
*FORO
SOCIAL
MUNDIAL
2016*

**CAPÍTULOS DE INVERSIONES EN TRATADOS
COMERCIALES**

**RESULTADOS DE UNA AUDITORÍA A TRATADOS DE PROTECCIÓN
RECÍPROCA DE INVERSIONES Y EL SISTEMA DE ARBITRAJE EN
MATERIA DE INVERSIONES¹**

PIEDAD MANCERO

Montreal, agosto 2016

¹Presentado en el Foro Social Mundial por invitación de Friedrich-Ebert-Stiftung, de Berlín, Alemania

CAPÍTULOS DE INVERSIONES EN TRATADOS COMERCIALES

SUBTEMA: RESULTADOS DE UNA AUDITORÍA A TRATADOS DE PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y EL SISTEMA DE ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES

I. Antecedentes.

Desde inicios de este milenio surgió progresivamente en Latinoamérica una conciencia pública sobre los costos y el avasallamiento que estaban sufriendo varios países de la Región, aquellos que admitieron presiones concurrentes respecto de la inversión extranjera como recurso imprescindible para el crecimiento y la modernización de la economía.

Uno de esos países fue Ecuador que, en la década de los 90's en la gran arremetida neoliberal, había modificado leyes y dictado otras tantas para asegurar atractivas ganancias a las empresas extranjeras. Como complemento, suscribió 21 tratados bilaterales de inversión de los 30 firmados entre 1985 y 2003.

La Inversión Extranjera Directa (IED) sí aumentó en esa década, pero solo en los sectores de explotación de recursos naturales, porque una reforma a la Ley de Hidrocarburos de 1994, permitió que la mayor parte de ingresos por las exportaciones de petróleo sea para las empresas, en porcentajes entre el 70% y un 100%.

Desde mediados de la primera década de los 2000, cuando muchas circunstancias habían cambiado, el país comenzó a aplicar medidas para recuperar algo de los beneficios petroleros; correlativamente se presentaron las primeras demandas multimillonarias directamente ante tribunales internacionales, conforme permitían los TBI comprometidos.

Esta situación, que no era solo de Ecuador, condujo ala acción fiscalizadora oficial y ciudadana sobre las negociaciones y firma de los tratados bilaterales suscritos, el contenido y compatibilidad con la legislación nacional, los laudos y decisiones emitidos en procesos de arbitraje internacional contra el país, así como los impactos provocados al Estado, a los pueblos y nacionalidades ecuatorianos, en términos económicos, sociales y ambientales.

Se encargó, entonces, esa tarea a la Comisión de Auditoría Integral Ciudadana – CAITISA – creada, además, en atención al Mandato de la Asamblea de Pueblos, Nacionalidades y Organizaciones Sociales de Ecuador, que expuso la inconformidad colectiva con el pago a compañías extranjeras de indemnizaciones astronómicas impuestas por tribunales arbitrales, por considerarlas injustas y carentes de toda legitimidad.

II. Principales resultados y conclusiones de la auditoría

Investigaciones efectuadas por la Comisión auditora, exhaustivos análisis de casos sometidos a demandas judiciales en tribunales internacionales y trabajos *in situ* permitieron obtener y

constatar evidencias de anomalías y atropellos, parte de lo cual se anota sumariamente a continuación:

1. Irregularidades en la suscripción de TBI y en la adhesión al Centro para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Ecuador suscribió 30 TBI, están vigentes 26. La mayoría entre 1992 y 2002, en muchos casos mediante procedimientos simplificados, a pesar de que violentaban disposiciones legales; las autoridades estaban convencidas de la bondad de la inversión extranjera y sentían el apremio de atraerla. La adhesión al CIADI se formalizó recién en 2001, sin embargo los tratados contemplaban su intervención como recurso judicial directo y de máxima instancia.

2. Estructura de los TBI. Consisten modelos comunes predeterminados, no toman en cuenta asimetrías ni particularidades de los países. **Escasa opción de reciprocidad.**

Cláusulas sustantivas. Contienen abiertamente las condiciones que garantizan privilegios a las empresas y son las que esgrimen en las demandas inversor – Estado.

Trato Nacional, Nación más favorecida, Trato justo y equitativo (conforme “legítimas expectativas del inversor”), Protección y seguridad plena, Expropiación directa e indirecta, Estabilidad legal y libre transferencia de divisas, Supervivencia (entre 10 y 20 años).

Las definiciones son ambiguas, de manera que, a conveniencia de los demandantes, tanto ellos como los árbitros se han permitido interpretaciones extensivas, más allá de lo convenido por las partes.

Prohíben a los Estados exigir “requisitos de desempeño” (generación de empleo, transferencia de conocimientos y tecnologías, uso de insumos locales). No contemplan obligaciones de los inversionistas en relación con el respeto a los derechos humanos y protección del ambiente.

3. Sistema de solución de controversias

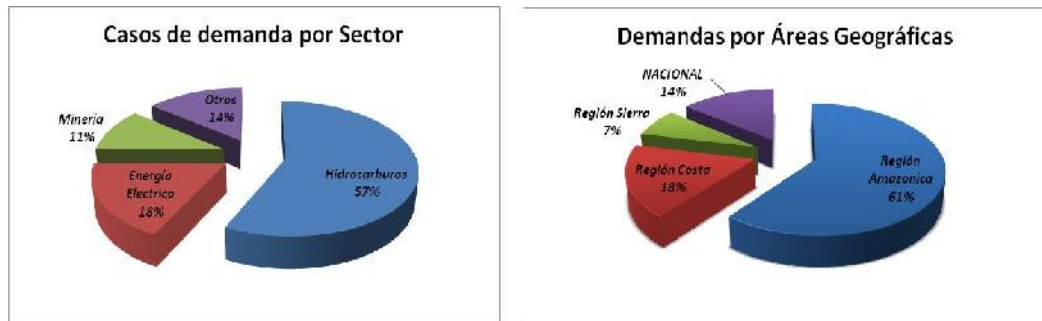
Tanto la Convención de Washington (1965) que creó el CIADI, cuanto las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y los tratados bilaterales permiten el proceso unidireccional – solo el inversor puede demandar -, directamente en tribunales internacionales de arbitraje, desconociendo instancias jurídicas nacionales. Esto implica cesión de soberanía de los Estados anfitriones de las inversiones y ventaja de la que no gozan los inversionistas nacionales (clara contradicción de la cláusula “Trato nacional”).

Conformación de los tribunales de arbitraje.- Una investigación pormenorizada de las actuaciones de los árbitros que han dirimido causas contra Ecuador permitió hallar situaciones insólitas que ponen en duda la imparcialidad de los tribunales¹:

- **Conflicto de intereses** de los árbitros. **Sesgo comercial** inapropiado para disputas contra los Estados. Desconectados del derecho internacional público; peor aún, respecto de los ordenamientos jurídicos de los países.
- **Grupos de elite**, árbitros con altas influencias y nominaciones repetidas. **Puerta giratoria.**
- **Impunidad** civil y penal de los árbitros. Están blindados de cualquier reclamación futura de las partes sometidas al arbitraje.
- Dificultades y resistencias para la **recusación.**
- **Sentencias definitivas**; no hay apelación.

4. Demandas arbitrales contra Ecuador bajo invocación de TBI

El país ha sido demandado en 24 ocasiones, a partir de 2003. Las demandas por valores multimillonarios se presentan desde 2006 cuando medidas estales comienzan a precautelar derechos y recuperar recursos perdidos por los excesivos beneficios otorgados a las compañías extranjeras; también, por decisiones públicas legítimas e inevitables ante cambios de circunstancias. Son 22 empresas demandantes, la mayoría de sectores extractivistas (petróleo y minería); principal campo de operaciones: la Amazonía ecuatoriana.



El TBI suscrito con Estados Unidos ha sido invocado en 17 casos, con Canadá, en tres ocasiones, con Francia, España, Bolivia y Argentina, una vez cada uno.

Siete de las empresas demandantes declararon nacionalidad en paraísos fiscales, con cuyos países Ecuador no ha firmado TBI; pero, para demandarlo se acogen al TBI vigente con otro país, del cual efectivamente provienen los capitales.

En los 17 casos cerrados solo cinco laudos fueron favorables al Estado.

Las cuantías determinadas sumaron cerca de US\$18.000 millones, en lo cual está la contrademanda por 9.500 millones de dólares con la que Crevron pretende trasladar al Estado ecuatoriano el valor de la sentencia expedida a favor de las comunidades nativas perjudicadas por la explotación petrolera. La suma total, que no incluye cuantías por determinar, equivale al 62% del Presupuesto Nacional de 2016.

Se ha pagado hasta julio de 2016 cerca de US\$1.300 millones y cubierto gastos de los procesos (honorarios, aportes a CIADI y otros costos) por cerca de 200 millones. Estas dos cantidades sumadas, han privado a la población ecuatoriana de escuelas, hospitales, universidades, becas, viviendas que mucho necesita.

5. ¿Han generado los TBI firmados algún beneficio a Ecuador? Ninguno

La IED en Ecuador continuó siendo baja. Apenas representó el 1,1% del PIB entre 2000 y 2013.

El origen de las mayores inversiones, en ese periodo, fue de Brasil y México, países con los cuales Ecuador no ha suscrito TBI alguno.

Protegidas por prohibiciones expresas las empresas transnacionales no han cumplido ningún requisito de desempeño: el empleo generado por dichas empresas ha sido incipiente, no se registra transferencia de tecnología ni utilización de bienes intermedios locales, salvo los de precios bajos o subsidiados.

Se mantuvieron niveles de pobreza y precarias condiciones de vida en zonas de influencia donde operaban las compañías, especialmente las de actividades petroleras. En los TBI, ninguna responsabilidad por pasivos ambientales causados.

6. Implicaciones e impactos en lo social y económico, en los derechos humanos y de la naturaleza por inversiones de empresas que han demandado a Ecuador.

Se obtuvieron testimonios de desplazamientos humanos y despojo de tierras; las compañías suscribían con las comunidades convenios y códigos de conducta con los cuales impedían o ponían límites a cualquier tipo de reacción social. Se constató el agotamiento de recursos naturales, ecosistemas destruidos y contaminados, en buena parte, por el uso de tecnologías anticuadas que se dejaron de utilizar en otros lugares.

Caso muy grave es el de **Chevron (ex Texaco)**: causó **derrames de más de 26.000 barriles de crudo y 18.000 millones de galones de aguas tóxicas; 916 piscinas de desechos de hidrocarburos abiertas**, cuyas filtraciones degeneran tierras, ríos y el aire; **enfermedades**, en muestra obtenida de 1064 familias, se registraron **306 casos de cáncer**; pérdida de cultivos, de animales, peces, aves, en territorios **de 6 pueblos indígenas: Cofan, Secoya, Siona, Huaorani, Kichwa, Shuar - 30.000 personas afectadas -**.

Tribunales nacionales condenaron a Chevronal pago de US\$9.500 millones; pero la compañía **no reconoce**, en cambio exigió a Ecuador, con amenazas de embargos inminentes y bloqueos, el pago de US\$112 millones en fecha perentoria, sin haber demostrado consideración alguna por el desastre que sufre el país como consecuencia del terremoto de abril de este año.

Persistente evasión tributaria de casi todas las empresas. Entre varias formas de evasión y elusión fiscal (inclusive aquellas que permiten los paraísos fiscales), la Comisión destacó la práctica sistemática de subcapitalización y constitución poco transparente de subsidiarias, con lo que las empresas investigadas han ingresado la mayor parte de capitales en forma de préstamos (varios intra-firma), con un mínimo de inversión. Una primera evidencia de este fraude se observa en el crecimiento explosivo de la deuda externa privada desde mediados de la década de los 90's cuando las compañías extranjeras encuentran liberalidad y apertura para la explotación petrolera en el país.

7. Decisiones soberanas de Ecuador

Con fundamento en la Constitución de la República que rige desde 2008 y establece la prohibición de ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional... (art. 422), el gobierno ecuatoriano ha tomado decisiones e iniciativas relacionadas con los TBI y las controversias Inversor – Estado:

- Denuncia al CIADI, en julio/2009, causó efecto 6 meses después; pero continúan los procesos.
- Denuncia de los 26 TBI vigentes a 2008. Continúa trámite interno y externo.
- Promueve la conformación del Centro de Solución de Controversias, en UNASUR.
- Presentó en ONU Iniciativa Código Vinculante para empresas transnacionales en materia de derechos humanos.

III. Algunos lineamientos en materia de inversiones a ser considerados en tratados comerciales llamados “de nueva generación”

El sistema actual de protección de inversiones ha sido progresivamente cuestionado por la mayoría de países (Estados y movimientos sociales), al tiempo que se vuelve insostenible; ya lo reconoce UNCTAD y otros organismos multilaterales. Es pertinente, entonces, seguir nuevos lineamientos, que se derivan de experiencias de la auditoría ecuatoriana, toda vez que hay similitudes en cláusulas sustantivas y otras condiciones de los tratados bilaterales de inversiones y las de tratados comerciales conocidos: TPP, TTRP, CETA.

- **Derechos de los inversionistas:** Acceso a información suficiente, confiable y accesible; reglas claras, seguridad jurídica y un modelo de desarrollo definido; equilibrio y transparencia en relaciones productivas y comerciales; eficaz sistema financiero y administrativo; sistema judicial probo e imparcial; estabilidad de concesiones e incentivos cuando se cumplen compromisos y responsabilidades.
- **Responsabilidades de los inversionistas:** Inversiones transparentes, sostenibles, compatibles con objetivos de desarrollo del país anfitrión. Conciencia del riesgo de toda inversión; los Estados no pueden garantizar ganancias. Respeto y cumplimiento de obligaciones tributarias, cambiarias, laborales y ambientales. Transparencia, legalidad y legitimidad en manejo de capitales.
- **Derechos y responsabilidades de los países de acogida:** Calificar y evaluar cada caso de IED en el territorio nacional; la soberanía del respectivo Estado para dictar políticas y tomar decisiones conforme interés público y perspectivas de desarrollo; cuidar la supervivencia de inversiones nacionales (formas de coparticipación accionaria, niveles directivos mixtos). A su vez, los Estados deben proteger la IED comprometida con desarrollo nacional sustentable.
- **Modelo alternativo de acuerdo sobre inversiones:** Los objetivos de los tratados deben precautelar la **jeraarquía de derechos humanos y ambientales** sobre intereses

comerciales. Prohibir expresamente retroactividad. Las definiciones de términos deben ser de consenso, conforme estándares internacionales. Cláusulas que se deben evitar: “**expropiación indirecta**” o “equivalente a expropiación” “**trato nacional**”, “nación más favorecida”. Precisión de “**bienes intangibles**”, en especial en derechos de propiedad intelectual; también, definiciones de aquellos servicios que se puedan incluir y los que no.

- **En régimen de solución de controversias:** Reconocer instancias administrativas, de jurisdicción nacional y finalmente, arbitraje internacional neutral. Cuestiones tributarias no deben ser objeto de arbitraje internacional. Precautelar situaciones especiales por desastres u obstáculos al desarrollo.

Piedad Mancero

Comisionada de CAITISA

ⁱ Se considera que la industria del arbitraje internacional en materia de inversiones es una de las más lucrativas porque, a más de los enormes honorarios que se reparten entre pocos, está cada vez más interconectada con el mundo de las finanzas especulativas (Ver “Cuando la injusticia es un negocio”, autoras: Pia Eberhardt y Cecilia Olivet, publicado por Corporate Europe Observatory www.corporateeurope.org y Transnational Institute www.tni.org).