

TRES CASOS LATINOAMERICANOS ANTE EL CIADI: ARGENTINA, MÉXICO Y ECUADOR

Sonia RODRÍGUEZ JIMÉNEZ*

SUMARIO: I. *Introducción y planteamiento de la problemática.* II. *El preocupante caso de Argentina.* III. *El inquietante caso de México.* IV. *El repuntamiento del caso de Ecuador.* V. *Conclusiones.*

Quisiera iniciar estas líneas alabando la obra y persona del doctor Rodolfo Cruz Miramontes. Es un placer coincidir en esta vida (académica y personal) con personas como el doctor Miramontes. No sólo es admirable su simpatía y vitalidad, sino también su capacidad para entretenernos y entusiasmarnos a todos en sus conferencias. Ese magnetismo que tiene no es gratis, sino que es fruto de la experiencia acumulada por tan reconocido abogado y académico. Del doctor Miramontes sólo se pueden decir cosas buenas: amigo, compañero y maestro. Desde estas líneas nada más me resta agradecerle por las conversaciones mantenidas y por las que, de seguro, quedan por mantener.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA

No deja de inquietarnos el factor numérico que, traducido en demandas ante el CIADI, afectan a la fecha a Estados latinoamericanos. De un rápido recuento llegamos a ver que los casos suman en la actualidad cin-

* Doctora en derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

cuenta y nueve pendientes y veinticuatro concluidos.¹ En este conteo encontramos el caso argentino, que en la actualidad cuenta con treinta y dos casos pendientes² de resolver y diez ya resueltos;³ seguido del caso mexicano, que suma seis pendientes⁴ y siete concluidos;⁵ con parecido

¹ Estos datos pueden comprobarse en la página oficial del Banco Mundial: www.worldbank.org/icsid. Datos actualizados al 6 de marzo de 2007.

² Como enumeración de los casos argentinos encontramos: Compañía de Aguas del Aconquija, S. A. and Vivendi Universal (caso 97/3), Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP (caso 01/3), CMS Gas Transmisión Company (caso 01/8), Azurix Corp. (01/12), Lg & E Energy Corp, LG&E Capital Corp. And LG & E Capital Corp. And LG & E International INc (caso 02/1), Sempra Energy International (caso 02/16) AES Corporation (caso 02/17), Camuzzi Internacional S. A. (caso 03/2), Metalpar S. A. and Buen Aire S. A. (caso 03/5), Continental Casualty Company (caso 03/9), Gas Natural SDG (caso 03/10), Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company (caso 03/13), El Paso Energy International Company (caso 03/15), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S. A. (caso 03/17), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A. and Vivendi Universal S. A. (caso 03/19), Telefónica S. A. (caso 03/20), Enersis S. A. (caso 03/21), Electricidad Argentina S. A. and EDF Internacional S. A. (caso 03/22), EDF Internacional SA, SAUR Internacional S. A. and León Participaciones Argentinas S. A. (caso 03/23), Unisys Corporation (caso 03/27), Azurix Corp. (caso 03/30), Total S. A. (caso 04/1), Saur Internacional (caso 04/4), BP America Production Company and others (caso 04/8), CIT Group Inc (caso 04/9), Wintershall Aktiengesellschaft (caso 04/14), Mobil Exploration and development Inc., Suc. Argentina and Mobil argentina (caso 04/16), Daimler Chrysler Services AG (05/1), Compañía General de Electricidad S. A. and GCE Argentina SA (caso 05/2), TSA Spectrum de Argentina S. A. (caso 05/5), Asset Recovery Trust S. A. (caso 05/11); Giovanna A. Beccara and others (caso 07/5).

³ Lanco International, Inc. (case/97/6), Houston Industries Energy, Inc. and other (caso 98/1), Mobil Argentina S. A. (caso 99/1), Empresa Nacional de Electricidad S. A. (caso 99/4), Siemens A. G. (caso 02/8), Camuzzi Internacional S. A. (caso 03/7), Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S. A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S. A. (caso 03/12), Aguas Cordobesas S. A. Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (caso 03/18), France Telecom S. A. (caso 04/18), RGA Reinsurance Company (Caso 04/20).

⁴ En el caso mexicano encontramos los siguientes casos: Corn Products Internacional (caso AF/04/1), Gemplus S. A., SLP, S. A. and Gemplus Industrial, S. A. de C. V. (caso AF/04/3), Talsud S. A. (caso AF 04/4), Archer Daniels Midland Company and tate & Lyle Ingredients Ameritas, Inc (caso AF/04/5), Bayview Irrigation District and others (caso AF/05/1), Cargill, Incorporated (caso AF/05/2).

⁵ Metalclad Corporation (caso (AF)/97/1), Robert Azinian and others (caso (AF)/97/2), Waste Management, Inc. (caso (AF)/98/2), Marvin Roy Feldman Karpa (caso (AF)/99/1), Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. (caso (AF)/00/2) Waste Management, Inc. (Caso (AF)/00/3), Firesman's Fund Insurance Company (caso AF/02/01).

recuento está el caso de Ecuador, con siete pendientes⁶ y dos concluidos;⁷ numéricamente más alejado encontramos el caso de Chile, con tres casos pendientes;⁸ Perú, con cuatro casos pendientes⁹ y uno concluido;¹⁰ Venezuela, con cuatro pendientes¹¹ y tres concluidos;¹² El Salvador, con uno concluido;¹³ Bolivia, con un caso pendiente¹⁴ y uno concluido;¹⁵ Nicaragua¹⁶ y Panamá, con un caso pendiente, respectivamente;¹⁷ Costa Rica,¹⁸ Paraguay¹⁹ y Honduras,²⁰ con un caso cada uno ya concluido.

Del anterior recuento de las demandas (concluidas y pendientes) se puede observar la zona “crítica” en la que se hallan los tres Estados latinoamericanos (Argentina, México y Ecuador) que dan título a este trabajo.

El rápido análisis que se ofrece de cada uno de estos tres casos se intenta ubicar en su propio contexto social-político y económico; lo anterior, con la finalidad, si no de justificar, sí de intentar entender el motivo, origen y justificación en la presentación de tan elevado número de de-

⁶ En los casos en que se implica a Ecuador encontramos MCI Power Group, LC and New Turbina, Inc (caso 03/6), Duke Energy Electroquill Partners and Electroquil SA (caso 04/19), empresa eléctrica del Ecuador, INC (EMELEC) (caso 05/9), Noble Energy Inc. And Machala Power Cia. Ltd. (caso 05/12); Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company (caso 06/11); Técnicas Reunidas, S. A. and Eurocontrol, S. A (caso 06/17); City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) (caso 06/21).

⁷ Repsol YPF Ecuador SA (caso 01/10), IBM World Trade Corp. (Caso 02/10).

⁸ Los casos chilenos son Víctor Pey Casado and President Allende Foundation (caso 98/2), MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA (caso 01/7), Sociedad Anónima Eduardo Vieira (caso 04/7).

⁹ Empresas Lucchetti, S. A. and Lucchetti Perú (caso 03/4), Duke Energy International Peru Investment No. 1 Ltd (caso 03/28), Aguaytia Energy, LLC (caso 06/13) Tza Yap Shum (caso 07/6).

¹⁰ Compagnie Minière Internationale Or S. A. (Caso 98/6).

¹¹ Vannessa Ventures Ltd. (caso (AF)/04/6); I & I Beheer BV (caso 05/4); Vestey Group Ltd (caso 06/4); Eni Dación B. V. (Caso 07/4).

¹² Fedax N. V. (caso 96/3); GRAD Associates, P. A. (caso 00/3); Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. (caso 00/5).

¹³ Inceysa Vallisoletana S. A. (caso 03/26).

¹⁴ Química e Industrial del Borax Ltda. and others (06/2).

¹⁵ Aguas del Tunari S. A. (caso 02/3).

¹⁶ Shell Brands International AG and Shell Nicaragua S. A. (caso 06/14).

¹⁷ Nations Energy, Inc. and others (caso 06/19).

¹⁸ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. (caso 96/1).

¹⁹ Eudoro A. Olguín (caso 98/5).

²⁰ Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S. A. (caso 99/8).

mandas en el contexto latinoamericano.²¹ Entendemos que los factores sociales, políticos y económicos son las tres aristas necesarias para comprender la importancia y alcance del impacto de las demandas que se han presentado a la fecha contra estos tres Estados; por lo anterior, estimamos justo que se estudien de manera conjunta.

Ponemos de manifiesto en estas ideas preliminares que se efectuó un *ranking* en el año 2005, donde aparece Argentina en primer lugar como el Estado más demandado, con un total de cuarenta y dos casos; México, en segundo lugar, con un total de diecisiete, y Ecuador, en el séptimo lugar, con un total de siete demandas. El caso de Ecuador se sitúa por detrás de Estados Unidos, India, República Checa y Egipto.²² A pesar de efectuarse hace un par de años, la situación actual no ha cambiado mucho. De hecho, se ha llegado a afirmar que “el país lidera el *ranking* de causas pendientes de resolución ante el CIADI: sobre un total de 103 procedimientos que esperan resolución, nuestro país tiene 30 juicios abiertos. Algunos de ellos están suspendidos y otros, en trámite”.²³

Si bien en el caso de Argentina y Ecuador todos los casos, concluidos y pendientes, se han conducido o se están conduciendo por vía del Convenio de Washington, del 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio de Washington), el caso de México se lleva a cabo mediante el denominado “mecanismo complementario” o *additional facility*. Lo anterior, motivado por el hecho, respetado, mas no compartido, de que a la fecha México no tiene ratificado el mencionado Convenio de Washington. Aprovechamos estas líneas (como ya viene siendo habitual) para poner de manifiesto nuestro deseo de que México llegue a ratificar, a corto-mediano plazo, dicho instrumento convencional. Si bien sabemos que la positivización del Convenio de Washington no se traducirá necesariamente en una mayor atracción de capital extranjero, no podemos tampoco desdeñar sin más esta posibilidad. Estamos sin duda ante

²¹ Se ha llegado a afirmar “el impacto económico que representan aquellas demandas”, señalando en este orden de ideas que “las indemnizaciones reclamadas en dichos procesos arbitrales —alrededor de US\$ 20 mil millones— se aproximan al total del presupuesto nacional anual de la Argentina y son, por lo tanto, imposibles de conciliar con la capacidad práctica de pagar sin que la economía de la Argentina resulte inviable”. Véase www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20866.

²² www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=30556.

²³ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

un terreno completamente hipotético, de conjeturas y predicciones. Así, si bien podemos afirmar que no necesariamente atraerá mayor inversión, también hay que advertir que ignoramos qué tanta inversión hemos dejado de percibir por no tener ratificado dicho instrumento convencional. De esta forma, son argumentos a favor y en contra los que podemos esgrimir en función del posible incremento en la recepción de inversión tras la ratificación del Convenio de Washington. Si bien no es garantía de un incremento la ratificación convencional, no se convierte necesariamente en la materialización del binomio ratificación-incremento de capital extranjero, tampoco puede comprobarse el polo opuesto.

Con absoluta independencia de las afirmaciones anteriores nos atrevemos a adelantar desde esta breve introducción que la vía alterna que representa el mecanismo complementario, vía de acceso actual de México al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI/ICSID/CIRDI), no nos llega a convencer plenamente. En este orden de ideas, debemos afirmar que el mecanismo complementario añade a las críticas vertidas al sistema arbitral del Convenio de Washington la suya propia. Así, el acceso a través de este mecanismo cuenta con todas las fallas sistémicas que en su momento denunciara Rosatti más una de sello propio.²⁴ Fallas o puntos débiles que podemos resumirlos en tres, los cuales nos parecen el punto neurálgico de las críticas que se pueden hacer a este foro internacional de solución de controversias:

A) La actuación aislada de los tribunales arbitrales del CIADI; este aislacionismo de los distintos tribunales se traduce en una falta de conexión en el actuar que realiza cada uno de ellos, y por ende, en una falta de concatenación e ilación de sus pronunciamientos. Cabe recordar que en el CIADI no se habla de “jurisprudencia”, sino de laudos arbitrales aislados situados en el contexto específico de la demanda presentada. Si bien podemos observar que es una práctica muy común que todo laudo contenga referencias a otros emitidos con anterioridad, esto no implica que sean precedentes de obligada referencia y aprehensión. La inexistencia de criterios de jurisprudencia en el CIADI tiene sus pros y sus con-

²⁴ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=14601; www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=14075 www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=12422 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=12118 www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=14053 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=14075.

tras. En este sentido, sostenemos que si bien garantiza una certera independencia del pronunciamiento emitido por cada tribunal arbitral respecto de casos precedentes, también puede derivar en la existencia de laudos contradictorios. Para nosotros, la inexistencia de jurisprudencia desemboca en una clara falta de previsión jurídica donde los pronunciamientos no están completamente alejados de la “contaminación” que puedan tener respecto de otros emitidos con anterioridad.

B) La declaración de jurisdicción del CIADI, y por ende, de competencia de los tribunales arbitrales conformados en su seno, se realiza, en algunas ocasiones, con argumentos de derecho débiles o, por lo menos, discutibles.²⁵ Así, en casos puntuales se llega a observar una interesante relajación de los criterios de admisibilidad material y personal requeridos por el artículo 25 del Convenio de Washington para el conocimiento de la demanda. Así, es un hecho que el secretario general del CIADI registra el 99% de las demandas que se le presentan. Lo anterior implica que una vez pasado el tenue filtro que representa el secretario general se conocen y resuelven por el tribunal arbitral un alto porcentaje de demandas al prosperar pocas objeciones a la jurisdicción del centro y a la competencia del mismo tribunal. Nos encontramos en algunos casos con interpretaciones muy amplias del artículo 25 del Convenio de Washington; en este orden de ideas, no debemos perder de vista el caso de los 170 mil tenedores de deuda italianos contra la República Argentina que en estos momentos se está ventilando ante el CIADI.

C) La tercera crítica se finca en el dato de que el registro de una solicitud ante el CIADI cuesta la módica cantidad de 7,000 dólares, una cuantía económica ridícula si se pone en relación con la elevada cantidad manejada en el contrato de inversión. Así, coincidiendo con Rosatti, esta cuantía económica solicitada para el registro “alienta los juicios especulativos”.²⁶

Si bien éstas son para nosotros las principales, o al menos las más significativas fallas sistémicas del arbitraje mixto que representa el CIADI, podemos ver que en el mecanismo complementario se añade una más. El agravamiento de los puntos débiles en este mecanismo hace que nos atrevamos a afirmar que esta vía no es la más adecuada para el acceso de las

²⁵ Como ejemplo se lanza el caso CMS v. Argentina.

²⁶ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=12118 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=14075.

controversias ante el CIADI. De esta forma, observamos que se añade la polémica (y en todo punto descartable) politización de la controversia. “Localización” o “politización” de la controversia que a nuestro entender se alcanza con la presentación del recurso de anulación ante los tribunales nacionales del Estado de la sede del arbitraje. Desde que el artículo 27 del Convenio de Washington cercena la posibilidad de otorgar protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad del inversor (salvo en el contado supuesto de que el Estado condenado por el laudo se niegue a cumplirlo) nos brinda la posibilidad de afirmar que es con el único objetivo de no politizar la controversia al dar entrada en el conflicto a dos Estados en su calidad de soberanos (*iure imperii*).

A este concreto fin que persigue el artículo 27 convencional se suma la prohibición de una eventual subrogación del Estado en la posición de su nacional en caso de controversia. Estos dos parámetros se lanzan con el único objetivo de evitar que la disputa pase de ser mixta (híbrida: Estado-inversor) a pública (homogénea: Estado-Estado), posibilitando que se desvirtúe por estas vías el requisito *ratione personae* de que los sujetos que actúan sean, por un lado, un Estado, y por el otro, un inversor. Un dato indiscutible es que uno de los ejes principales sobre los que gira este sistema alternativo de solución de controversias es la completa despolitización de la controversia; es por eso que se otorga *ius standi* a las personas físicas o jurídicas para que puedan tener acceso libre, y en su nombre a un foro internacional para el arreglo de su disputa. Así, el elemento subjetivo se convierte en el principio rector de este arbitraje, como puede comprobarse de la simple lectura del artículo 25 del Convenio de Washington.

Ahora bien, toda la proclama anterior de “despolitización” y “deslocalización” arbitral se pierde con la presentación del recurso de anulación en los tribunales nacionales del Estado que actuó como sede del arbitraje. De esta forma se da pie a que un tribunal nacional entre a conocer de la posible anulación, total o parcial, de un laudo emitido por un foro internacional. Como ejemplo véase el caso Metalclad, donde el tribunal nacional de la sede (Canadá) entró a conocer y resolver sobre la anulación parcial de un laudo emitido por un tribunal arbitral constituido en el seno del CIADI. Dicha intromisión representa a nuestro juicio el punto más débil y criticable del mecanismo complementario; máxime cuando vía Convenio de Washington los recursos de anulación son conocidos por un comité *ad hoc*, el cual es constituido en el seno del mismo CIADI. Este

comité se configura con absoluta independencia del Estado que funge como sede del arbitraje manteniendo íntegra la deslocalización estatal en este tipo de arbitrajes. Abundando en esta idea, estimamos que es muy significativo que se le otorgue un nombre diferente al de “Tribunal arbitral”, como es el que constituye el de “Comité *ad hoc*”; esta variación conceptual creemos que no es fortuita; sin duda con el otorgamiento de otro nombre se consigue ofrecer, mínimo semánticamente, la certeza de independencia de la decisión del comité *ad hoc* respecto al primer tribunal arbitral que dictó el laudo inicial y objeto de recurso de anulación.

Por todo lo anterior, estimamos que el requisito de la despolitización de la diferencia se pierde de manera completamente inevitable con el recurso de anulación en el marco del mecanismo complementario. Finalmente, se termina irremediablemente “localizando” y “politizando” el laudo por la entrada de un Estado. Por lo anterior, afirmamos que el mecanismo complementario se perfila como una vía menos recomendable para acceder al CIADI y mantener los principios rectores del mismo.

II. EL PREOCUPANTE CASO DE ARGENTINA

1. *Introducción*

Para entender tan elevado número de demandas presentadas en el caso de Argentina debemos remontarnos a la crisis económica del año 2000,²⁷ crisis que a la fecha no ha dejado indiferente a ningún sector (social, político y económico) y que ha tenido un claro reflejo en el sector de las inversiones y, por ende, en la forma de entender y canalizar las disputas que se han suscitado a la fecha. Como consecuencia de esta situación, se ha llegado a afirmar que “la crisis de 2001 y la pesificación de la economía que le siguió a principios de 2002, fueron dos de los traumas políticos, sociales y económicos más importantes de la historia de la Argentina”.²⁸

Éste es sin duda el más claro exponente de que las concesiones internacionales deben hacerse con excesivo cuidado y prudencia por las auto-

²⁷ Crisis económica que ha quedado reflejada en el último laudo arbitral CMS, en el cual se afirma que “hacia finales del decenio de 1990 comenzó a desarrollarse en la República Argentina una grave crisis económica que iba a dar lugar a hondas secuelas políticas y sociales”. Véase www.infobaeprofesional.com/download/15/0041583.pdf, párrafos 59 y 64.

²⁸ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=37508.

ridades designadas como competentes en cada Estado; lo anterior se justifica por las consecuencias que dichas concesiones puedan tener en un futuro, y que sin duda se reflejarán primeramente en el sector económico.²⁹ Si bien no todas las demandas se originan como consecuencia de la pesificación (por ejemplo el caso Siemens),³⁰ sí podemos afirmar que un gran número son presentadas como consecuencia de la crisis económica de Argentina. De esta forma, se ha llegado a comparar la crisis de 2001 con una “invasión militar”. Estas afirmaciones se dan en el contexto del caso LG&E a través de un tribunal arbitral conformado por Tatiana de Maekelt, Francisco Rezek y Albert Jan van den Berg. Lo anterior implica reconocer por primera vez el “estado de necesidad” en que se vio inmerso el Estado argentino.³¹

El caso argentino es, sin duda, el que marcará un hito en las relaciones Estado-inversor dentro del sistema arbitral previsto por el Banco Mundial. Lo anterior se debe a que este caso parece preconizar una clara materialización del cambio en la ecuación Estado poderoso-inversor parte débil.³² Estamos en un momento en que Argentina se ha convertido en un punto de referencia necesario para entender el entramado en el que se mueve el CIADI.

Es este el momento de abordar la situación que atraviesan los casos argentinos ante el CIADI. No cabe ignorar que en el medio de esta crítica situación el gobierno argentino, representado por el ministro de Justicia, H. Rosatti, se dio a la tarea de implementar una serie de medidas para conseguir bordear este foro internacional a la hora de intentar superar es-

²⁹ Problema que ya se advertía por la doctrina y que vemos concretado y aterrizado en el caso argentino. Véase Fernández Arroyo, D. P., “Los dilemas del Estado frente al arbitraje comercial internacional”, en Calvo Caravaca, A. L. y Areal Ludeña, S., *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, Madrid, Colex, 2005, p. 589.

³⁰ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144. De este caso se ha afirmado que “el caso nació antes, cuando el ex presidente Fernando de la Rúa decidió rescindir un contrato firmado durante la administración de Carlos Menem entre el Estado y la empresa alemana para la confección de DNI”.

³¹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=34009 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=37508.

³² Véase Graham, quien en este sentido sostiene que: “por una ironía de la historia, hoy ya no se trata de proteger la parte débil que sea el inversionista contra el Estado soberano; ¡es este último quien aparentemente tiene que ser calificado como parte débil enfrente del inversionista! Graham, J., “¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 15, 2004, p. 152.

ta situación. Unas medidas dignas de alabar y que esperemos fructifiquen exitosamente. Así, entre las medidas que se manejan encontramos la creación de un tribunal nacional, el Tribunal Administrativo de Servicios Públicos (TASP), y la renegociación “en masa” de los contratos que han derivado en demanda.

Respecto a la creación del TASP, podemos afirmar que es a la fecha un proyecto prometedor y que puede ayudar a la superación del alud de demandas. Por su parte, la renegociación está dando tímidos y variados frutos. A la espera de la creación de este Tribunal Administrativo nos centraremos en los frutos conseguidos con la renegociación de los contratos origen de las demandas.

2. La renegociación de los contratos

Respecto a la renegociación entre el Estado argentino y los distintos inversores de los contratos de inversión, encontramos resultados positivos y negativos. Podemos hacer un balance apriorístico de la resolución por esta vía de las demandas y solicitudes de indemnización millonarias solicitadas en contra de Argentina, el cual nos permite seguir apostando por esta vía. Así, encontramos que de las demandas presentadas contra Argentina, tres fueron inicialmente retiradas,³³ tras negociaciones.³⁴ El primer caso fue la empresa española Gas Natural Ban,³⁵ la segunda en seguir su ejemplo, quince días después, fue la empresa estadounidense Pioneer Natural Resources,³⁶ y la tercera, la de la empresa (también española) Telefónica S. A.³⁷

³³ El hecho de que las demandas hayan sido retiradas significa que han alcanzado un acuerdo en términos económicos aceptable para la parte demandante. No significa que se haya retirado la demanda y con ella la petición de generosa indemnización.

³⁴ En el caso español, el primer acercamiento para las negociaciones se dio entre el presidente argentino, Néstor Kirchner, y el presidente español, José Luis Rodríguez Zapatero. En este sentido véase www.clarin.com/diario/2005/03/15/elpais/p-00701.htm.

³⁵ Véase www.clarin.com/diario/2005/03/15/elpais/p-00701.htm.

³⁶ Véase www.clarin.com/diario/2005/03/30/um/m-947989.htm.

³⁷ Véase infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=17876, donde en una entrevista al procurador, Guglielmino, afirma respecto a esta retirada que “(esta retirada) va a tener un impacto impresionante, notable... No sé si los argentinos llegan a comprender la magnitud del éxito del arreglo y de haber reducido la demandabilidad de esa manera y el mensaje que se manda a quienes realmente hicieron inversiones en la Argentina y quieren seguir haciéndolas. Se puede categorizar de muchas maneras a los inverso-

De esta última, Telefónica, se afirmaba que retiraba la demanda del CIADI, la cual ascendía a un total de 2,800 millones de dólares, retiro que se efectuaría antes de fin de año. Igualmente, anunció que realizaría nuevas inversiones que ascenderían a 2,500 millones de euros.³⁸

Todo parece apuntar a que estas retiradas marcaron un punto de referencia para otros casos CIADI. Se observa que han servido de ejemplo para otros inversores extranjeros que también presentaron sus demandas ante el CIADI. Podemos apuntar el nacimiento de un “efecto llamada”³⁹ para otras empresas que también tienen reclamos en este foro en contra de Argentina. En este sentido, el gobierno argentino aspira a la consecución de “casos espejo”.⁴⁰ No consideramos, después de ver una panorámica general del desarrollo de los casos, que sean ejemplos aislados. De esta forma, afirman que “desde el gobierno consideran desde hace tiempo que de llegarse a un acuerdo en el arbitraje de Telefónica, podría impactar ‘favorablemente’ en el caso France Telecom, S. A. registrado en el CIADI el 26 de agosto de 2004, generando similar conducta de parte de este grupo inversor”.⁴¹ Prueba de ese acto de fe encontramos el alud de casos que con posterioridad fueron renegociados: Aguas Cordobesas,⁴²

res. Están aquellos que realmente hicieron inversiones y los que buscan lucrar de una manera injustificada...”. De la retirada de la demanda de la compañía española sólo nos consta por este artículo, ya que de la página oficial del CIADI todavía no se ha actualizado en este sentido y sigue constando como caso pendiente de resolución. De igual forma en www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=19845, que afirma que “Telefónica estaría negociando con el Gobierno un ajuste de tarifas, como condición para retirar su demanda”.

³⁸ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=notaherr&idx=30378 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

³⁹ Es el caso de Telefónica y France Telecom S. A. registrado el 26 de agosto de 2004. En este sentido se afirma que “desde el gobierno consideran que de llegarse a un acuerdo en el arbitraje de Telefónica, podría impactar ‘favorablemente’ en el caso France Telecom S. A.”, www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=19845.

⁴⁰ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=37508.

⁴¹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=notaherr&idx=30378.

⁴² Véase infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=22790. En este reporte se afirma que “el retiro de la demanda puede llegar a incluir, según se haya conenido con la empresa, no sólo el desistimiento del proceso sino también el de derecho, que implica que la compañía no puede volver a iniciar el reclamo”. Un reclamo que se estima valorado en 108 millones de dólares. Se puede leer algo más sobre este caso en infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=23059. En infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=23958 se afirma la suspensión del reclamo ante el CIADI.

Aguas de Santa Fe,⁴³ Telecom,⁴⁴ Edenor,⁴⁵ Edesur,⁴⁶ Sempra Internacional,⁴⁷ Enersis,⁴⁸ Camuzzi⁴⁹ y Transpa S. A.⁵⁰ Estimamos que está dando frutos el denominado “efecto llamada”, en el que tanto confía el gobierno argentino.

Muestra de las gestiones negociadoras que realiza el presidente de la República Argentina es la representada por el caso Siemens.⁵¹ No todos son optimistas acerca de la posible negociación y retirada de este caso, y en este contexto algunos afirman que “avanza hacia una audiencia de fondo”.⁵²

Otro caso de intento de retirada es el representado por la empresa Unisys. Este caso consistía en dotar al Poder Judicial de sistemas tecnológicos. De este caso se sabe que la presentación de la demanda radica en un supuesto incumplimiento del BIT firmado entre Argentina y Estados Unidos.⁵³ Se solicita en esta demanda el resarcimiento de los daños ocasionados por la inversión que se realiza por la demandante a través de Unisys Sudamericana SRL. Se lleva a cabo una licitación pública (1/97) por la que Unisys abastecería de equipo al Poder Judicial argentino, lici-

⁴³ Se puede consultar el *status* de este caso en [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=23535](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23535). Esta empresa está controlada por capital francés y español. En este sentido, encontramos a la empresa francesa Suez y la española Aguas de Barcelona. En [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=23630](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=23630) se afirma que “Suez no retirará su demanda del CIADI y se va de Aguas de Santa Fe”; ahora bien, en [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=24111](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=24111) se afirma que podría retirarse del CIADI.

⁴⁴ [infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota &idx=24788](http://infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=24788). En este artículo se afirma que las empresas que ya han desistido son Enron, AES Corporation, Pioneer Natural Resources, Camuzzi Internacional, Gas Natural SDG SA, Aguas Cordobesas, Aguas Argentinas, Telefónica, Enersis SA, Electricidad Argentina SA y EDF Internacional y Unysis Corporation. www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁴⁵ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20899. Demanda que ascendía a la escalofriante cantidad de 960 millones de dólares.

⁴⁶ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=19845.

⁴⁷ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁴⁸ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁴⁹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁵⁰ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44472.

⁵¹ www.clarin.com/diario/2005/04/13/um/m-956524.htm.

⁵² www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=notaherr&idx=30378.

⁵³ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44472. Este caso es seguido de cerca por Consejo de la Magistratura de la Nación, concretamente por la Comisión de Administración y Financiera.

tación que se quiebra por la aplicación de la ley 25.561 de Emergencia Económica. Fuentes cifran en una adjudicación de los mencionados trabajos por un total de 35. 592,469 millones de dólares, a pagar en treinta y seis cuotas mensuales de 988,679.69 dólares, respectivamente.⁵⁴

En la línea de hacer exitosa la vía de la renegociación encontramos el caso Suar Internacional. Se trata en este caso de una empresa francesa que tenía otorgada la concesión del servicio de agua potable en Mendoza y que reclamaba el pago de 200 millones de dólares. Este es otro ejemplo del reflejo de las consecuencias de la devaluación argentina. En este caso el gobierno local acordó la salida de la empresa francesa de Obras Sanitarias de Mendoza a cambio de la retirada de la demanda presentada,⁵⁵ demanda que alegaba la modificación que había sufrido la empresa en las condiciones iniciales de contratación. Otro caso de esfuerzo renegociador y de posible retirada de la demanda es Pan American Energy, una demanda que nace igualmente como consecuencia de la pesificación sufrida en Argentina. En esta ocasión se presenta una demanda por la petrolera el 6 de junio de 2003, en la que se solicita la cantidad de 300 millones de dólares en concepto de indemnización.⁵⁶

Llegar a una negociación con las empresas que tienen reclamos presentados ante el CIADI y que éstas desistan de acudir a este foro es sin duda el panorama más favorable y deseable para Argentina. Obviamente, en la tarea de negociación la República Argentina tiene mucho que apostar por lo poco que puede perder y lo mucho que puede ganar.

Dando un paso más allá podemos afirmar que la renegociación no es la panacea para una inminente salida airosa de Argentina. Así, un revés a la estrategia de renegociación de los contratos es el laudo emitido, el 12 de mayo de 2005, en el caso CMS Gas Transmisión Company, y por el que se condena a Argentina al pago de 133.2, de los 256 millones de dólares reclamados.⁵⁷ De esta forma, el tribunal arbitral determinó:

⁵⁴ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44472.

⁵⁵ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44144.

⁵⁶ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=44972.

⁵⁷ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=15675. Sin que se haya publicado el laudo en la página oficial del CIADI se nos adelantaban los argumentos que se esgrimieron para condenar a Argentina por parte de la página infobaeprofesional. El alegato del estado de necesidad se convierte en el aspecto central de la defensa técnica nacional, el cual se utiliza en las otras 35 demandas que enfrenta en el CIADI. El tribunal, respecto a este importante alegato, señaló, como puntos más importantes, que:

1. El Demandado incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista el trato justo y equitativo garantizado por el Artículo II (2) (a) del Tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el Artículo II (2) (c) del Tratado. 2. El Demandado deberá pagar al Demandante una indemnización por el monto de US\$ 133, 2 millones. 3. Luego del pago de la indemnización decidida en este laudo el Demandante transferirá al Demandado la propiedad de sus acciones en TGN una vez que el Demandado haya pagado el monto adicional de US\$ 2.148,100. El Demandado tendrá hasta un año a partir de la fecha de notificación del presente laudo a las partes, para aceptar dicha transferencia. 4. El Demandado pagará al Demandante interés simple a la tasa promedio anualizada de 2.51% de los bonos del tesoro de los Estados Unidos por el período

“si no se exigen condiciones estrictas y rigurosas o si las mismas son aplicadas en un sentido amplio, cualquier estado podría invocar necesidad para eludir sus obligaciones internacionales, lo cual, ciertamente, sería contrario a la estabilidad y previsibilidad del derecho” (párrafo 317). “el problema es entonces determinar si acaso la contribución de Argentina a la crisis ha sido lo suficientemente importante. Luego de determinar las circunstancias de la controversia, el tribunal debe concluir que ese fue en efecto el caso. La crisis no fue generada por un gobierno en particular y reconoce sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, agravada por las políticas gubernamentales de los años 90, que alcanzó su punto máximo en 2002 y los años subsiguientes. De ahí que el tribunal debe tener en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y la emergencia. Si bien los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales ellas no eximen de responsabilidad al demandado en esta materia” (párrafo 329). “...este hecho por sí mismo lleva a la conclusión inevitable de que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional para permitir que se excluya la ilicitud de los actos” (párrafo 331). “...el tribunal está convencido de que la crisis argentina fue grave pero no llevó a un total colapso económico y social. Cuando se compara la crisis argentina con otras crisis contemporáneas que afectan a países en diversas regiones del mundo, se observa que esas otras crisis no han dado lugar al incumplimiento de obligaciones internacionales contractuales o convencionales. Ha habido por cierto renegociaciones, adaptaciones y prórrogas, pero la esencia de las obligaciones internacionales se ha mantenido intacta” (párrafo 355). El laudo contiene entre sus conclusiones: “1. el Demandado incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista el trato justo y equitativo garantizado por el artículo II.2.a) del tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones que garantiza el artículo II.2.c) del tratado. 2. el Demandado deberá pagar al Demandante una indemnización por el monto de US\$133,2 millones. 3. luego del pago de la indemnización decidida en este laudo, el Demandante transferirá al Demandado la propiedad de sus acciones en TGN una vez que el Demandado haya pagado el monto adicional de US\$ 2.148,100. El Demandado tendrá hasta un año a partir de la fecha de notificación del presente laudo a las partes, para aceptar dicha transferencia...”. www.infobaeprofesional.com/download/15/0041583.pdf. www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=15675. y www.infobaeprofesional.com/download/15/0041583.pdf. párrafos 317 y ss.

comprendido entre el 18 de agosto de 2000 y 60 días después de la fecha de este Laudo, o la fecha de pago efectivo si fuera anterior, que será aplicable tanto a la pérdida de valor sufrida por el Demandante como al valor residual de las acciones establecidos en los puntos 2 y 3 arriba. Sin embargo, el interés sobre el valor residual de las acciones cesará de aplicarse una vez que Argentina informe por escrito al Demandante de que no ejercerá su opción de comprar las acciones del reclamante en TGN, con posterioridad a la fecha arriba indicada, la tasa de interés será el promedio aritmético de las tasas de los bonos del tesoro de los estados Unidos establecida en la fecha indicada y cada seis meses posteriores, capitalizada semestralmente. 5. Cada parte pagará la mitad de los gastos del arbitraje y sufragará sus propios costos legales. 6. Todos los demás reclamos son rechazados. Lo anterior justifica que el gobierno haya calificado a este caso como “un precedente peligroso”.⁵⁸

Más allá de esta primera actuación el 27 de septiembre de 2005, el gobierno presentó un recurso de anulación; como consecuencia de ello se constituyó un comité *ad hoc*, estando a la fecha pendiente su resolución.⁵⁹ En fechas recientes, el 19 de junio de 2006, saltó la noticia de que el CIADI ya estaría analizando el recurso de anulación interpuesto,⁶⁰ recurso que pretende lograr la suspensión de la ejecución del laudo.⁶¹ Las últimas declaraciones que tenemos del procurador general del Tesoro ofrecen una seguridad en el cumplimiento por Argentina, sea cual sea la

⁵⁸ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20866. De esta manera se afirma que la defensa argentina sostiene que “esta es una causa sin precedentes con implicancias extraordinarias”.

⁵⁹ Véase www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=15651&b=1; www.clarin.com/diario/2005/05/13/elpais/p-01401.htm y www.clarin.com/diario/2005/05/13/elpais/p-01403.htm y www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=25551 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20866. En este último escrito se señalan como argumentos para la solicitud de la anulación del laudo los siguientes: a) el tribunal se excedió manifiestamente en sus facultades y b) el laudo no logra establecer las razones en las que se funda.

⁶⁰ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=29363. En este artículo se afirma que “el lunes de la semana pasada se celebró en París la primera sesión del Tribunal que deberá resolver sobre el recurso de nulidad presentado por la Argentina en el juicio de la energética norteamericana CMS. De esa manera el tribunal arbitral del Banco Mundial comenzó formalmente a analizar el pedido de anulación del laudo que en mayo del año pasado condenó al Estado argentino a pagar US\$ 133 M a la empresa CMS Energy por la violación de tratados bilaterales de inversión tras la salida de la convertibilidad”.

⁶¹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=29363.

resolución respecto al recurso de anulación; en este sentido, afirmaba recientemente que “en el marco del recurso de nulidad del laudo que planteó la Argentina, CMS nos pidió que aclaráramos si el país estaba o no dispuesto a cumplir con el laudo. En realidad nos pidió que o nos comprometiéramos a cumplir, o brindemos una garantía bancaria de cumplimiento”.⁶² Ante esta desconfianza, Argentina respondió, a través del procurador general del Tesoro, que “el tribunal nos solicitó una confirmación por escrito sobre esta cuestión. Por eso enviamos una nota diciendo que la Argentina pagará si es condenada en el CIADI. Pero en realidad, ninguno de los funcionarios que representamos al país en el exterior —el Presidente, el canciller o yo— dijimos alguna vez que no íbamos a pagar lo que corresponda”.⁶³

Igualmente, en el caso Siemens se espera un laudo inminente tras no prosperar las negociaciones.⁶⁴ Se afirma de este caso que el ministro de Planificación, Julio De Vido, solicitó a los directivos de Siemens el retiro de la demanda, solicitud que se realizó en el marco de la toma de una decisión de adjudicar a la firma la construcción de dos nuevas centrales térmicas.⁶⁵ En este caso Argentina alegaba que la rescisión del contrato se dio por errores en la confección de los denominados “DNI”; para la empresa alemana Siemens, se produjo una expropiación que se esconde tras la rescisión inesperada del contrato. De esta forma, reclama la escalofriante cantidad de 418 millones de dólares en concepto de “expropiación” y “lucro cesante” como argumentos centrales.⁶⁶ Este caso no se relaciona directamente con la crisis económica de Argentina desde que se afirma que el caso nació cuando el “ex presidente Fernando de la Rúa decidió rescindir un contrato firmado durante la administración de Carlos Menem entre el Estado y la empresa alemana para la confección de DNI”.⁶⁷

En el caso *Azurix vs. Argentina* esta última ha sido igualmente condenada a indemnizar a la compañía norteamericana con 165 millones de

⁶² www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33736.

⁶³ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33736.

⁶⁴ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20658.

⁶⁵ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=39712, construcción de dos nuevas centrales térmicas que representaría una inversión de 1,600 millones de dólares.

⁶⁶ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=20658 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=31113 y www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33736.

⁶⁷ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=39712.

dólares basándose en argumentos de “injerencia política indebida”.⁶⁸ Es otro ejemplo desafortunado de que las renegociaciones contractuales no siempre han prosperado. En estos casos las alegaciones de “trato justo y equitativo”, “arbitrariedad” y “protección y seguridad” fueron los elementos de peso para la condena a la República Argentina; en definitiva, por la vulneración del Tratado Bilateral sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones que regía esta inversión. No prosperó exitosamente el argumento más esgrimido en el seno del CIADI: la expropiación. De este caso se ha llegado a afirmar que “pese al laudo desfavorable para el país, destacaron que el laudo fue favorable porque sólo le concedió a la empresa el 29% de lo reclamado”.

El último caso del que tenemos noticias y que sin duda supondrá un punto de inflexión en la historia del CIADI es el de los bonistas italianos. Los comentarios sobre este caso no han hecho más que empezar. A principios de febrero la Procuración del Tesoro recibió la noticia de que el CIADI registró una demanda de 170,000 tenedores de bonos de deuda pública italianos. En esta cifra se encuentran aquellos “bonistas” que no quisieron aceptar la oferta pública de canje de deuda realizada en su momento por el gobierno. Se trata de un caso donde Argentina se está planteando dos vías de ataque: la primera, la objeción de falta de jurisdicción del CIADI y de competencia del tribunal arbitral; lo anterior, con el objetivo de alcanzar una declaración de incompetencia del CIADI para conocer y resolver este caso;⁶⁹ la segunda, y en caso de no prosperar la declaración de incompetencia, mantenerse en una postura de “rebeldía estratégica”.⁷⁰ Esta última actitud procesal del demandado es sin duda la

⁶⁸ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=30981.

⁶⁹ Las alegaciones que se realizan para mantener la incompetencia del CIADI son: “todos los bonos emitidos por la República Argentina contienen cláusulas sobre la jurisdicción y la ley aplicable a los mismos. En ningún caso la jurisdicción establecida es el CIADI, siendo competentes ante controversias derivadas de los títulos tribunales locales previstos en cada bono. Por ende, los tribunales CIADI carecerían de competencia para entender en el reclamo en cuestión. De acuerdo con la jurisprudencia internacional (por ejemplo, el caso “SGS c/ Filipinas”), un reclamo por falta de pago es de naturaleza contractual, por lo que estaría sometido a la ley y a la jurisdicción del contrato, y no a la del Tratado. En consecuencia, el CIADI carecería de jurisdicción respecto del mismo. Por último, la reestructuración de la deuda pública es un acto soberano no justiciable —sostienen en el gobierno”. www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33740.

⁷⁰ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=40789; www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33740.

primera vez que se plantea en la historia del CIADI. Lo anterior, como se afirma desde la Procuración, “es una estrategia a prueba y error”.⁷¹ Estamos convencidos de que la toma de esta postura marcará un hito en las relaciones Estado-inversor-CIADI. De conformidad con las declaraciones del procurador general del Tesoro, “los bonos tienen jurisdicción norteamericana, no sé qué va a decir, que la Justicia norteamericana no ofrece garantías. Por lo pronto, no están eludiendo a la Justicia argentina sino a la Justicia norteamericana”.⁷² Es por esta cláusula expresa de elección de foro que la postura oficial de Argentina es confiar en la declaración de incompetencia del CIADI.

Los demás casos que enfrenta Argentina se encuentran en una temprana etapa procesal, bien de constitución de tribunales arbitrales o bien en la fase de resolución de las objeciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal arbitral conformado en su seno.

Observando el panorama expuesto donde se observa que la negociación “en masa” de los contratos no es unánimemente aceptada, estimamos muy atinada la actitud de Argentina de seguir apostando por ella, pues los resultados no siempre son adversos.⁷³ No es, como se puede comprobar, una pérdida de tiempo para Argentina, y puede ahorrarse algunos millones de dólares.

Si la renegociación de los contratos es una medida reparadora exitosa, estimamos que alcanzaría su punto más óptimo si pudiera acompañarse de una medida preventiva. De esta forma, pensamos que la actitud que puede tomar Argentina frente al alud de casos pasa por la renegociación contractual acompañada del establecimiento de nuevos parámetros referentes a los artículos de los BIT’s, de cara a futuros y potenciales inversores. Esta medida preventiva, complementaria a la restaurativa que supone la renegociación, se ofrece en el marco de la impresión personal que tenemos de los BIT’s. En este orden de ideas, afirmamos que nuestra

⁷¹ www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33740.

⁷² www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=33736.

⁷³ En este sentido, se está pensando por parte del procurador argentino, Guglielmino, la contratación de firmas de abogados, principalmente estadounidenses y europeos, para reforzar la estrategia de defensa. Así, afirma que “puede ser que se piense que el plan A es la renegociación y eso es correcto; pero justamente, defenderse muy bien también ayuda en la renegociación. No se va a renegociar del mismo modo cuando se está defendiendo muy bien en el CIADI y por ende transformado al CIADI en un lugar no muy seguro para los inversores. Que se negocie sabiendo los inversores que el CIADI ya no es terreno fácil”. Véase www.infobaeprofesional.com/interior/index.php?p=nota&idx=17876.

postura ante los BIT's es crítica. De esta forma, estimamos que los convenios bilaterales de promoción y protección de las inversiones son instrumentos de presión de los Estados exportadores de capital hacia los Estados importadores. Así, el adjetivo "recíproco" que acompaña a estos instrumentos es ciertamente discutible. Por más que las economías tengan ciertas similitudes siempre habrá el Estado exportador y el Estado importador.

Del caso argentino podemos concluir que está actuando de la manera más lógica y coherente en su actuación a la hora de intentar una salida digna del alud de demandas; ahora bien, si bien todo apunta a que un alto porcentaje de demandas serán retiradas por esta vía de la renegociación, sí creemos que todavía le falta mucho para un final feliz. Sin duda es un serio precedente para los Estados receptores de capital.

III. EL INQUIETANTE CASO DE MÉXICO

1. *Introducción*

El caso de México, sin ser tan preocupante como el argentino, despierta igualmente nuestro interés, por el elevado número de demandas. Como veníamos señalando en las primeras líneas de este trabajo, México cuenta en su marcador personal con seis casos pendientes y siete casos resueltos.

Entre los casos pendientes figuran a la fecha: 1. Corn Products International, Inc;⁷⁴ 2. Gemplus, S. A., SLP, S. A. and Gemplus Industrial, S. A. de C. V.;⁷⁵ 3. Talsud, S. A.;⁷⁶ 4. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc;⁷⁷ 5. Bayview Irrigation District and others;⁷⁸ 6. Cargill Incorporated.⁷⁹ Estos casos se encuentran en la actualidad en iniciales etapas procesales, por lo que no consideramos adecuado aventurar resultados. Lo anterior implica que debemos esperar varios meses (posiblemente algún año) hasta que tengamos resueltos estos casos y sepamos la suerte que corre México en cada laudo. En este

⁷⁴ Caso ARB(AF)/04/1).

⁷⁵ Caso ARB(AF)/04/3.

⁷⁶ Caso ARB(AF)/04/4).

⁷⁷ Caso ARB(AF)/04/5.

⁷⁸ Caso ARB(AF)/05/1.

⁷⁹ Caso ARB(AF)/05/2.

periodo de espera, México, mientras se determina si tenía o no razón el actor, anota nuevas demandas, que sin duda actúan como repelentes para potenciales inversores extranjeros. Mientras se resuelve y no se resuelve, mientras se sabe si México tiene o no la razón, o por el contrario, la tiene el inversor, México lleva todas las de perder. Mientras se resuelve si hubo o no incumplimiento contractual, o, por el contrario, es una maniobra de presión del inversor, México sigue anotando demandas en su contra, un verdadero efecto repelente del capital extranjero, importante pilar de la economía mexicana.

A este panorama debemos aunar otros seis casos que se suman a su cuenta pendiente de saldar, casos que estando ya concluidos se observa que corrieron distinta suerte para México. Encontramos así los casos de 1. Metalclad Corporation;⁸⁰ 2. Robert Azinian and others;⁸¹ 3. Waste Management, Inc;⁸² 4. Marvin Roy Feldman Karpas;⁸³ 5. Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A.;⁸⁴ 6. Waste Management, Inc.,⁸⁵ 6. Fireman's Fund Insurance Company.⁸⁶

De estos casos se extrae una doble cuota a saldar por México: una, la monetaria, y la otra de proyección de una mejorable imagen; así, por una parte encontramos la cantidad de dinero a la que se le condena por los tribunales arbitrales, cantidades nada despreciables de dinero, siendo el mejor de los casos el pago de sus costas; por otra parte, se deja ver la situación y organización administrativo-política que se ofrece en la actua-

⁸⁰ Caso ARB (AF)/97/1. Véase González de Cossío, F., "The Mexican Experience with Investment Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 3, 2002, pp. 474-477, y González de Cossío, F., "The International Centre for Settlement of Investment Disputes-The Mexican Experience", *Journal of International Arbitration*, vol. 19, núm. 3, 2002, pp. 235-238, y González de Cossío, F., "Aportación de México al arbitraje de inversión", *AMDI*, vol. VI, 2006, pp. 653 y 654.

⁸¹ Caso ARB (AF)/97/2 para tener una visión de este caso véase las siguientes obras de González de Cossío, F.: "The Mexican Experience...", *cit.*, pp. 473 y 474; "The International Centre for Settlement...", *cit.*, pp. 234 y 235; "Aportación de México al arbitraje...", *cit.*, pp. 653 y 654.

⁸² Caso ARB (AF)/98/2. Véase las siguientes obras de González de Cossío, F.: "The International Centre for Settlement...", *cit.*, pp. 238 y 239; "Aportación de México al arbitraje...", *cit.*, pp. 655-657.

⁸³ Caso ARB (AF)/99/1. Véase González de Cossío, F., "Aportación de México al arbitraje...", *cit.*, pp. 653 y 654.

⁸⁴ Caso ARB(AF)/00/2.

⁸⁵ Caso ARB(AF)/00/3.

⁸⁶ Caso ARB (AF)/02/1.

lidad por México. Palabras como “corrupción” o “expropiación indirecta” campean a sus anchas en la literatura existente en estos casos. Así, en algunos de ellos vemos ciertas actuaciones estatales que podrían calificarse como discutibles; prueba de lo anterior es el caso Metalclad con la emisión de un decreto que bien puede calificarse como “expropiatorio”; el caso Robert Azinian con un cambio de ley del IEPS, que puede igualmente calificarse como “preocupante”, e incluso el caso Waste Management, con el otorgamiento de concesiones para la recolección de basura a personas físicas después incluso de haberse otorgado en condiciones de exclusividad. La lectura de los laudos arbitrales en los que se involucra a México ponen al lector a reflexionar sobre la razón y justificación de ciertos actos administrativos, justificados o no, pero finalmente imputables al Estado mexicano.

Como apuntábamos en líneas anteriores, México, a diferencia del caso argentino y ecuatoriano, no tiene ratificado a la fecha el Convenio de Washington del 18 de marzo de 1968, hecho que ha sido calificado por la doctrina como “desafortunado”.⁸⁷ Dicha ausencia motiva la necesidad de que México acuda ante este foro por el denominado mecanismo complementario.⁸⁸ Al hilo de esta afirmación nos preguntamos por qué en el capítulo XI del TLCAN se insertó el foro arbitral del CIADI como una de las tres vías posibles de resolución de las controversias. En la actualidad es imposible acudir al CIADI por conducto del Convenio de Washington ante la falta de ratificación de dicho instrumento por dos de sus tres Estados parte (Canadá y México). Así, la notable ausencia del cumplimiento del requisito personal recogido en el artículo 25 del Convenio de Washington imposibilita en todo punto el sometimiento a este foro.

El análisis del caso mexicano nos lleva a dos grandes conclusiones: la primera es que la firma y ratificación de BIT’s no siempre conlleva paridad (económica e incluso social) entre los Estados firmantes. A pesar de parecer que estamos ante Estados de economías similares, la verdad que

⁸⁷ González de Cossío, F., “The Mexican Experience...”, *cit.*, p. 478. Coincidiendo con este autor señalamos que la vía del mecanismo complementario supone el total desprendimiento de las controversias de los tribunales nacionales de la sede del mismo. Representando este punto el más débil de este sistema de resolución de controversias.

⁸⁸ Para ver las diferencias más relevantes que existen entre ambos sistemas de acceso al CIADI véase Rodríguez Jiménez, S., “México y el mecanismo complementario del sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones (CIADI)”, *Jurídica*, núm. 34, 2004, pp. 107-139.

se esconde tras ellos demuestra completamente otra realidad. En este sentido, y como afirma la doctrina,

la totalidad de los acuerdos celebrados con países europeos inclinan claramente la balanza hacia la IE procedente de dichos países, ya que resulta obvio que en la práctica hay una probabilidad mucho mayor de inversión por parte de esos Estados en México que la que existe respecto a inversiones mexicanas en Estados europeos. Por lo que respecta a los instrumentos celebrados con países en vías de desarrollo como Argentina, Uruguay y Corea del Sur, parecería que la reciprocidad realmente es efectiva, debido a que se trata de economías mucho más homologables... No es aventurado sostener que la reciprocidad en los mismos queda sólo marginado al ámbito de la retórica y no de la práctica.⁸⁹

La segunda conclusión nos lleva a ver que a pesar de existir insistentes rumores de la firma y ratificación del Convenio de Washington no se ha producido hasta la fecha este acto tan esperado. Dos causales estimamos que justifican la reticencia de México a dicha positivización: a) el primero basado en la firma de BIT's por México con sus principales socios inversores canalizando por esta vía los problemas de inversión. No cabe desconocer que México cuenta en la actualidad con una veintena de tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones con sus principales socios inversores.⁹⁰ En esta lista encontramos a Alemania,⁹¹ Argentina,⁹² Australia,⁹³ Austria,⁹⁴ Corea,⁹⁵ Cuba,⁹⁶ Dinamarca,⁹⁷ España,⁹⁸ Finlandia,⁹⁹ Francia,¹⁰⁰

⁸⁹ *Cfr.* Rábago Dorbecker, M., "Los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por México: ¿opción para la liberalización selectiva de la IE?", *ELIAIA*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2002, pp. 38-53.

⁹⁰ Véase esta información en *www.economia.gob.mx*.

⁹¹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de febrero de 2001.

⁹² La entrada en vigor de este BIT se cifra el 22 de julio de 1998.

⁹³ La entrada en vigor de este BIT se encuentra pendiente.

⁹⁴ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 26 de marzo de 2001.

⁹⁵ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de diciembre de 2000.

⁹⁶ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 29 de marzo de 2002.

⁹⁷ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 23 de septiembre de 2000.

⁹⁸ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 18 de diciembre de 1996.

⁹⁹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 21 de agosto de 2000.

¹⁰⁰ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 11 de octubre de 2000.

Grecia,¹⁰¹ Islandia,¹⁰² Italia,¹⁰³ Países Bajos,¹⁰⁴ Panamá,¹⁰⁵ Portugal,¹⁰⁶ Reino Unido,¹⁰⁷ República Checa,¹⁰⁸ Suecia,¹⁰⁹ Suiza,¹¹⁰ Unión Belgo-Luxemburguesa¹¹¹ y Uruguay.¹¹² Aunado a estos instrumentos bilaterales encontramos¹¹³ el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el TLCAN, firmado con Estados Unidos y Canadá;¹¹⁴ el G-3 firmado con Colombia y Venezuela;¹¹⁵ el TLCA México-Costa Rica;¹¹⁶ TLC México-Bolivia;¹¹⁷ TLC México-Nicaragua;¹¹⁸ el TLCA México-Chile;¹¹⁹ el TLCUEM;¹²⁰ TLC México-Israel;¹²¹ TLC México-TN con El Salvador, Guatemala y Honduras;¹²² TLC México-AELC;¹²³ TLC México-Uruguay;¹²⁴ el AAE México-Japón.¹²⁵ De este listado se desprende que están cubiertos los principales socios comerciales de México, pudiendo debilitar lo anterior la ratificación del Convenio de Washington. Para nosotros, si bien le resta urgencia, no le resta esta necesidad. b) el se-

¹⁰¹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 17 de septiembre de 2002.

¹⁰² La entrada en vigor de este BIT se cifra el 6 de junio de 2006.

¹⁰³ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 4o. de diciembre de 2002.

¹⁰⁴ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1o. de octubre de 1999.

¹⁰⁵ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de diciembre de 2006.

¹⁰⁶ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 4 de septiembre de 2000.

¹⁰⁷ La entrada en vigor de este BIT se encuentra pendiente.

¹⁰⁸ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 14 de marzo de 2004.

¹⁰⁹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1o. de julio de 2001.

¹¹⁰ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 11 de marzo de 1996.

¹¹¹ La entrada en vigor de este BIT se cifra el 20 de marzo de 2003.

¹¹² La entrada en vigor de este BIT se cifra el 1o. de julio de 2002.

¹¹³ La información facilitada se puede corroborar en la página www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/ficha_publica_tlcs.htm.

¹¹⁴ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de enero de 1995.

¹¹⁵ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de enero de 1995. Se advierte por la Secretaría de Economía que a partir del 19 de noviembre de 2006 en el G3 participan únicamente México y Colombia.

¹¹⁶ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de enero de 1995.

¹¹⁷ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de enero de 1995.

¹¹⁸ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio de 1998.

¹¹⁹ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de agosto de 1999.

¹²⁰ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio del 2000.

¹²¹ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio del 2000.

¹²² La entrada en vigor de este Tratado se cifra en marzo para El Salvador y Guatemala y en junio para Honduras.

¹²³ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de julio de 2001.

¹²⁴ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 15 de julio de 2004.

¹²⁵ La entrada en vigor de este Tratado se cifra el 1o. de abril de 2005.

gundo causal lo ciframos en la situación de crisis que Argentina está ofreciendo, al tener tan elevado número de demandas. Estos dos argumentos, unidos a la anulación parcial del laudo Metalclad que México consiguió por la aplicación de la vía del mecanismo complementario, no nos ayudan en nuestra euforia de que México dé el paso de la necesaria ratificación del Convenio de Washington.

2. Situación de los casos mexicanos

A. Recientemente concluido

Fireman's Fund Insurance Company

Este caso versa sobre instrumentos de deuda. La solicitud se registró el 15 de enero de 2002, y el tribunal constituyó el 17 de mayo de 2002 con la siguiente composición: como presidente el alemán Albert Jan van den Berg, y como árbitros el estadounidense Andreas F. Lowenfeld y el mexicano Alberto Guillermo Saavedra Olavarrieta.

Fireman's es una sociedad constituida conforme a las leyes de los Estados Unidos de América, cuya función es ser una institución de seguros.

El primer documento que encontramos es un aviso de intención,¹²⁶ el cual se dirige a la Dirección General de Inversiones Extranjeras de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. En este aviso se informa que en cumplimiento del artículo 1119 del TLCAN se notifica la intención de someter a arbitraje una reclamación en contra de México. Las disposiciones que en este aviso se alegan como incumplidas son los artículos 1102 y 1405 del TLCAN.

En este sentido, se afirma que “no se otorgó a los inversionistas de otro país firmante de dicho Tratado un trato menos favorable del que otorga a sus propios inversionistas, en circunstancias similares, respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”.¹²⁷ La reparación

¹²⁶ economia.gob.mx/work/sncl/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Fireman/Fireman.

¹²⁷ economia.gob.mx/work/sncl/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Fireman/Fireman.

solicitada y los daños reclamados ascendían a la cantidad de cincuenta millones de dólares. Este primer escrito se hace acompañar de una modificación, que señala el presunto incumplimiento de los artículos 1102, 1105, 1110 y 1405 del TLCAN.

La primera actuación que realiza México, como ya es de esperar en este tipo de arbitraje, es levantar objeciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal arbitral para conocer de las presuntas violaciones a los artículos 1102 (trato nacional), 1105 (nivel mínimo de trato) y 1405 (trato nacional); sin embargo, no objeta dicha competencia para conocer de las cuestiones relacionadas con el artículo 1110 (expropiación e indemnización). El argumento esgrimido para sustentar dicha objeción se centra en determinar que éstas deben caer dentro de la regulación del capítulo XIV del TLCAN; por lo anterior, alega la falta de cumplimiento del requisito *ratione materiae*. Estas objeciones se resuelven señalando que efectivamente los artículos 1102, 1105 y 1405 quedan fuera de su competencia mientras incluye dentro de ésta el conocimiento del artículo 1110 del TLCAN.

Una vez resuelta esta primera etapa, se presenta el escrito de demanda en la que se alegan actos de expropiación, por acción y omisión, de México, a la inversión realizada por Fireman's, en violación al artículo 1110 del TLCAN. Por dichos actos se solicita una indemnización de cincuenta millones de dólares más intereses.

De este caso se publicó el laudo arbitral el 17 de julio del 2006. A pesar de no ser confidencial y aparecer como publicado en la página del CIADI no tenemos todavía disponible el sentido en el que se resolvió este caso.

B. Pendientes de resolución

a. Corn Products International, Inc. v. United Mexican States (Case No. ARB(AF)/04/1)

El tema sobre el que versa este caso son los edulcorantes para bebidas. La solicitud original se registró el 26 de enero de 2004, el tribunal arbitral se constituyó el 28 de abril de 2004, y se reconstituyó el 13 de julio de ese mismo año. La composición del tribunal es la siguiente: como presidente el británico Christopher J. Greenwood, y como árbitros Andreas F. Lowenfeld (norteamericano) y Jesús Serrano de la Vega (mexicano).

La consolidación del procedimiento de conformidad con el artículo 1126 del TLCAN se produjo el 8 de septiembre de 2004; la fecha de composición del tribunal fue el 7 de enero de 2005, con una composición diferente a la anterior; en este caso se cuenta con la actuación de Bernardo M. Cremades (español) como presidente, y como árbitros Arthur W. Rovine (norteamericano) y Eduardo Siqueiros (mexicano).

De este caso existe un aviso de intención en el que se alega el incumplimiento de los artículos 1102 (trato nacional), 1106 (requisito de desempeño) y 1110 (expropiación e indemnización). Se alega la imposición de medidas que culminan en un impuesto discriminatorio sobre los refrescos que contienen jarabe de maíz de alta fructosa. De esta manera, alegan que el “gobierno mexicano ha ejercido históricamente un estrecho control paternal sobre la producción, distribución y precios del azúcar a través de varios decretos que apoyan a los 700,000 trabajadores directos e indirectos de la industria del azúcar”,¹²⁸

La etapa procesal en la que se encuentra este caso es muy temprana, y asistimos, como último dato disponible, a la consolidación del tribunal del 20 de mayo de 2005.

*b. Gemplus, S. A., SLP, S. A. and Gemplus Industrial, S. A.
de C. V. v. United Mexican States (Case No. ARB(AF)/04/3)*

El tema sobre el que versa esta demanda es la concesión para operar el Registro Nacional de Vehículos de Motor. Esta solicitud se registró el 29 de septiembre de 2004; el 9 de marzo de 2005 se constituyó el tribunal arbitral, el cual está compuesto por: como presidente, el británico V. V. Veeder, y como árbitros el canadiense L. Yves Portier y el mexicano Eduardo Magallón Gómez.

La última actuación de la que tenemos noticias es la contestación al fondo fechada el 12 de octubre de 2006.

*c. Talsud, S. A. v. United Mexican States
(Case No. ARB(AF)/04/4)*

La temática de este caso es idéntica al caso anterior, a saber: el acuerdo de concesión para operar el Registro Nacional de Vehículos de Motor.

¹²⁸ *aviso_de_notificación.*

La fecha de registro es el 29 de septiembre de 2004; el tribunal arbitral se constituyó el 9 de marzo de 2005. La composición de este tribunal arbitral es idéntica a la mencionada en el caso anterior.

La última actuación de la que tenemos noticias es la contestación al fondo fechada el 12 de octubre de 2006.

*d. Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle
Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States
(Case No. ARB(AF)/04/5)*

Este caso versa sobre la producción de edulcorante para bebidas refrescantes. El procedimiento inicial de arbitraje se registró el 29 de septiembre de 2004, el tribunal arbitral se constituyó el 11 de agosto de 2005. La composición de este tribunal consistía en el español Bernardo M. Cremades, como presidente; el norteamericano Arthur W. Rovine y el mexicano Eduardo Siqueiros, como árbitros.

La consolidación del procedimiento de conformidad con el artículo 1126 del TLCAN se realizó el 8 de septiembre de 2004; el tribunal arbitral se estableció el 7 de enero de 2005, con la misma composición citada en líneas precedentes.

Encontramos a la fecha el aviso de notificación y la carta dirigida a las partes por la que se notifica el registro. Existe una orden de consolidación como última actuación arbitral fechada el 20 de mayo de 2005.

*e. Bayview Irrigation District and others v. United Mexican
States (Case No. ARB(AF)/05/1)*

El tema es novedoso en este caso. Se trata de una empresa destinada a la agricultura. La fecha de registro de la solicitud fue el 1o. de julio de 2005; el tribunal se constituyó el 12 de diciembre de 2005, con la siguiente composición: como presidente el británico Vaughan Lowe; como árbitros el británico Edwin Meese III y el mexicano Ignacio Gómez Palacios.

En el aviso de notificación se alega por el actor el incumplimiento estatal de los artículos 1102 y 1110 del TLCAN. La última etapa, fechada el 19 de abril de 2006, de la que tenemos información de este caso es la presentación de objeciones a la competencia del tribunal arbitral. Las argumentaciones de México en este sentido se centran en tres argumentos,

a saber: a) que la reclamación está fuera del ámbito de aplicación del TLCAN por razón de los sujetos y del objeto de la misma; así, afirma que ninguno de los reclamantes tiene una inversión en México, y por ende ninguno es un inversor de una parte; b) que la reclamación está fuera del ámbito de aplicación del TLCAN por razón de la materia del tratado; c) que la reclamación ha prescrito, y consecuentemente es inadmisibile.

La última actuación procesal de este caso es del 30 de diciembre de 2006, donde el demandado presenta una solicitud de medidas provisionales.

f. Cargill, Incorporated v. United Mexican States
(Case No. ARB(AF)/05/2)

Nos topamos con un tema recurrente para México, a saber: una empresa dedicada a la producción de edulcorantes para bebidas refrescantes. La fecha de registro de la solicitud por el secretario general del CIADI es el 30 de agosto de 2005.

La última actuación procesal es del 25 de enero de 2007, donde el tribunal presenta la orden procesal N. 2, sobre el futuro actuar procesal.

IV. EL REPUNTAMIENTO DEL CASO DE ECUADOR

El último caso que queremos abordar es el de Ecuador, el cual viene a representar el segundo Estado latinoamericano más demandado a través de la vía del Convenio de Washington. El conteo de demandas asciende a siete casos pendientes y dos concluidos.

El primer caso que encontramos es *Repsol YPF Ecuador S. A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*.¹²⁹ El objeto de esta demanda tiene su origen en un contrato de explotación de petróleo. De este caso conocemos la existencia de dos procedimientos arbitrales. El primero, que termina con la emisión de un laudo, el 20 de febrero de 2004. La fecha de registro es el 5 de octubre de 2001; el tribunal arbitral se constituyó el 22 de mayo de 2002, estando presentes Rodrigo Ore-muno, costarricense, como presidente del tribunal arbitral; Eduardo Carmigniani Valencia y Alberto Wray Espinosa, ecuatorianos ambos, como árbitros. El segundo procedimiento tiene su origen en la presentación por

¹²⁹ Caso ARB/01/10.

las partes del recurso de anulación, recurso que se registra el 15 de julio de 2004; el comité *ad hoc* se constituyó el 14 de septiembre de 2004.

La composición de este comité debe destacarse por su composición. En este sentido, podemos observar que los nuevos miembros que conocen de este recurso no tienen la misma nacionalidad que los miembros que intervinieron en primer lugar. En este sentido, observamos que está compuesto por Judd L. Kessler, norteamericano, como presidente; Piero Bernardini, italiano, y Gonzalo Biggs, chileno, como árbitros. Este dato de la constitución y composición de este nuevo “tribunal” no es gratuito. En este sentido, queremos afirmar que la imparcialidad del comité *ad hoc* respecto al primer tribunal arbitral viene manifestada por dos datos. El primero, por el otorgamiento de un nombre diferente entre ambos tribunales, dato que si se quiere tiene un aspecto psicológico-semántico que no se puede desdeñar. El segundo, el hecho de que las nacionalidades de los nuevos árbitros no coincidan refuerza el hecho de que el recurso de anulación es conocido por tres personas que nada tienen que ver con el primer tribunal que emitió el laudo inicial. Es, sin duda, la composición de un comité *ad hoc* la mejor vía de acceso para el conocimiento del recurso de anulación. El estado actual en el que se encuentra este recurso está pendiente desde que el Comité emitió la orden procesal núm. 5, referente a la presentación de documentos.

El segundo caso ecuatoriano es M. C. I. Power Group, L. C. and New Turbine, Inc.¹³⁰ Los datos que tenemos de este caso es que versa sobre un proyecto para la generación de electricidad. La fecha de registro de la demanda es el 8 de abril de 2003; el tribunal arbitral se constituyó el 11 de septiembre de 2003. En la constitución de este tribunal arbitral encontramos a Raúl E. Vinuesa, argentino y presidente del tribunal; Benjamín J. Greenberg, canadiense, y Jaime Irrázabal C., chileno, como árbitros. Este caso se encuentra en una temprana etapa procesal desde que el tribunal mantuvo una audiencia sobre el fondo en Washington, D. C., a finales de marzo de 2006.

El tercer caso es Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S. A. v. Republic of Ecuador.¹³¹ La temática de este caso es la generación de energía. La fecha de registro es del 7 de octubre de 2004; la fecha de constitución del tribunal arbitral es del 18 de mayo de 2005, estando

¹³⁰ Caso ARB/03/6.

¹³¹ Caso ARB/04/19.

compuesto por Gabrielle Kaufmann-Kohler, como presidente, y Enrique Gómez Pinzón y Albert Jan van den Berg como árbitros. El estado en que se encuentra el proceso es pendiente.

El cuarto caso es el representado por la Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC).¹³² Se trata de una empresa de electricidad, temática recurrente en este caso. La fecha de registro de la solicitud por el secretario general del CIADI es el 26 de mayo de 2005. La fecha de constitución del tribunal arbitral es del 28 de febrero de 2006, compuesto por Bernardo Sepúlveda Amor como presidente y John H. Rooney y W. Michael Reisman, como árbitros. El estado actual en el que se encuentra el caso es la presentación de los escritos sobre el fondo el 2 de noviembre de 2006.

El quinto caso es *Noble Energy Inc. and Machala Power Cía. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*.¹³³ Volvemos a encontramos con la misma temática, a saber: una empresa de electricidad. La fecha de registro es del 29 de julio de 2005; el Tribunal se constituyó el 4 de enero de 2006, conformado por Gabrielle Kaufmann-Kohler, como presidente; Henri C. Álvarez y Bernardo M. Cremades, como árbitros. Se presenta una objeción a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal arbitral, contándose a la fecha con los respectivos escritos.

El sexto caso viene representado por *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*.¹³⁴ Se trata de la concesión de hidrocarburos. La fecha de registro de la solicitud es del 13 de julio de 2006; el tribunal arbitral se constituyó el 6 de febrero de 2007. Se compone este tribunal por L. Yves Fortier, como presidente; Brigitte Stern y David A. R. Williams, como árbitros.

El séptimo caso ecuatoriano es el representado por *Técnicas Reunidas, S. A. and Eurocontrol, S. A. v. Republic of Ecuador*.¹³⁵ El tema de este caso es la expansión de una refinería de petróleo. La fecha de registro es del 31 de octubre de 2006, estando a la fecha pendiente la composición del tribunal.

¹³² Caso ARB/05/9.

¹³³ Case ARB/05/12.

¹³⁴ Caso ARB/06/11.

¹³⁵ Caso ARB/06/17.

El último caso lo encabeza *City Oriente Limited v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*.¹³⁶ El tema que se aborda en este caso es la concesión de hidrocarburos. La fecha en que se registra la solicitud por el secretario general es del 19 de diciembre de 2006, estando a la fecha pendiente de constituirse el tribunal arbitral.

V. CONCLUSIONES

1. La justificación de abordar este tema se centra principalmente en la situación crítica que estos tres Estados latinoamericanos están atravesando en la actualidad. En este sentido, estamos ante los Estados más demandados ante este foro internacional, si bien por distintas causales de origen, todos ellos presentan una imagen al exterior ciertamente “mejorable”. Así, derivado de estas situaciones críticas, asistimos en la actualidad a un lento despertar de la conciencia de todos los agentes sociales implicados. Lo anterior, por la repercusión que este tema, más concretamente, estas demandas, tienen en las economías de los Estados necesitados (importadores) de capital.
2. Para el concreto caso de Argentina, observamos que está apostando por la renegociación en masa de los contratos como la vía más decorosa y beneficiosa para la situación que atraviesa. Si bien los resultados no son completamente halagadores, sí es una vía muy seria a considerar para salir de esta situación.
3. De distinto tenor es la situación de México y Ecuador, que si bien no cuentan con el elevado número de demandas de Argentina, sí empiezan a ser preocupantes por el contexto económico en el que se desenvuelven. Por eso afirmamos que la estrategia de México y Ecuador es la tradicional, esto es, enfrentar demanda por demanda.
4. Sin duda estos casos están en una etapa en la que se impone un seguimiento respecto de todos y cada uno de los casos que tiene, así como el desenlace que se obtiene en cada uno de ellos, con el objetivo de crear criterios y guías de conducta a seguir por otros Estados latinoamericanos. Así, no podemos asegurar que Argentina logre renegociar todos y cada uno de los casos, como tampoco podemos augurar cómo le irá a México y a Ecuador frente a las demandas que

¹³⁶ Caso ARB/06/21.

tiene presentadas. En este sentido, lo que está claro es que estas incertidumbres son aprovechadas por los inversores (personas físicas o jurídicas), quienes no tienen un prestigio que cuidar ni una imagen que mantener. Por el contrario, el alto riesgo de presentar demandas ante este foro en contra de los Estados “receptores” de capital extranjero, y consecuentemente, proyectar una imagen “mejorable” de la administración interna de los Estados demandados, hace que se convierta en un arma de presión la presentación de demandas ante el CIADI.

5. Es necesario que los Estados receptores de capital tomen conciencia de lo sucedido en Argentina y tomen buena nota de cara a los contratos de licitación y concesión internacional que hacen, así como de los que ya tienen firmados.