del arbitraje, por tanto, está ligado a la apertura que tengamos frente a los cambios y a nuestra preparación para poder asumir su desafío. El acceso a los mercados y el crecimiento del Ecuador, depende en gran parte del flujo de capital que exista dentro de nuestras fronteras, pero esto solo podrá darse si contamos con un ordenamiento jurídico fortalecido y eficiente que ofrezca seguridad jurídica y un ambiente propicio al crecimiento económico de la nación.

Resulta necesario ofrecer a los inversionistas un foro adecuado para la resolución de las disputas que surjan de inversiones en el Ecuador. El sistema arbitral del CIADI ofrece una alternativa válida que brinda seguridad jurídica³⁸ e imparcialidad³⁹ para el inversionista al momento de encontrarse frente a una controversia con el Estado ecuatoriano.

Así comparto al igual que muchos doctrinarios y árbitros internacionales que los cinco parámetros antes mencionado, bajo los que considero se puede delimitar el término "inversión" son los que se encuentran recogidos en la doctrina⁴⁰ y en la jurisprudencia del CIADI⁴¹. El fundamento de estos parámetros lo encontramos en el marco de los propios TBI's.⁴² y en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.⁴³

Estos parámetros permiten diferenciar a una simple transacción comercial de una inversión.

Para finalizar quisiera invitar a todos a reflexionar en la importancia que tiene trabajar y encaminarnos hacia la internacionalización del derecho. Para ello debemos estar conscientes de las exigencias que se nos impone dentro de un mundo globalizado como el nuestro. Exigencias que implican modificar y actualizar nuestra normativa legal interna en miras de ofrecer un clima de seguridad jurídica para los inversionistas extranjeros que al traer capital dentro de nuestras fronteras, fomentan el crecimiento y el desarrollo económico de la nación.

Notas

- 1 Tawil, Guido Santiago. "Conferencia: El Arbitraje entre Inversores y los Estados. Tratados Bilaterales: Principales Características y Cuestiones Actuales". Quito, Ecuador: Seminario Arbitraje Comercial Internacional. 11 de marzo de 2005. Pág. 76.
- 2 Art. 27, numeral 1 del Convenio de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. 14 de octubre de 1966.
- 3 Cantuarias Salaverry, Fernando. "Condiciones para acceder al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)." Revista Iberoamericana de Arbitraje. 5 de marzo de 2004.
- 4 Sauvart, K and Weber, J. Occasional Note: "International Investment Dispute on the Rise." 29 November 2004. UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2004/2. Pág.6 (Traducción no Oficial.)
- 5 Informe Anual del CIADI del 1 de julio de 2002 al 30 de junio 2003 del Secretario General, Antonio R. Parra. Informe Anual del 1 de julio de 2003 a 30 de junio del 2004. del Secretario General, Roberto Dañino. Tomado de: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/1998art/2004>. (Traducción no Oficial. El presente documento se presenta en la fecha antes indicada debido a los retrasos en la verificación de los datos que en él figuran.

Notas

- 6 Broches, A. "Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investments Disputes." Schulz, J & Van Den Berg. "The Art of Arbitration: liber amicorum Pieter Sanders." 1982, p.63. Tomado de Blackaby, Nigel. "El arbitraje según los tratados bilaterales de inversiones y tratados de libre comercio en América Latina." Revista Internacional de Arbitraje. Enero-Julio 2004. Pág. 24.
- 7 Silva Romero, Eduardo. "The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties. Observation on the Applicable Law in State Contract Arbitration." ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 15/No. 2. Fall 2004. Pág. 80. (Traducción no Oficial).
- 8 Vives Chillán, Julio. A. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Madrid: Mc. Graw Hill, 1998. págs. 1-5.
- 9 *Ibidem.* págs. 1-5.
- 170 La globalización es el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económica y política que les dan un carácter global. Así, los modos de producción y de movimientos de capital se configuran a escala planetaria, mientras los gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado la sociedad en red. Tomado de: Enciclopedia Wikipedia. La Enciclopedia Libre. 20 de mayo de 2001. Disponibilidad: <http://es.wikipedia.org/wiki/wikipedia>.
- 11 Silva Romero, Eduardo. "The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties. Observation on the Applicable Law in State Contract Arbitration." Pág. 80-81.
- 12 Denominada "la Doctrina Calvo", ya que el principal exponente de esta tendencia fue el internacionalista argentino Carlos Calvo, y que sostenía que los nacionales y los extranjeros debían tener los mismos derechos y ambos, en casos de controversia, estar sometidos a las cortes locales. Su objetivo era limitar la intervención de los Estados de origen de los extranjeros. Notas de cátedra de Solución de Controversias en Materia de Comercio e Inversiones y entrevistas a lo largo de la realización del presente trabajo con el Profesor Alvaro Galindo, Universidad San Francisco de Quito, verano de 2005.
- 13 Maffezini v. España. (Case No. ARB/97/7.)
- 14 *Ibidem.* párr. 24-37. Tomado de Cremades, Bernardo y Cairns, David. "Disputes Arising out of a Foreign Direct Investment in Latin America: A New Look at the Calvo Doctrine and Other Jurisdictional Issues." Exempler provided in the Conference of International Commercial Arbitration in Latin America. New York: March 12, 2004. Pág. 92-104.
- 15 Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. Cit. Pág. 101.
- 16 Lanco International Inc v. República Argentina. (Caso No ARB/97/6)
17. *Ibidem.* Tomado de: Cremades, Bernardo y Cairns, A. Op. cit. Pág. 98-103.
- 18 Cláusulas de estabilización de los contratos.
- 19 Delaume, Georges. Experience with ICSID. En: AKSEN, Gerold & Robert B. Von Mehren. International Arbitration between Private Parties and Governments, Comparative Law and Practice Course Handbook Series, No. 399, U.S.A., 1982 Pág. 230. Tomado de Cantuarias Salaverri, Fernando. Op. Cit.
- 20 Dr. Alberto Wray, Dr. Ernesto Albán Ricaurte. Entrevista personal. 5 de octubre de 2005. Abogados que se encuentran actualmente defendiendo al Estado ecuatoriano en el caso MCI Power Group L.C. y New Turbine INC v. República del Ecuador. Caso todavía no resuelto por los Tribunales del CIADI.
- 21 History of the ICSID Convention. Volumen II-1 Washington: ICSID Publication, 1968(original) and reprinted in 2001." Pág. 22. (Traducción no Oficial).
- 22 United Nations Conference on Trade and Development. "Course on Dispute Settlement: International Center for Settlement of Investment Disputes." Disponible en: www.unctad.org/en/docs. págs. 17. Tomado de: *Ibidem.*
- 23 Dolzer & Stevens. "Bilateral Investment Treaty." La Haya: 1995. Pág. 25-31. Tomado de Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op.cit. págs. 84.
24. Schreuer, Christoph H. "Foreign Investment Law Journal: Commentary on the ICSID Convention: Article 25." Vol. 11No.2 ICISD Review. United States: Fall 1996. Pág. 355-358. (Traducción no Oficial.)
- 25 Caso Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt. (Caso No. ARB/03/11) y Caso Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco. (Caso No. ARB/00/4), Caso IBM v. República del Ecuador (Caso No. ARB/02/10) Autopista Concesionaria de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela. (Caso No. ARB/00/5.) Fedax v. Venezuela. (Caso No. ARB/96/3, 1996). Baylinder Instar Turizm Ticarey ve Sanayi v. la República Islámica de Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29)
26. Como bien se menciona en el caso Joy Mining v. Egipto: El Tribunal está consiente que sino se hace una diferenciación entre un contrato ordinario de compra y venta, por más complejo que este sea, respecto de una inversión, se daría el resultado de que. todo contrato de compra y venta donde interviniera un agente del Estado podría considerarse una inversión. (Joy Mining v. Egipto. (Caso No. ARB/03/11) párr.58.

Notas

- 27 Baylinder Instar Turizm Ticarey ve Sanayi v. la República Islámica de Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29) (Traducción no Oficial.)
- 28 Ibidem. párr. 101
- 29 En este último caso mencionado, el Tribunal determinó que los derechos contractuales del demandante constituían una inversión sobre la base del Art. 25 del Convenio ya que dijo: "una inversión implica aportaciones, una cierta duración del contrato y una participación en los riesgos de la transacción (...) y (...) la aportación al desarrollo económico del Estado receptor." (Salini Costruttori v. Marruecos, párr. 52) Existía una contribución para el Estado receptor, considerando que se había aportado la construcción de una carretera en condiciones adecuadas. Concurría riesgo para el inversionista desde el punto de vista legal en cuanto a los contratos administrativos, donde el Estado Marrueco tenía el poder para dar por finalizando el contrato o modificar el mismo sin ningún tipo de ajuste de precios. (Salini Costruttori v. Marruecos, párr. 53-58)
- 30 El Tribunal en el caso Joy Mining v. Egipto dijo: "Las partes en una disputa no pueden, por contrato o por tratado, definir como inversión, para efectos de la jurisdicción del CIA-DI, algo que no satisfaga los requerimientos objetivos del Art. 25 de la Convención. De otra forma el artículo 25 y su sustento en el concepto de inversión, aunque no se haya definido específicamente, se tornarían en una provisión sin sentido." (párr. 50) Agregando que: "Las cinco características de una inversión que se citan a continuación han sido identificadas y aprobadas en términos similares aunque no idénticos por varios comentaristas y en un laudo reciente: (i) Una inversión tiene una cierta duración; (ii) Una inversión incluye una cierta regularidad de beneficio y rendimiento; (iii) Una inversión típica implica un elemento de riesgo para ambas partes; (iv) Una inversión normalmente implica un compromiso o aportación substanciales; (v) Una inversión deberá ser importante para el desarrollo del Estado receptor." Sin embargo esta última característica, como menciona Schreuer, no es un elemento general de todas las inversiones. (Schreuer, Christoph. Op. cit. párr. 119-124. Tomado de: Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. cit. Pág. 84-85. (Traducción no Oficial).
- 31 Fedax v. Venezuela. (Caso No. ARB/ 96/3) párr. 23. (Traducción no Oficial)
- 32 Baylinder v. Pakistán (Caso No. ARB/ 03/ 29) párr. 131. (Traducción no Oficial.)
- 33 Ibidem. párr. 136. (Traducción no Oficial.)
- 34 Joy Mining v. Egipto. (Caso No. ARB/ 03/11) párr. 57. (Traducción no Oficial.)
- 35 El Tribunal dijo: "El total del precio y las garantías bancaria es relativamente substancial, y es probablemente una contribución para el desarrollo de la operación minera, sin embargo representa tan solo un pequeño porcentaje de la totalidad del proyecto." (Joy Mining v. Egipto. Parr. 57)
- 36 Joy Mining v. Egipto. (Caso No. ARB/ 03/11) párr. 53. (Traducción no Oficial.)
- 37 Baylinder v. Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29) párr. 130. (Traducción no Oficial.)
- 38 Principio de seguridad jurídica se encuentra amparado en el Art. 23, numeral 26 de la Constitución Política del Ecuador, R.O. 11 de agosto de 1998.
- 39 El principio de neutralidad dentro del arbitraje internacional se encuentra recogido en el Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 145 de 4 de septiembre de 1997, el cual dice: "... Toda persona neutral o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero."
- 40 Schreuer, Christoph. Op. cit. pág. 140. y Cremades, Bernardo y Cairns, David. Op. cit. 84-85. (Traducción no Oficial). Es importante decir que el autor establece que estas características no deben ser vistas como requerimientos jurídicos sino como características típicas bajo el marco del Convenio. (Schreuer, pág. 140)
- 41 Caso Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt. (Caso No. ARB/03/11) y Caso Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco. (Caso No. ARB/00/4), Caso IBM v. República del Ecuador (Caso No. ARB/02/10) Autopista Concesionaria de Venezuela C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela. (Caso No. ARB/00/5.) Fedax v. Venezuela. (Caso No. ARB/96,3, 1996). Baylinder Instar Turizm Ticarey ve Sanayi v. la República Islámica de Pakistán. (Caso No. ARB/ 03/ 29)
- 42 Art. 9.2 del TBI entre Estados Unidos y Ecuador: "El presente Tratado no impedirá que cualquiera de las partes prescriba trámites especiales con respecto al establecimiento de inversiones, pero dichos trámites no menoscabarán la esencia de cualquiera de los derechos que se enuncian en el presente Tratado."
- 43 Art. 27 de la Convención de Viena de los Tratados, mayo de 1969, :Principio del Derecho Interno y la Observancia de los Tratados: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado."