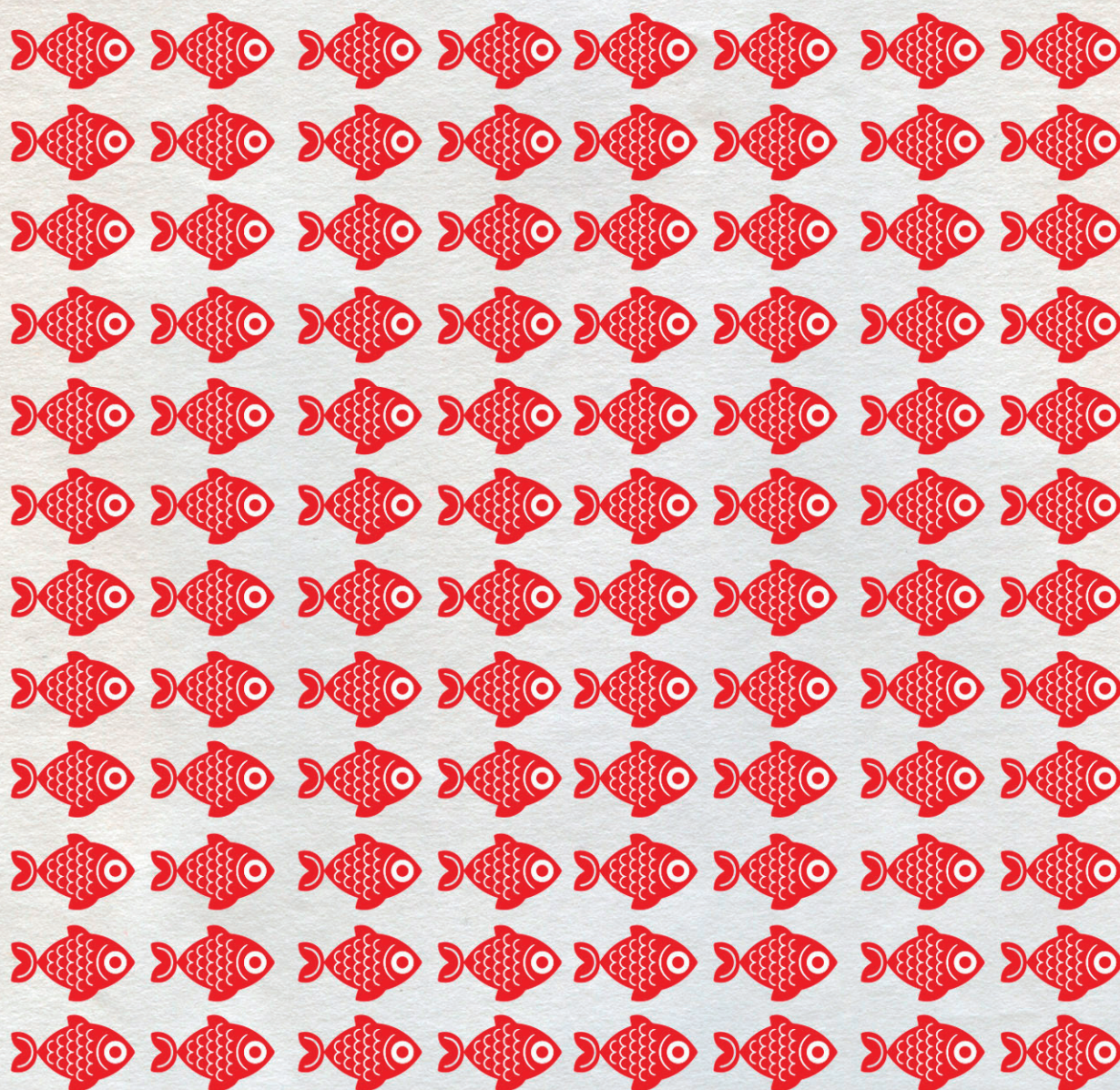


LA EXPERIENCIA DE LA CAITISA Y LA VERDADERA “ÉTICA DE LA RESPONSABILIDAD”

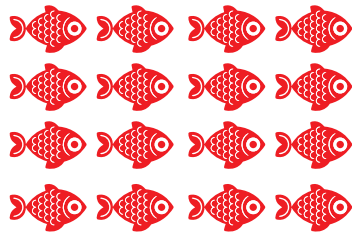
DOCUMENTO DE TRABAJO

6



REDES AT URUGUAY

2016



La experiencia de la CAITISA y la verdadera “ética de la responsabilidad”¹

:: Introducción

En mayo de 2013 el Presidente Rafael Correa dicta el decreto 1506 por el cual se crea *la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones*, CAITISA, con el objetivo de estudiar la legitimidad del conjunto de obligaciones que emanan de los tratados, la legalidad de los mismos y el impacto de su implementación en el desarrollo nacional. La decisión de auditar la política de atracción de inversiones vía tratados bilaterales de inversiones (en adelante, TBI) parte de importantes definiciones políticas establecidas por el gobierno: la inversión extranjera debe estar sujeta a las directrices en materia de desarrollo nacional contempladas en el Plan Nacional de Desarrollo; la integralidad de la soberanía nacional y la prohibición constitucional de la celebración de instrumentos internacionales que cedan soberanía a partir de cláusulas de solución de controversias con privados y el respeto al derecho a la participación de ciudadanas y ciudadanos en los asuntos de interés público, en el control popular de las instituciones del Estado en un proceso de construcción de poder ciudadano.

La CAITISA se conformó con tres tipos de miembros: representantes de los ministerios públicos, expertos internacionales y representantes de la sociedad civil de varios países. Hasta su renuncia, en noviembre de 2014, el político colombiano Carlos Gaviria presidió la Comisión.

Ecuador es el tercer país de América Latina que más demandas ha tenido que enfrentar en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Los juicios en contra del Estado ecuatoriano le han valido una cuantiosa suma de dinero en indemnizaciones y costos a pagar. Como si esto fuera poco, las empresas transnacionales, que invierten en su enorme mayoría en el sector primario extractivo, dejan tras de sí un inconmensurable pasivo ambiental, representado en el desastre ocasionado por Chevron – Texaco en la amazonia ecuatoriana.

En este marco el gobierno de Rafael Correa construye una visión crítica del esquema internacional de tratamiento a las inversiones. En 2009 denuncia el convenio de Ecuador con el CIADI y cuatro años después crea la comisión con el fin de revisar la política histórica en materia de inversiones.

Paradójicamente, al mismo tiempo que crea la CAITISA el Presidente Correa decide el reinicio de las conversaciones con la Unión Europea (UE) para la firma de un acuerdo de libre comercio. En los hechos, este proceso resulto en la adhesión por parte de Ecuador al acuerdo de libre comercio ya firmado por la UE con Perú y Colombia. El acuerdo, que entró en vigor en noviembre de 2016, es un fuerte paso atrás en el incipiente camino emprendido por el gobierno de Ecuador en el enfrentamiento a la arquitectura institucional del capitalismo para favorecer el poder de las empresas transnacionales².

Esta situación provocó la ya referida renuncia a la presidencia de la Comisión por parte de Gaviria. Además el viraje del Gobierno se expresó en la decisión de no publicar los resultados del trabajo de la CAITISA, cuyas conclusiones y recomendaciones abren el camino para avanzar en la revisión del esquema impuesto por el neoliberalismo y construir nuevos instrumentos sobre bases alternativas.

La política de libre inversión en la mira: conclusiones y recomendaciones de la CAITISA.

El extenso informe realizado por la Comisión sintetiza los dos años y ocho meses de trabajo en un exhaustivo recorrido analítico que atiende a diversas dinámicas relacionadas con la vinculación del Ecuador al esquema internacional de obligaciones en materia de inversiones.

El trabajo de la Comisión se organizó en tres conjuntos temáticos. En primer lugar, se presenta el análisis de los TBI firmados por Ecuador y su compatibilidad con el proyecto de desarrollo nacional delineado por el gobierno nacional. En segundo lugar, el informe trabaja sobre la experiencia de Ecuador ante sistema de arbitraje internacional inversionista-Estado para desentrañar sus aspectos más negativos en término de soberanía nacional. Finalmente, se contrasta el impacto de la política de libre inversión sobre el desarrollo nacional desde una concepción de compleja multidimensionalidad.

El trabajo de la Comisión finaliza con una serie de conclusiones que dan pie a diversas recomendaciones de política. A continuación presentaremos los principales elementos de este trabajo.

A) LA POLÍTICA DE ATRACCIÓN DE INVERSIONES DE ECUADOR: ¿MESA DE OFERTAS PARA LOS INVERSIONISTAS A COSTA DE LA SOBERANÍA NACIONAL?

Situación del esquema de tratamiento a las inversiones en Ecuador:

Como se ha mencionado, el clima de pensamiento político dominante en la década del noventa es el marco en el cual se delinea el esquema de atracción y tratamiento a las inversiones en América Latina en general y Ecuador en particular. Entre 1992 y 1999 se negocian el 69% de los acuerdos suscritos por parte de Ecuador. También en esa década se producen fuertes cambios en la legislación nacional con el objetivo de adecuar el esquema (des) regulatorio a los compromisos internacionales asumidos en el marco de los TBI.

Los cambios en la legislación interna se centraron en la apertura a la inversión extranjera directa consolidando las obligaciones en materia de trato nacional, libertad de transferencia de capitales y eliminación de los requisitos de desempeño. Por otro lado se observa una fuerte iniciativa pro privatizadora a partir de la *Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada* que permite la apertura a la operación por parte de privados de los servicios públicos, promoviendo la reducción del aparato estatal. En ese marco se aprueba la reforma a la Ley de Hidrocarburos que habilita la plena operación por parte de privados en un sector de interés estratégico para el desarrollo nacional. También se producen cambios en la dirección de liberalizar el mercado financiero y compromisos en materia de estabilidad tributaria restringiendo la discrecionalidad del Estado en la implementación de la política fiscal.

En lo que se refiere a su inserción en compromisos internacionales, Ecuador acompaña la determinación por la modificación de las Decisiones 24 (1970) y 220 (1987) de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) que preveían la instrumentación de límites a las inversiones extranjeras en función de los intereses nacionales y resguardos en su radicación en la explotación de recursos naturales. En su lugar se implementa la Decisión 291 (1991) funcional al nuevo esquema de apertura.

Por otro lado, entre 1968 y 2002 Ecuador suscribe 30 TBI de los cuales 26 entraron en vigor³. Nueve de los veintiséis TBI vigentes se denunciaron por vía diplomática, de acuerdo con las reglas de la Constitución de 1998 (de estos, seis mantienen vigencia por aplicación de la cláusula de remanencia) y diecisiete se denunciaron bajo las reglas de la Constitución de 2008 (de estos todos mantienen su vigencia, sea por aplicación de la cláusula de remanencia como es el caso del TBI con Finlandia, o bien porque el proceso de denuncia no se ha concluido). En total y a pesar del proceso de denuncia, actualmente se encuentran vigentes 23 TBI.

Tabla 1. Detalle y estado de situación de los TBI firmados por Ecuador

CONTRAPARTE	FIRMA	INICIO Y ESTADO DEL PROCESO DE DENUNCIA ⁴	VIGENCIA	CLAUSULA DE ULTRACTIVIDAD
Suiza	1969	2010. Inconcluso.	Si	10 años
Uruguay	1985	2008. Finalizado	No	No incluye
Egipto	1992	Terminó en 1995	No	No incluye
Estados Unidos	1993	por no renovación	Si	10 años
Chile	1993	de las partes	Si	10 años
Venezuela	1993	2010. Inconcluso.	Si	10 años
Paraguay	1994	2010. Inconcluso.	Si	10 años



CONTRAPARTE	FIRMA	INICIO Y ESTADO DEL PROCESO DE DENUNCIA ⁴	VIGENCIA	CLAUSULA DE ULTRACTIVIDAD
Argentina	1994	2010. Inconcluso.	Si	15 años
China	1994	2010. Inconcluso.	Si	10 años
Gran Bretaña	1994	2010. Inconcluso.	Si	20 años
El Salvador	1994	2008. Finalizado	Si	10 años
Francia	1994	2010. Inconcluso.	Si	15 años
Bolivia	1995	2010. Inconcluso.	Si	10 años
Alemania	1996	2010. Inconcluso.	Si	15 años
Rumania	1996	2008. Finalizado	Si	10 años
Canadá	1996	2010. Inconcluso.	Si	15 años
España	1996	2010. Inconcluso.	Si	10 años
Cuba	1997	2008. Finalizado	Si	10 años
República Dominicana	1998	2008. Finalizado	Si	5 años
Países Bajos	1999	2010. Inconcluso.	Si	15 años
Perú	1999	2010. Inconcluso.	Si	15 años
Suecia	2001	2010. Inconcluso.	Si	15 años
Italia	2001	2010. Inconcluso.	Si	5 años
Finlandia	2001	2010. Finalizado	Si	10 años
Honduras	2002	2008. Finalizado	Si	10 años
Nicaragua	2002	2008. Finalizado	Si	10 años
Guatemala	2002	2008. Finalizado	Si	10 años

Fuente: Elaboración propia con información del Informe de la CAITISA.

Irregularidades en la negociación y entrada en vigencia

La liviandad o incluso ilegalidad de los procedimientos por los cuales se ponen en vigencia los TBI por parte de Ecuador contrasta con el exigente marco de obligaciones que se introducen para la restricción de la soberanía. El trabajo de la Comisión da cuenta de una virtual ausencia de negociación con los países contrapartes en los tratados, no se registran documentos que den cuenta de un análisis de costo – beneficio ni procesos de intercambio y discusión que considere el tipo de acuerdo negociado y sus implicancias. Como si eso fuera poco se constata que en la tramitación de once tratados no se cumplió con el requisito de aprobación parlamentaria y en otros diez la aprobación parlamentaria se dio en forma extremadamente expedita sin que se diera un debate genuino ni se cumplieran requisitos procedimentales mínimos. En palabras de la CAITISA estas prácticas confirman “el dominio de las doctrinas y corrientes ideológicas a favor de la total apertura, de incentivos y concesiones ilimitadas a la inversión extranjera”.

Cláusulas sustantivas de los TBI

El análisis del conjunto de tratados firmados por Ecuador permite la identificación de un repertorio de cláusulas y contenidos que conforman el corazón de estos instrumentos. Esto nos habilita a que los consideremos como un instrumento de política único, con muy pequeñas variaciones.

Las **definiciones de inversión e inversionista** que contienen los tratados son lo suficientemente laxas como para incluir prácticamente cualquier operación de entidades extranjeras o entidades con algún tipo de vinculación con el extranjero. Por inversión se comprende a los bienes tangibles como intangibles, siendo estos últimos los vinculados con los derechos de que los inversionistas gozan en el desarrollo de su actividad relativos al movimiento de dinero, los derechos de propiedad intelectual, entre otros posibles. Por su parte, los inversionistas pueden ser personas físicas o jurídicas, nacionales de los Estados firmantes o con sede en alguno de ellos. En el caso de los TBI firmados con países desarrollados no se incluye el requisito de radicación en el extranjero. Por esta razón, una empresa extranjera pero radicada hace décadas en territorio ecuatoriano tendrá sus inversiones cubiertas por el TBI.

La obligación en materia de **trato nacional** implica que el Estado ecuatoriano se obliga a dar a la inversión extranjera el trato otorgado a la inversión nacional. La obligación de trato nacional se potencia con la disposición en materia de **“trato justo y equitativo”** y la de **“protección y seguridad plenas”**. Con la disposición en materia de trato justo y equitativo se introduce un parámetro de tal ambigüedad que ha sido extensivamente utilizada por los inversionistas para aumentar el estándar de sus derechos, utilizando expresiones como la de las **“legítimas expectativas”** que claramente exceden los esquemas formales de trato debidos a la inversión y reconocidos mundialmente. Por su parte, a partir de la disposición de protección y seguridad plenas se establece la obligación al Estado de tomar medidas para proteger la inversión de los efectos adversos que pudieran sufrir por medidas del propio Estado o terceros actores.

La cláusula de **Nación Más Favorecida (NMF)** es un elemento central del esquema de tratados de libre comercio e inversión e implica la extensión de las condiciones negociadas entre los Estados en la relación bilateral a todos las contrapartes con las que se tiene el mismo tipo de acuerdos. A raíz de la intensa red de acuerdos con los cuales los Estados se obligan la Comisión alerta sobre la pérdida de noción concreta sobre los beneficios que se otorgan a la inversión extranjera. En ese sentido, por acción de la cláusula NMF se construye una extensísima red de obligaciones de las cuales los inversores pueden elegir las que les resulte más beneficiosa, sin importar del tratado del que provenga la misma. En palabras de la Comisión **“el control y conocimiento real de las obligaciones jurídicas y los riesgos de demandas se transforman en un universo de imposible medición”**.

En la protección extensiva de los derechos a los inversionistas que realizan los TBI dedican especial atención a los mecanismos de expropiación por parte del Estado. La expropiación debe realizarse a partir de la sanción de una ley, la declaración de utilidad pública y asegurando el pago de indemnización **“pronta y justa”** a la entidad expropiada. La indefinición de los parámetros de lo **“justo”** operan nuevamente como un elemento de indefinición a los Estados. Pero los acuerdos no se quedan allí sino que introducen limitaciones a lo que definen como **“expropiación indirecta”** que en los hechos puede abarcar a cualquier medida con efectos equivalentes a una expropiación. Es decir que cualquier política pública que impacte en la perspectivas de ganancias de los inversionistas puede ser impugnada bajo este paraguas.

Todos los TBI firmados por Ecuador poseen previsiones en materia de **solución de controversias** que habilitan a que los inversionistas extranjeros puedan acudir al sistema de arbitraje internacional a demandar al Estado e impugnar su política pública. El sistema internacional de arbitraje en materia de inversiones está compuesto por diversas foros y conjuntos normativos a los cuales pueden acudir las empresas, a saber: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (más conocida por su sigla en inglés, UNCITRAL)⁵, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en la órbita del Banco Mundial⁶, la Corte Permanente de Arbitraje⁷ e instituciones privadas que proveen servicios de arbitraje internacional como la Cámara de Comercio Internacional⁸ (CCI), organización empresarial internacional que llamativamente detenta el poder de impartir justicia entre empresas y estados, o la Corte de Londres de Arbitraje Internacional⁹. Los tratados incluyen disposiciones que habilitan a los inversionistas a elegir el foro al cual acudir¹⁰, previendo en una amplia mayoría el recurso al CIADI. Por otro lado, los tratados determinan el derecho del que deben valerse los tribunales a la hora de decidir sobre las controversias presentadas: En la mayoría de los casos el texto del tratado es la primera referencia indicada, mientras que el derecho interno del lugar de radicación de la inversión se reconoce en una minoría de los textos firmados por Ecuador y, cuando está presente, lo está entre diversas opciones.

Los tratados poseen mecanismos para asegurar su permanencia incluso más allá de la decisión de denuncia del tratado por parte de uno de sus miembros. Esto se conoce como **cláusula de ultractividad** y refiere a la permanencia de las obligaciones a los Estados y la posibilidad de demanda por parte de los inversionistas por períodos que van desde los 5 hasta los 20 años luego de terminado el tratado.

Algunos tratados poseen la llamada **cláusula de bifurcación** que establece que los inversionistas deben optar por el foro al que acudir para demandar al Estado (jurisdicción doméstica o jurisdicción internacional) sin que puedan luego volver atrás. El objetivo de la cláusula es impedir la presentación simultánea de un caso en varios foros. En el caso de Ecuador los tratados suscriptos con grandes emisores de inversión no contienen esta cláusula (entre otros Estados Unidos, Gran Bretaña, China, Canadá, España, Finlandia, Suecia, e Italia) dejando al Estado más expuesto a potenciales demandas.

Estas disposiciones son centrales en el esquema de obligaciones que plantean los TBI a los Estados y forman parte de un formato de tratado mundialmente extendido.

B) LA SITUACIÓN DE ECUADOR ANTE EL SISTEMA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE INVERSIONISTA – ESTADO.

La cláusula de solución de disputas inversor – Estado es un elemento central en el esquema de protección de inversiones promovido desde los TBI. Por esta vía los tratados otorgan a los inversionistas extranjeros un súper poder que los coloca por encima del poder soberano del Estado, al permitirles cuestionar su capacidad de aplicar la ley en el territorio nacional.

En el caso de Ecuador, la cláusula está prevista en todos los tratados firmados, variando en cada uno de ellos los foros arbitrales que se ofrecen a las empresas. El recurso al CIADI es, por lejos, el más extendido en el universo de los tratados: se incluye en 24 de los 30 firmados, seguido en segundo lugar por la UNCITRAL incorporada en 20 tratados.

La situación de Ecuador en cifras:

:: Con 24 demandas iniciadas hasta finales de 2014 Ecuador se coloca como el 7mo país a nivel mundial que más juicios ha debido enfrentar ante el sistema internacional de arbitraje.

:: De las 24 demandas iniciadas 12 se han presentado ante el CIADI, 7 ante la Corte Permanente de Arbitraje y 3 ante la Corte de Londres de Arbitraje Internacional. En los dos casos restantes aun no se conoce el tribunal elegido por el demandante.

:: El TBI con Estados Unidos se ha invocado en un 71% de las demandas iniciadas (17 demandas), seguido en segundo lugar por el TBI con Canadá que se ha invocado en el 12,5% de las demandas (3 demandas). Cierran la lista los TBI con España, Francia, Bolivia y Argentina cada uno de los cuales fue invocado solo en una oportunidad.

:: En 22 de los 24 casos iniciados contra Ecuador el demandante el inversionista proviene o tiene vinculación con países del centro capitalista.

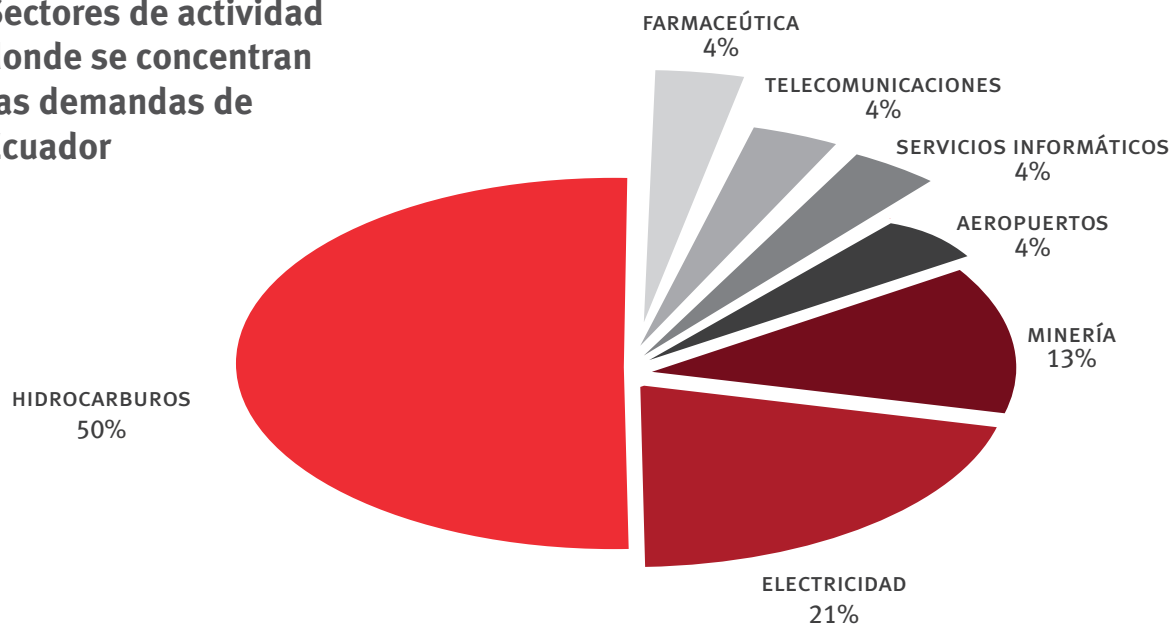
:: En el 71% de los casos concluidos los paneles arbitrales fallaron en contra del Estado y sólo en 29% se decidió que Ecuador no había violado el TBI.

:: Además de los 24 casos efectivamente iniciados Ecuador enfrenta 9 amenazas de demanda.

:: Las empresas habitualmente asumen la práctica de amenazar con la iniciación de una demanda con la intención de que el Estado vuelva atrás en la implementación de su política pública o bien negocie con la empresa una reparación por el daño que esta aduce. Esta dinámica se ha denominado como **“enfriamiento regulatorio”**. *De cuando la amenaza se hace demanda: el impacto de las reglas de inversiones en las políticas públicas y los derechos*, Carrau, Natalia, Barreto, Viviana, REDES – Amigos de la Tierra, TNI, Montevideo,

Fuente: Elaboración propia con información del Informe de la CAITISA.

Sectores de actividad donde se concentran las demandas de Ecuador



Fuente: Elaboración propia con información del Informe de la CAITISA.

Los principales rasgos de los juicios iniciados:

El problema de los criterios

La tendencia de los tribunales arbitrales a aceptar su jurisdicción en forma extensiva, con escasa rigurosidad en cuanto al apego a las disposiciones de los tratados y a las reglas arbitrales aplicadas, es señalado como uno de los elementos más problemáticos del sistema. Son los propios paneles arbitrales encargados de dirimir la controversia los que deben decidir acerca de su potestad de actuar. En tanto la persistencia del sistema y el cobro de honorarios por parte de los árbitros depende de la constitución de la demanda y de la existencia efectiva de arbitraje, es extraño encontrarse con que un tribunal se niegue a entender sobre una demanda aunque haya sobradas razones jurídicas para ello.¹¹

En el caso de Ecuador son diversas las circunstancias en que la aceptación de jurisdicción por parte de los paneles arbitrales es, cuanto menos, polémica:

. **Aplicación retroactiva del tratado.** En el caso Chevrón II la demanda se inicia por acciones ocurridas antes de la vigencia del tratado invocado. A pesar de que el Estado ecuatoriano alega la vigencia del principio de irretroactividad de los tratados como norma básica de Derecho Internacional prevista en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,¹² el panel arbitral denegó ese alegato por entender que “El significado atribuido a los actos o hechos posteriores a la entrada en vigor puede ser complementados por los actos o hechos anteriores al TBI; esta conducta puede ser considerada para propósitos de determinar si una violación de los estándares del TBI ocurrió después de la fecha de la entrada en vigor.”

. **Desconocimiento de las cláusulas de bifurcación o elección de foro.** La empresa Occidental Petroleum (caso Oxy I) inició acciones ante tribunales nacionales y en el marco del arbitraje internacional. La empresa alegó que las reclamaciones

respondían a los derechos derivados de la normativa nacional en primer lugar y a los derivados del TBI en segundo caso. Sobre esa base, y a pesar de que las medidas estatales impugnadas sean idénticas, la empresa alega que no existe identidad objetiva en ambos procesos. El panel arbitral dio la razón a la empresa valiéndose además de la vigencia del artículo II 3.b) relacionado con el trato justo y equitativo que habilita a las empresas a someter a arbitraje internacional las medidas entendidas como discriminatorias incluso cuando se hayan iniciado procedimientos en la jurisdicción nacional. En función de la redacción abarcativa de los derechos a los inversionistas que se consignan en los tratados resulta difícil pensar que una demanda pueda no ser incorporada en este criterio de jurisdicción.

.Desconocimiento de la excepción de cuestiones tributarias. Aunque el TBI en cuestión establece con meridiana claridad la exclusión de las materias tributarias, la empresa Occidental Petroleum (también en el caso Oxy I) logró hacer prosperar una demanda en contra de decisiones del Estado ecuatoriano en el marco de su Ley Tributaria. Tal como lo establece el informe de la CAITISA “Este caso demuestra como el hecho de incluir excepciones específicas no asegura la salvaguarda del espacio regulatorio en estos temas, ya que los inversores pueden de todas maneras presentar demandas y los árbitros, haciendo una interpretación expansiva de las normas, pueden aceptar jurisdicción para dirimir la disputa”.

. Inexistencia de inversor extranjero. En el caso de la empresa Noble Energy contra Ecuador se presenta un ejemplo en el cual el panel arbitral acepta jurisdicción incluso al existir una relación de propiedad indirecta, intermediada por dos niveles corporativos, de la empresa demandante con la presuntamente afectada por las acciones del Estado

El rol de los árbitros, pieza clave en el sistema.

Los árbitros que integran los paneles conformados para entender en las demandas de los inversionistas a los Estados son una pieza clave del sistema. En sus manos está el juzgamiento de la política pública. Diversas características del sistema y de la dinámica de actuación de los profesionales dedicados al arbitraje internacional dan cuenta de las insuficientes garantías de justicia e imparcialidad que se presentan para los Estados.

El sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones importa sus prácticas del arbitraje comercial privado. De esta forma se replican diversos rasgos en su funcionamiento que resultan especialmente delicados cuando se trata del juzgamiento de la política pública.

En primer lugar, la forma de nombramiento de los árbitros y su inscripción institucional no permite contar con garantías suficientes en materia de imparcialidad e independencia en sus actuaciones. Los árbitros son nombrados en forma *ad hoc* para la demanda concreta, no poseen seguridad en el cargo, no existe requisito de dedicación exclusiva, ni prohibición de ejercer la abogacía en forma privada en el rubro comercial y no poseen sueldo fijo sino que cobran por actuación en función de la duración del proceso arbitral. La forma que adopta la práctica profesional de los árbitros lleva a que existan incentivos monetarios bien claros para que su actuación tienda a beneficiar a los inversores (que son los que pueden iniciar las demandas), para que acepten su jurisdicción en forma extensiva y defiendan las actuales características del sistema tal y como existe hoy. Los árbitros tienen una fuerte incidencia en la generación de sus propias oportunidades de trabajo y pueden fijar los estándares de su remuneración.

Tal como lo destaca el informe de la Comisión, el sistema de arbitraje internacional gira en torno a la actuación de un grupo selecto¹³ de árbitros súper especializados que concentran la mayor parte de los casos: solamente 15 árbitros, en su mayoría nacionales de Europa, Estados Unidos o Canadá, concentran el 55% de las controversias en materia de TBI. La vinculación con la lógica del arbitraje comercial privado se da solamente por el lado de las características de funcionamiento sino que también se replica en la formación y procedencia de los abogados que se dedican al arbitraje. La mayoría de ellos ha desarrollado su carrera en torno al arbitraje comercial y no del ámbito del derecho internacional público. Por esta razón es evidente su sesgo pro empresarial y su escasa consideración a la política pública como garante del bien común. Esto lleva a una frecuente interpretación expansiva de las normas contenidas en los TBI que exacerba los derechos de las empresas transnacionales a costa del espacio para el ejercicio soberano del rol del Estado.

La completa libertad que poseen los árbitros en su actuación profesional lleva a que muy frecuentemente alternen su actuación como integrantes de paneles arbitrales con la de abogados defensores de las partes en cuestión.¹⁴ Incluso se ha constatado que diversos miembros del grupo selecto de árbitros han sido miembro de las juntas directivas de diversas empresas. El informe de la Comisión rescata el testimonio de uno de estos árbitros que plantea “Formar parte de la junta directiva de una empresa que cotiza en bolsa -y he participado en varias de esas juntas- me ha ayudado en práctica como árbitro internacional. Siempre me ha dotado de una visión sobre el mundo de los negocios que no habría podido alcanzar como abogado”.¹⁵

En contraste con la extrema libertad de actuación que poseen los árbitros, las herramientas que poseen los Estados para manifestar su desacuerdo en el nombramiento o su voluntad de impugnar su actuación por demostradas faltas de garantías son realmente precarias. Uno de los elementos que incide en ese sentido es que quienes deben decidir sobre el recurso que eventualmente presente un Estado son los otros árbitros, colegas del profesional impugnado. Según un estudio citado por el informe de la Comisión hasta 2011 sólo el 3% de los pedidos de recusación de árbitros en el ámbito del CIADI fueron aceptados.

El panorama de un sistema con escasas garantías para el interés público se completa con la inapelabilidad de los laudos arbitrales y la impunidad civil y penal de la que gozan los árbitros. Según las normas del CIADI los fallos arbitrales son finales y vinculantes y no se cuenta con mecanismo de apelación. Por otro lado, los árbitros gozan de una inmunidad internacional que los blinda de posibles reclamos de responsabilidad a raíz de las decisiones adoptadas a pesar de su delicada potestad de “comprometer la política y la economía de un Estado con condenas por miles de millones de sus fondos públicos”.¹⁶

Los árbitros que enjuician al Ecuador

- * El 64% de los árbitros que han entendido en casos contra el Estado provienen de países desarrollados.
- * El 58% de ellos conforman el llamado “grupo de élite”.
- * El 69% de ellos proviene del arbitraje comercial o del asesoramiento a empresas.
- * El 71% de ellos actúan además como asesores a las empresas o son parte de sus directores.

La evidencia de la ambigüedad de las obligaciones asumidas por los Estados:

La redacción genérica y escueta con que se detallan las obligaciones al Ecuador en los TBI suscritos es otro de los rasgos característicos que destaca el estudio de la Comisión. Esto dificulta tener certeza sobre las implicancias para las medidas del Estado y habilita a los paneles arbitrales a ejercer interpretaciones sumamente amplias en relación a los derechos de los inversionistas.

Recorriendo los fallos por los que se ha inculcado al Ecuador es posible tener ejemplos sobre la lógica de redacción de los TBI y de su interpretación por parte de los paneles arbitrales. Un conjunto de siete cláusulas se destacan por ser las más ampliamente invocadas para inculpar al Estado.

Trato Justo y Equitativo

Se trata de una cláusula que, por la imprecisión en su definición, ha sido invocada en una enorme variedad de casos con un alto índice de resultado favorable al inversionista. Este hecho es reconocido por la propia Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) al establecer que se trata “la base a la que más se recurre y de mayor éxito para las demandas de inversores en el marco de Acuerdos Internacionales de Inversión”. El éxito para los inversionistas se sustenta en la interpretación amplia de parte de los árbitros sustentada en “un enfoque indefinido y desequilibrado, que favorece indebidamente a los intereses de los inversores e ignora la regulación legítima en pro del interés público”¹⁷.

Es en base a una presunta violación del estándar de trato justo y equitativo que se da la decisión de condena más cuantiosa en la historia del CIADI. Fue en el caso de la petrolera estadounidense Occidental Petroleum contra Ecuador (Caso Oxy II). En violación a la legislación ecuatoriana la empresa Occidental transfirió el 40% de sus acciones en manos de una empresa canadiense, sin el permiso del Ministerio de Energía de Ecuador, tal como lo establece la ley. La decisión de caducidad de los contratos en vigor por parte del Estado ecuatoriano -fundamentada en la violación a la ley nacional- llevó a Occidental a presentar una demanda ante el CIADI. La empresa alegó que el Estado ecuatoriano violó sus obligaciones en materia de trato justo y equitativo presentes en el TBI entre Ecuador y Estados Unidos. Como fue mencionado, Ecuador fue condenado a pagar a la empresa la suma más abultada en la historia del CIADI: U\$S 1.769.625.000 más intereses.

Expropiación indirecta

Los TBI reconocen la potestad soberana de los Estados de expropiar bienes de privados pero establecen que tal decisión debe ser realizada en función de un objetivo de utilidad pública, en forma no discriminatoria ni arbitraria, con garantías del debido proceso y con una pronta y justa compensación económica. Sin embargo, en los casos en los que se ha alegado esta cláusula por parte de los inversionistas, los paneles arbitrales han fallado considerando cualquier tipo de expropiación como ilegítima. Cualquier medida administrativa del Estado que pueda tener como resultado la limitación del goce de la propiedad privada de la empresa o de sus expectativas de lucro es condenada como un acto de expropiación ilegítima.

Un ejemplo de la aplicación de esta cláusula se encuentra en el caso de la empresa estadounidense Burlington contra Ecuador. La empresa se dedica a la explotación y refinamiento de petróleo. En 2009 suspendió sus operaciones en una región ecuatoriana. Esta decisión llevó al Estado a asumir a su cargo las explotaciones abandonadas y le significó una condena del CIADI por expropiación ilegítima.

Denegación de justicia

“Comprende la imposibilidad de efectivizar el derecho de acceso a la justicia para la solución de una disputa ya sea por incumplimiento del debido proceso, o por una innecesaria dilación del tiempo de tal manera que el demandante pierda esperanza de poder llegar a una resolución efectiva del caso”.¹⁸

Esta capacidad de las empresas de cuestionar el accionar de la justicia nacional ante tribunales internacionales aparece como una herramienta de coerción en mano de los inversionistas. La demanda de Chevron contra Ecuador presenta un ejemplo muy conocido de la aplicación de esta cláusula. Chevron hace uso del TBI con los Estados Unidos para alegar la existencia de denegación de justicia por parte del Estado ecuatoriano al permanecer inconclusas demandas presentadas una década atrás por su antecesora, la empresa TexPet, ante la justicia nacional. El fallo arbitral fue favorable a la empresa. La CAITISA valora en su informe que al fallar el panel arbitral realizó una “interpretación expansiva” de la obligación utilizando un umbral de interpretación para el criterio de denegación de justicia mucho más exigente que el derivado del derecho consuetudinario.

Trato no discriminatorio o arbitrario y Trato Nacional

Esta cláusula exige a los Estados ofrecer a los inversionistas extranjeros igualdad de condiciones respecto a la “administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones”. Esta igualdad de condiciones implica en muchos casos un tratamiento más favorable a los inversionistas extranjeros, para que puedan operar en iguales condiciones que los nacionales.

Ecuador fue demandado en numerosas oportunidades por la aplicación de una política tributaria que establecía la denegación de la devolución de IVA a las empresas dedicadas a la exploración y explotación de petróleo, tanto las de origen nacional como extranjero. Como la mayor parte de las empresas del sector son extranjeras, la empresa Occidental alegó que se trataba de una medida discriminatoria y Ecuador recibió una sentencia en su contra. Al respecto la CAITISA afirma en su informe: “Decir que la Ley 42 es discriminatoria porque, en un sector dominado por entidades no nacionales, afecta numéricamente más a los no nacionales que a los nacionales es, con el debido respeto, carente de sentido”.^{19 20}

C) OBLIGACIONES INTERNACIONALES VS. CONDUCCIÓN SOBERANA DE LAS POLÍTICAS DEL ESTADO

El amplio esquema de obligaciones que los tratados imponen a los Estados y la facultad otorgada a los inversionistas de impugnar la política pública ante el sistema de arbitraje internacional da forma a una dinámica en la que se ve fuertemente resentida la potestad soberana de conducción del gobierno por parte de los Estados. Esto incide, no sólo en aquellas materias directamente vinculadas al tratamiento a las inversiones, sino virtualmente en cualquier esfera de la vida pública.

En el caso de Ecuador la CAITISA alerta sobre algunos sectores de la política pública en que se identifican claras contradicciones entre las cláusulas contenidas en los TBI, la normativa interna y la constitución jurídica del Estado:

› Desarrollo de la política tributaria en función de criterios de justicia impositiva dirigidos a proteger el interés nacional y asegurar el financiamiento presupuestario. Políticas como las dirigidas a gravar a sectores de actividad que se apropian de los bienes públicos y gozan de rentas obscuramente extraordinarias pueden ser identificadas como medidas expropiatorias y ser impugnadas en virtud de los tratados.

► La obligación de asegurar el libre flujo de capitales impone restricciones al Estado en la conducción de su política macro-económica y elimina la potestad de asegurar la estabilidad de sus cuentas.

► La Constitución de Ecuador no reconoce la figura de la “expropiación indirecta” e introduce disposiciones que aseguran al Estado la potestad de establecer la disposición pública de recursos por razones de utilidad pública, interés social y nacional. Las disposiciones que presentan los TBI en la materia ponen en entredicho la vigencia de estas disposiciones constitucionales.

► La Constitución otorga la prioridad a la inversión nacional y establece que la inversión extranjera será complementaria a ésta. Esto contraviene la obligación en materia de trato nacional contenida en los tratados que no solo establece la obligación de igualdad de trato sino que introduce una discriminación a favor de los inversionistas foráneos a quienes se ofrece la potestad de demandar internacionalmente al Estado.

El Plan Nacional para el Buen Vivir bajo amenaza

El plan de desarrollo nacional ecuatoriano se instituye en el marco de la Constitución nacional aprobada en 2008. El gobierno ecuatoriano presenta a la nueva Constitución como un “nuevo pacto social” instituido uno de cuyos cinco ejes fundamentales es “la recuperación de la noción de soberanía popular, económica, territorial, energética, y en las relaciones internacionales”. Tal como lo señala la Comisión un objetivo primordial del Plan Nacional de Desarrollo “es la transformación del Estado y la recuperación de sus capacidades regulatorias y planificadoras dirigidas a la satisfacción de las necesidades de la población, lo cual admite la adopción de medidas y expediciones legales en ejercicio de la soberanía nacional”.

No obstante, esa definición soberana posee en los hechos una fuerte restricción a raíz del esquema de protección a los inversionistas extranjeros. En virtud de la intensa red de obligaciones que aún siguen imponiéndose a Ecuador vía los TBI, los objetivos de modificación de la matriz productiva y los esquemas de acumulación y distribución de la riqueza nacional ven el límite de la imposibilidad de afectar la ecuación de lucro de las empresas transnacionales.

El impacto económico de la culpabilización de los Estados

El esquema de impunidad con el que actúan los árbitros también contrasta con el altísimo impacto en términos de la solvencia económica de los Estados y de la viabilidad de su proyecto político. Las demandas presentadas contra el Ecuador totalizan solicitudes de indemnización a las empresas por un total de U\$S 17.765 millones. La suma que ha pagado Ecuador hasta el momento (incluyendo los pagos en conceptos de honorarios y costos de los procedimientos) asciende a U\$S 331 millones, lo que representa en términos del presupuesto estatal para 2014: un 7% del presupuesto total para la educación, un 14% del presupuesto en salud, un 31% del presupuesto en planes de inserción social y hasta un 98% de lo planificado para políticas en materia de desarrollo urbano y vivienda. El informe de la Comisión establece que los casos que aún se encuentran pendientes de resolución plantean una amenaza de pago potencial por un monto de algo más de U\$S14 mil millones, lo que representaría el 50% del Programa cuatrienal de Inversiones previsto en el Plan de Desarrollo para el Buen Vivir.

TBI vs. Las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos

Los TBI desarrollan un régimen jurídico paralelo al sistema internacional de Derechos Humanos. Junto con el sistema internacional de arbitraje, vulneran la capacidad de los Estados de cumplir su obligación de respetar y hacer respetar los DDHH en su territorio como valor fundamental.

El experto independiente de las Naciones Unidas, Alfred Zayas, expresa al respecto: “ los Estados conciertan tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio y tratados de inversiones que obstaculizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos y dan lugar a la violación de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”²¹.

Las restricciones a las políticas públicas que imponen los TBI limitan la potestad a los Estados de establecer condiciones a la operación de las inversiones extranjeras cualesquiera sea el fundamento de esas condiciones: la protección de los bienes naturales, la salud de las personas, el acceso al agua potable, el derecho a las comunicaciones, a la energía, el acceso a la cultura, entre muchas otras posibles.

El deber de respetar y hacer respetar los Derechos Humanos en su territorio es una obligación fundamental para los Estados, relacionada con los elementos más básicos de la convivencia en la comunidad internacional. El esquema internacional construido en torno a la protección de las inversiones socava esta obligación y coloca por encima de ella aquellas relacionadas con la protección y no afectación de los intereses de los inversionistas. Esta situación presenta una clara vulneración del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas que establece: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

TBI como fuente de obligaciones exclusivas a los Estados

El esquema de promoción y protección de inversiones vía TBI es de una gran asimetría en la medida que se constituye como un marco para asegurar la primacía de los derechos de las empresas en base a un conjunto de obligaciones para los Estados que limitan su espacio soberano para la Política. Según lo establece el informe de la CAITISA *“La responsabilidad del Estado es la única que se pone en tela de juicio dentro del análisis de violaciones a las cláusulas de los TBI”*²²

Las empresas transnacionales pueden actuar como fuertes limitantes de la soberanía económica, política y social de los Estados y sus acciones tienen altísimos impactos en las condiciones de vida de los pueblos. No obstante, el esquema internacional de promoción y protección a los inversionistas coloca a las empresas como los únicos actores sujetos de derecho sin establecer contrapartida alguna.

D) LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO NACIONAL. ²³

Durante la década de los noventa la firma de TBI era una política extendida sobre la base de la necesidad de favorecer la atracción de inversiones extranjeras directas, identificadas como una condición necesaria para el crecimiento económico. Para el pensamiento político y económico del capitalismo neoliberal, en auge en la época, el crecimiento económico es sinónimo del desarrollo.

El informe de la CAITISA dedica buena parte de su esfuerzo a identificar las distintas claves de conexión de la política de firma de TBI por parte del Estado ecuatoriano con la atracción de IED y el estudio de los impactos de la inversión en el proyecto de desarrollo nacional, el “Plan Nacional para el Buen Vivir” consagrado en la Constitución.

El impacto de los TBI en los flujos de IED

Para el período 2000-2013 Ecuador recibe un monto relativamente pequeño de inversiones en relación al tamaño de su economía: un promedio de 1,1% de su PIB. Por otro lado, a pesar de ser el cuarto país con más TBI firmados en América Latina y el Caribe, en 2013 recibió solo el 0,79% de la IED total que llega a la región, colocándose en el puesto número 29.²⁴

Cerca de la mitad de las inversiones que recibe Ecuador consisten en re inversión de las utilidades generadas en el país y no de recursos nuevos provenientes del extranjero.²⁵ El balance de entrada y salida de inversión extranjera es deficitario para Ecuador, destaca el informe que la salida de capitales por medio de la inversión de cartera se sitúa unos 4 mil millones de dólares por encima de la entrada por concepto de IED. “El balance financiero negativo de la inversión extranjera es aún más dramático si consideramos los montos pagados por demandas en el marco de los TBI”.²⁶

La IED no es determinante para el crecimiento económico de Ecuador. La economía ecuatoriana creció un promedio de 7,87% entre 2001 y 2013 pero en ese período se registró una participación decreciente de la IED en el producto generado.

Los TBI no han sido determinantes para la atracción de IED. Sólo el 40% de la inversión que recibe Ecuador proviene de países con los cuales se tiene en vigencia un TBI y los dos primeros inversores en la economía ecuatoriana son países con los cuales no se tiene acuerdo, México y Brasil.²⁷

Como también lo han señalado los informes de la CEPAL y la UNCTAD, el informe de la CAITISA señala que la existencia

de TBI no es el atractor principal de la inversión. Las claves de la atracción se relacionan a factores relacionados al interés primordial del inversionista, a saber: la disponibilidad de bienes naturales, el acceso a mercados, la existencia de ventajas sistémicas (p.ej. en materia de complementariedad tecnológica), una legislación amigable con el capital privado, la disponibilidad de infraestructura física, la solidez de la economía y la fortaleza institucional.

La riqueza de Ecuador en materia de bienes naturales ha sido el factor primordial en la atracción de las inversiones.²⁸

También se destaca la incidencia de los factores estructurales como la solidez institucional, el bienestar de la economía y la disponibilidad de infraestructura. Estos elementos llaman la atención sobre la importancia de las políticas públicas que hacen al funcionamiento de la economía para la atracción de inversiones, incluso más allá de la vigencia o no de tratados. Políticas públicas activas que aseguren el bienestar de la economía son importantes atractores de la inversión. Buena parte del éxito referido implicará que las políticas públicas busquen incidir sobre el comportamiento de las inversiones en relación a las otras variables del desarrollo: producción, empleo, respeto al medio natural, bienestar social, fortaleza democrática, integridad de la soberanía nacional. El informe establece: “Consideramos que lo más importante es el seguir fortaleciendo la economía ecuatoriana, los capitales vendrán y permanecerán si es negocio. Ello no quiere decir privilegios o derechos sino políticas públicas de largo plazo que aseguren oportunidades de inversión en áreas que los planes nacionales de desarrollo marquen como convenientes para incluir IED.”²⁹

La IED y su relación con el proceso productivo y la generación de empleo ³⁰

La IED ha contribuido a profundizar la polarización entre las grandes empresas y las pequeñas y medianas empresas en Ecuador. Las empresas más grandes concentran la mayoría de los activos, producen gran parte del valor agregado y hacen cerca del 90% de las ventas totales. El informe destaca el importante incremento de los activos en manos de empresas con IED, que más que se duplica desde 2003. Por otro lado, a pesar de tener una productividad laboral superior, las empresas subsidiarias de transnacionales pagan una menor proporción del valor generado a sus trabajadores que las empresas nacionales.

Por otro lado, la proporción de insumos ecuatorianos que utilizan las empresas con IED es relativamente bajo y presenta una tendencia a la baja desde 2006, en contraste con lo que ocurre con las empresas enteramente nacionales. Esta modalidad de relacionamiento con el aparato productivo local no ha repercutido en procesos de transferencia de tecnología ni ha favorecido la modernización de la estructura productiva nacional.

La IED se concentra en sectores intensivos en capital que, por tanto, generan poco empleo. Por cada millón de dólares de IED entre 2007 y 2013 se crearon 1,48 empleos directos. En materia de la calidad del empleo se puede afirmar que si bien los salarios son más altos en las empresas de composición extranjera en comparación con las nacionales, en términos de valor agregado las empresas extranjeras pagan menos a sus trabajadores que las nacionales. Asimismo, las empresas subsidiarias en Ecuador pagan mucho menos a los trabajadores que sus casas matrices.

Los acusadores que son culpables: implicaciones socio económicas, de Derechos Humanos y Ambientales de inversiones de las empresas que han demandado a Ecuador.

Analizando los impactos concretos de las actividades desplegada por las empresas extranjeras que han llevado a juicio al Ecuador se puede tener más pistas para entender la enorme brecha que existe entre los beneficios publicitados por los capitalistas y la ortodoxia económica y los verdaderos impactos en los territorios y la vida de las comunidades.

El 68% de las empresas que han iniciado demandas contra Ecuador se desempeña en el sector de hidrocarburos y minería y es en ese sector donde se concentra la mayor cantidad de los juicios iniciados. Por otro lado, el 61% de las demandas se refieren a inversiones localizadas en la región amazónica.

No hay evidencia de que las inversiones extranjeras hubiera generado una expansión productiva en los lugares de su intervención. En el período de despliegue de las inversiones extranjeras (1993-2005) el informe destaca un bajo dinamismo de la producción global en las provincias donde operaron las inversiones. Este bajo dinamismo contrasta con lo vivido en el período 2005-2010 cuando, a raíz de la implementación de políticas públicas y de inversiones privadas locales, la producción se triplica.

Las empresas extranjeras que operaron el sector extractivo no aportaron a la intensificación tecnológica de la producción ya que emplearon tecnología atrasada con impactos negativos en materia ambiental.

La concentración de inversiones en sectores intensivos en capital no ha contribuido a la generación de empleos directos en

forma significativa. Además se registra poco interés empresarial en promover la generación de empleos indirectos a partir de la incorporación de insumos o servicios locales. Las trabajadoras son especialmente marginadas de las oportunidades de empleo en el modelo de negocios que imponen los inversionistas extranjeros.

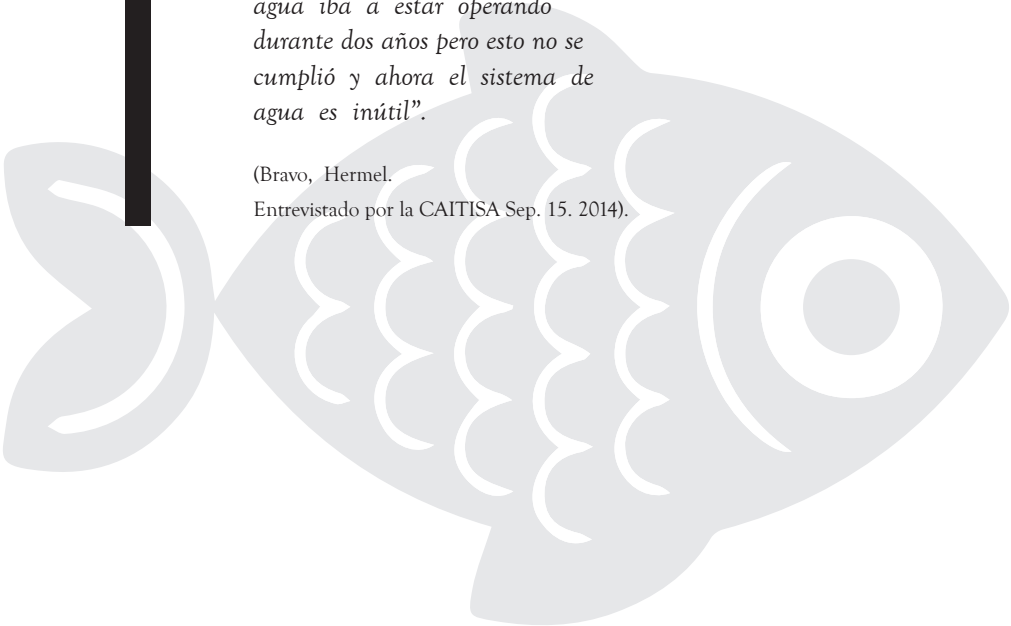
En relación con lo anterior, la actividad de las empresas en la Amazonia ecuatoriana **no repercute positivamente en la reducción de la pobreza y marginación en la que vive la población local**. Por el contrario, la operación de las transnacionales petroleras ha significado el desplazamiento de comunidades campesinas que ven sus derechos arrasados. El capital avanza sobre el territorio impactando directamente contra la vida de las comunidades. En la investigación de la Comisión se realiza un exhaustivo trabajo en el registro del testimonio de la dirigencia de comunidades y organizaciones sociales y personas afectadas con el cual se constata la afectación de la vigencia de derechos humanos y en el entorno natural que se dan en diversas formas: formas de alteración de medios de subsistencia, desplazamientos de comunidades de su territorio, omisión de información y consulta previa, ocultamiento de daños, estudios de impacto ambiental imprecisos, irrespetados y no evaluados.

Espejitos de colores.

Las empresas extranjeras promovieron la firma de convenios en los que se incluían acciones de buena voluntad hacia las comunidades como la construcción de espacios públicos, el compromiso de la generación de puestos de trabajo, la realización de actividades de mitigación del impacto ambiental, entre otros. Sin embargo, esos compromisos fueron con frecuencia incumplidos y los convenios operaron en la realidad como códigos de conducta aplicados a las comunidades con el fin de apaciguar y controlar las posibilidades de protesta social. Establece el informe:

“a través de lo que en la mayoría de casos constituía dádivas de las empresas, se daba paso y se iba profundizando una lógica clientelar por parte de las comunidades que, en sus precarias condiciones de vida, aceptaban, sin mayor cuestionamiento, las condiciones estipuladas en los mencionados convenios.”

Las empresas petroleras que han entablado juicios contra el Estado ecuatoriano dejan tras de sí un fuerte pasivo ambiental



“Hubo obras comunitarias pero no se cumplió completamente lo que estaba en el convenio. Petrobras dijo que el sistema de agua iba a estar operando durante dos años pero esto no se cumplió y ahora el sistema de agua es inútil”.

(Bravo, Hermel.

Entrevistado por la CAITISA Sep. 15. 2014).

con episodios que van desde piscinas abiertas para el depósito de crudo, fluidos tóxicos y desechos a los derrames de crudo o fluidos tóxicos a los cursos de agua y los territorios.

Se han registrado numerosas maniobras de las empresas dirigidas a incumplir sus obligaciones tributarias. Siete de las

El caso Chevron

La compañía Texaco, adquirida por Chevron, inició operaciones de exploración en 1967 y de explotación desde 1972; desde entonces procedió con irresponsabilidad e irrespeto, con tecnologías anticuadas, provocando derrames de más de 26.000 barriles de crudo hacia importantes ríos: Aguarico, Quijos y Shiripuno, y a numerosos esteros, también vertió 18.000 galones de agua de formación, más tóxica que el mismo crudo, provocando todo ello muerte de peces, ganado, animales salvajes; se encontraron 916 piscinas que abrió Texaco, cuyas filtraciones han causado toxicidad de tierras y contaminación del agua y del aire. Por el alto nivel de contaminación la salud de la población se vio muy afectada; solo en una encuesta realizada a 1064 familias se encontraron 306 casos de cáncer. Se presume, sin embargo, un daño mayor, en vista de que no se registraba esta causa de muerte, por desconocimiento de la enfermedad.

empresas que han demandado a Ecuador se registran como nacionales de paraísos fiscales pero se escudan en TBI firmados con otros países para iniciar las demandas (Estados Unidos, Francia y Canadá). Por otro lado, es recurrente la práctica de la subcapitalización por medio de la cual las empresas encubren ingresos de capitales detrás de operaciones de créditos entre subsidiarias para eludir el pago del impuesto a la Renta. Son numerosas las irregularidades registradas por la comisión en las 15 empresas investigadas: pérdidas de ejercicios contables, poca relación del impuesto pagado por el ingreso en ventas e ingreso de capital encubierto en créditos entre subsidiarias, entre las principales. Estas maniobras acrecientan el costo fiscal a lo que el Estado ya renuncia a partir de las extensiones e incentivos.

Las empresas se benefician de los servicios públicos a precios subsidiados y utilizan la infraestructura pública sin ninguna contrapartida.

E) Recomendaciones de la CAITISA

La Comisión recomienda que se promueva **una práctica Latinoamericana sobre terminación de los tratados** que pueda ser seguida no sólo por Ecuador sino por otros países de la región.

Recomienda al Estado ecuatoriano **proceder a la denuncia de los Tratados** con base en los siguientes argumentos destacados:

- > Para la Corte Constitucional del Ecuador los tratados son inconstitucionales.
- > Que no se cumplieron los objetivos de desarrollo y bienestar que preveían los tratados sino que, por el contrario, se comprobaron efectos contrarios a ellos.
- > Que los tratados son contradictorios con obligaciones erga omnes asumidas por Ecuador a nivel internacional, como las que surgen de los tratados de derechos humanos.
- > Que el cambio de circunstancias políticas a partir de la nueva Constitución de 2008 fue un hecho imprevisto e imprevisible al momento de celebrarse los TBI, implicando un cambio fundamental de las circunstancias jurídicas en que aquellos se celebraron.
- > Que los tribunales arbitrales que han juzgado a Ecuador aplican criterios que significan una ampliación significativa del alcance y sentido de las obligaciones originalmente acordadas por las partes en los Tratados. Esto equi

vale a un cambio de circunstancias que es causal de la terminación de los tratados.

> Que la decisión del Ecuador sobre la denuncia se inscribe en una tendencia global de algunos gobiernos de restringir la protección de inversiones extranjeras y asegurar el derecho soberano de los Estados a regular en favor del bien público.

Negociar nuevos instrumentos internacionales sustentados en garantías a la soberanía de los Estados para el cumplimiento de sus funciones en pro del bien público. Estos pueden tomar la forma de contratos empresa-Estado y tratados internacionales de nuevo tipo. Como principios de esos instrumentos se deben observar:

- a) hacer efectiva la supremacía de los derechos humanos sobre los derechos comerciales,
- b) preservar las capacidades regulatorias del Estado,
- c) asegurar el desarrollo sostenible (garantizando los derechos humanos, la protección del medio ambiente, los derechos laborales y otros intereses sociales);
- d) acabar con la disparidad de que solo las empresas pueden demandar a los Estados y no a la inversa. Incluir la posibilidad de que los Estados puedan demandar a los inversores ante violaciones. Y que las comunidades afectadas por violaciones de derechos humanos tengan la posibilidad de presentar demandas contra los inversores ante un tribunal competente;
- e) restringir las posibilidades de interpretaciones abusivas o extensivas de las cláusulas y de los mecanismos de resolución de conflictos.
- f) que el inversor renuncie a los derechos de solución de controversias al amparo de los TBI;
- g) que exista control social sobre los contratos y tratados negociados por los Estados.

:: LECCIONES A EXTRAER. REFLEXIONES FINALES.

Los TBI son instrumentos que supuestamente se negocian con el fin de atraer inversiones extranjeras pero que activan numerosos mecanismos que van mucho más allá: someten a limitaciones concretas a la política pública, ofrecen garantías extremas a las empresas extranjeras para asegurar el lucro de su operación, les otorgan súper poderes para cuestionar el poder soberano de los Estados, actúan como normas de primera jerarquía en el orden jurídico internacional al anteponer las obligaciones en ellos contenidos a las previstas en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

A pesar de repetirse como axioma, no existe evidencia clara de la causalidad entre la firma de TBI y la atracción de inversiones. En Ecuador sólo 40% de la inversión proviene de países con TBI. Brasil (que no posee ni un solo TBI vigente) y Bolivia (que ha iniciado un proceso de denuncia de sus TBI)³¹, países que se destacan en la atracción de inversión extranjera en el contexto latinoamericano, son ejemplos de la importancia de otros factores como la abundancia de bienes naturales, la solidez institucional, la disponibilidad de un mercado de gran magnitud, la disponibilidad de infraestructura, entre otros de gran peso para la atracción de inversiones.

El sistema internacional de arbitraje inversionista-Estado es una maquinaria cuya subsistencia está vinculada a la realización de juicios y la culpabilización de los Estados. El sistema encierra numerosos mecanismos que ofrecen pocas garantías a los Estados: conflicto de intereses por parte de los árbitros, tendencia a la aceptación de jurisdicción sin base legal, interpretación expansiva de las obligaciones de los Estados. La aceptación de mecanismos como el CIADI trae consigo una fuerte afectación de la capacidad soberana del Estado a partir del ataque a las políticas públicas y afecta el erario nacional a raíz de las cuantiosas sumas que los Estados se ven obligados a pagar por concepto de honorarios e indemnizaciones a las empresas.

En el caso de Ecuador no hay evidencia sobre el impacto de la inversión conducida por el mercado y a partir del modelo de los TBI en el desarrollo nacional. La investigación y el trabajo de campo referido a las inversiones que originaron disputas internacionales contra el país dan cuenta de fuertes impactos negativos en términos ambientales, productivos, económicos, sociales y culturales.

Por otra parte, las empresas que se benefician del régimen promocional desarrollan diversas maniobras para evadir las obligaciones en materia fiscal. El régimen de libre inversiones es un juego ganar-ganar para los inversionistas, a costa de la democracia plena y la soberanía de los pueblos.

En los últimos tiempos, la experiencia de América Latina en relación a las inversiones extranjeras conducidas por intereses del mercado nos habilitan a subvertir el sentido común instalado por la ortodoxia económica capitalista en el sentido de aceptar como axioma la necesidad de mecanismos que aseguren la libertad absoluta a las inversiones extranjeras para beneficios en términos de desarrollo nacional. Es creciente la evidencia y son crecientes las voces críticas al mecanismo. Es tiempo de invertir la carga de la prueba.

Como lo indica la buena práctica en materia de políticas públicas, la medición de impactos de las iniciativas estatales es un componente central en una buena administración del bien público. El trabajo desarrollado por la CAITISA abre el camino a experiencias similares en nuestros países.

Una auditoría pública sobre los impactos del sistema de protección y promoción a la inversión extranjera impuesto por el capitalismo debería atender a las siguientes interrogantes:

(a) ¿Qué tipo de inversiones extranjera directa se necesita para un proyecto nacional de desarrollo centrado en las necesidades internas, que apunte a la redistribución de la riqueza, el aprovechamiento sostenible y la soberanía sobre los recursos estratégicos, y la superación de las desigualdades provocadas por los modelos productivos de acumulación excluyente.

(b) ¿Permiten los TBI firmados por el país atraer y privilegiar IED que favorezca el proyecto de desarrollo nacional y desalentar tipos de inversión desfavorable?

(c) ¿Qué tipo de regulaciones del capital transaccional/ corporaciones transnacionales es necesaria para asegurar que la inversión extranjera contribuya al desarrollo y no menoscabe los derechos sociales y medioambientales?

(d) ¿Qué impacto tienen los TBI sobre los procesos de integración regional? Permiten fortalecer y avanzar, por ejemplo, en propuestas de integración productiva regional?

(e) Análisis de la compatibilidad con Tratados Internacionales firmados como ser: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los convenios fundamentales de la OIT, Convenciones en materia de protección a la Salud, Acuerdos Multilaterales sobre Medio Ambiente, entre otros. Incluyendo una valoración de las obligaciones asumidas por el país en los TBI (derechos de propiedad de las inversiones, por ejemplo) vis a vis las obligaciones de derecho internacional vigentes para todos los Estados (los derechos humanos, por ejemplo).

(f) Medición de los impactos de las inversiones provenientes de países con los que se ha firmado TBI en términos de:

* Creación de empleo, calidad de empleo, calificación de mano de obra, sindicalización, salarios, empleo de mano de obra local, empleo de mujeres y jóvenes.

* PIB, deuda, equilibrios macroeconómicos, balanza de pagos, balanza comercial, tasa de reinversión.

* Renta generada, concentración/redistribución del ingreso

* Aporte/pérdidas de recaudación fiscal.

* Incidencia en el índice de precios del producto al consumidor nacional.

* Integración de cadenas productivas con valor agregado nacional, uso de materia prima e insumos de origen nacional, desarrollo del mercado interno/exportación transferencia de tecnología, uso de tecnologías limpias, incremento de investigación y desarrollo

* Concentración/extranjerización del uso y propiedad de la tierra/sector productivo, diversificación y desconcentración/descentralización de la matriz productiva, fomento de pymes y cooperativas.

* Industrialización/primarización.

* Pasivos ambientales, conflictividad social, huella ecológica, consumo de energía y agua.

ANEXOS

Detalle de las demandas que enfrenta el Ecuador:						
EMPRESA	ORÍGEN	TBI INVOCADO	MARCO JURÍDICO	MONTO DE LA DEMANDA	ESTADO DE LA DEMANDA	SETOR DE ACTIVIDAD
Chevron (III)	USA	Ecu-USA	CPA	9.500.000.000 USD	Panel no se ha pronunciado	Hidrocarburos
Cooper Mesa	Canadá	Ecu-Canadá	CPA	69.700.000 USD	Panel no se ha pronunciado	Minería
Merck Sharpe & Dohme	USA	Ecu-USA	CPA (Uncitral)	1.570.000 USD	Panel no se ha pronunciado	Farmacia
RSM Production Corporation	USA	Ecu-USA			Panel no se ha pronunciado	Minería
Zamora Gold	Canadá	Ecu-Canadá	UNCITRAL		Panel no se ha pronunciado	Minería
Burlington	USA	Ecu-USA	CIADI	1.139.100.000 USD	Panel falla a favor del inversor. Ecuador pide anulación o se está en etapa de cuantificar el daño	Hidrocarburos
Chevron (II)	USA	Ecu-USA	CPA (Uncitral)	1.605.000.000 USD	Panel falla a favor del inversor. Ecuador pide anulación o se está en etapa de cuantificar el daño	Hidrocarburos
Perenco	Bahamas	Ecu-Francia	CIADI	440.000.000 USD	Panel falla a favor del inversor. Ecuador pide anulación o se está en etapa de cuantificar el daño	Hidrocarburos
Oxy II	USA		CIADI	3.370.000.000 USD	Panel falla a favor del inversor. Ecuador pide anulación o se está en etapa de cuantificar el daño	Hidrocarburos
Ecuador TLC/ Petrobras Argentina	Brasil-Argentina	Ecu-Argentina	CPA	Acuerdo entre partes antes de determinar demanda	Acuerdo entre partes	Aeropuerto
Globalnet-Unete Telecomunicaciones	Bolivia	Ecu-Bolivia	UNCITRAL	32.500.000 USD	Acuerdo entre partes	Telecomunicaciones
IBM	USA	Ecu-USA	CIADI	4.680.508 USD	Acuerdo entre partes	Servicios Informáticos



EMPRESA	ORÍGEN	TBI INVOCADO	MARCO JURÍDICO	MONTO DE LA DEMANDA	ESTADO DE LA DEMANDA	SETOR DE ACTIVIDAD
Noble Energy & Madala	Islas Caimán	Ecu-USA	CIADI	Acuerdo entre partes antes de determinar demanda	Acuerdo entre partes	Aeropuerto
Encana	Canadá	Ecu-Canadá	Corte de Londres	80.000.000 USD	Laudo a favor del Estado	Hidrocarburos
MCL Power Group	USA	Ecu-USA	CIADI	75.000 USD	Laudo a favor del Estado	Electricidad
Murphy Exploration (Repsol)	USA	Ecu-USA	CIADI	185.400.000 USD	Inversor retiró la demanda	Hidrocarburos
Duke Energy	USA	Ecu-USA	CIADI	25.000.000 USD	Laudo a favor del inversor	Electricidad
Murphy Exploration (II)				375.000.000 USD	Laudo a favor del inversor	Hidrocarburos
Oxy (II)	USA	Ecu-USA	Tribunal de Londres	1.854.000.000 USD	Laudo a favor del inversor	Hidrocarburos

Fuente: Elaboración propia con información del Informe de la CAITISA.

1. La referencia al concepto weberiano de “ética de la responsabilidad” está contenida en la carta de renuncia a la presidencia de la CAITISA presentada por Carlos Gaviria en noviembre de 2014. Dice al respecto: “Entiendo perfectamente la situación que usted enfrenta, señor Presidente, pero la mía es diferente: apelando a la dicotomía weberiana, usted debe actuar conforme a una ética de la responsabilidad, que es la que incumbe al gobernante. Yo, en cambio, que no tengo esas funciones, puedo seguir actuando según la ética de la convicción, que es la que ha guiado mi comportamiento durante tantos años, y ella me dice que no debo contemporizar con situaciones fácticas que no por irresistibles son menos dignas de censura”. Texto completo disponible en: <http://moir.org.co/Carta-de-renuncia-de-Carlos.html>
2. Ver al respecto: <http://www.stopcorporateimpunity.org/firma-del-tratado-de-libre-comercio-entre-la-union-europea-y-ecuador/?lang=es>
3. No entraron en vigor los negociados con Costa Rica y Panamá, que no fueron suscriptos y el negociado con Rusia que no fue ratificado por este país.
4. Más adelante profundizaremos el análisis sobre el proceso de denuncia de los Tratados.
5. http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html
6. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20SPANISH.pdf>
7. <https://pca-cpa.org/es/home/>
8. <http://www.iccspain.org/icc/quienes-somos/>
9. <http://www.lcia.org/LCIA/organisation.aspx>
10. El sistema internacional de arbitraje en materia de inversiones está compuesto por diversas instancias a las cuales pueden acudir las empresas para impugnar la acción de los Estados: UNCITRAL, CCI, CIADI..
11. Olivet, Cecilia; Eberhardt, Pía: “Cuando la injusticia es negocio”, Trasnational Institute (TNI) y Corporate Europe Observatory (CEO), Amsterdam, 2012.
12. Artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.”
13. En el informe también se hace mención a este grupo como “un pequeño club secreto”, “un círculo cerrado”, “un hermético grupo homogéneo integrado por ‘grandes veteranos’”.
14. El problema de la “puerta giratoria” tal como se ha presentado en la literatura. Op. Cit. Olivet, Eberhart.
15. Testimonio del árbitro canadiense Yves Fortier. Informe Ejecutivo de la CAITISA, página 68.
16. Informe Ejecutivo de la CAITISA, página 74.
17. *Ibidem*, página 45.
18. Informe Ejecutivo p. 47.
19. Informe Ejecutivo de la CAITISA, página 49.
20. La ley 42 es la que establecía la denegación de devolución de IVA a las empresas del sector de petróleo.
21. Informe ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.
22. *Ibidem*, página 126.
23. Informe de la CAITISA, página 82.
24. Informe de la CAITISA, página 81. Según informaciones de la CEPAL.
25. El informe destaca lo positivo de la re inversión de las ganancias generadas por las empresas en el país pero señala con preocupación la reducción progresiva de la tasa de reinversión desde 2003.
26. Informe página 82.
27. El tercero y cuarto lugar está ocupado por paraísos fiscales.
28. El sector de canteras, minas y petróleo es el principal atractor de inversiones con un tercio del total de las inversiones recibidas entre 2000 y 2013.
29. Informe de la CAITISA, página 85
30. Informe de la CAITISA, páginas 90 a 93.
31. Ver al respecto: Barreto, V. y Carrau, N., “Política de inversiones en América Latina: el reinado del poder corporativo”, REDES-Amigos de la Tierra Uruguay, TNI, 2015.