

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

Errónea aplicación del principio de proporcionalidad sobre el principio *PACTA
SUNT SERVANDA* en el arbitraje internacional de inversiones. análisis del caso
OXY V. Ecuador.

AUTOR:

San Miguel Giralt, Johannes

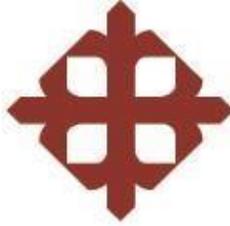
Trabajo de titulación previo a la obtención del título de abogado de los tribunales
y juzgados de la república del Ecuador

TUTOR:

Ab. Romero Oseguera, Diego José, MgS, PhD

Guayaquil, Ecuador

23 de febrero de 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **San Miguel Giralt, Johannes**, como requerimiento para la obtención del título de **abogado de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador**.

TUTOR

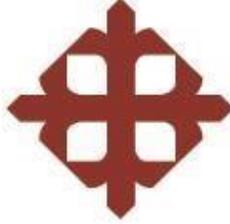
f. _____

Ab. Romero Oseguera, Diego José, MgS, PhD

DIRECTORA DE LA CARRERA f.

Ab. Lynch Fernández, María Isabel, MgS

Guayaquil, a los 23 días de febrero del año 2021



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **San Miguel Giralt, Johannes**

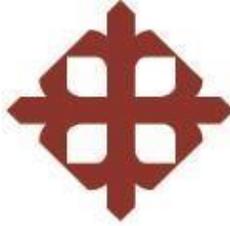
El trabajo de titulación: **Errónea aplicación del principio de proporcionalidad sobre el principio *PACTA SUNT SERVANDA* en el arbitraje internacional de inversiones. análisis del caso *OXY V. Ecuador***, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias bibliográficas. Consecuentemente, este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del trabajo de titulación referido.

Guayaquil, a los 23 días de febrero de 2021

EL AUTOR

f. _____
San Miguel Giralt, Johannes



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **San Miguel Giralt, Johannes**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la publicación en la biblioteca del trabajo de titulación: **Errónea aplicación del principio de proporcionalidad sobre el principio *PACTA SUNT SERVANDA* en el arbitraje internacional de inversiones. análisis del caso *OXY V. Ecuador* San Miguel Giralt, Johannes**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 23 días de febrero de 2021

EL AUTOR

f. _____

San Miguel Giralt, Johannes

REPORTE URKUND

The screenshot shows the URKUND interface. On the left, document details are listed: 'San Miguel Giral, Johannes. Caso OXY. Tesis. Revisión Urkund.docx' (ID: D94778915), sent on 2021-02-05 17:03 (-05:00) by johannes.sanmiguel@gmail.com to diego.romero04.ucsg@analysis.urkund.com. A message indicates that 1% of the 17-page document consists of text also found in 3 sources. On the right, a 'Källförteckning' (Bibliography) table lists sources with checkboxes for marking. The sources are: 'Caso Occidental Petroleum Company (Oxy) Vs Estado Ecuatoria...', 'https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-1.pdf', and 'Tesis completa.docx'. Below the table is a toolbar with icons for search, zoom, and other functions, and a status bar showing '0 Varningar' (0 warnings) and options for 'Återställ', 'Exportera', and 'Skicka'.

Rankning	Sökväg/Filnamn	Markeringar
<input type="checkbox"/>	Caso Occidental Petroleum Company (Oxy) Vs Estado Ecuatoria...	<input checked="" type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>	https://www.ipa.pe/pdf/Convenio-Arbitral-1.pdf	<input checked="" type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>	Tesis completa.docx	<input checked="" type="checkbox"/>
Alternativa källor		
Oanvända källor		

INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional, particularmente de inversiones, continúa siendo

TUTOR

f. _____
Ab. Romero Oseguera, Diego José, MgS, PhD

AUTOR

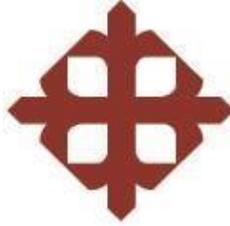
f. _____
San Miguel Giral, Johannes

Agradecimientos

En especial a Diego Romero Oseguera, Armando Isaac Blanco, Marta Moreno Cruz, Juan Mendoza Díaz, Rosa Yomar Hernández Enríquez, Carmelina León Moreno, María Isabel Lynch, Paola Toscanini Sequeira y José Miguel García Baquerizo, mis agradecimientos por su valiosa contribución a este empeño.

Dedicatoria

A la memoria de mis padres.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS**

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

AB. MARIA ISABEL LYNCH DE NATH, MGS.
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

AB. PAOLA TOSCANINI SEQUEIRA, MGS.
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

AB. MARIA PAULA RAMIREZ VERA, MGS.

OPONENTE

Contenido

Resumen.....	X
Abstract.....	XI
Introducción	2
CAPÍTULO 1: El caso OXY	5
1.1. Antecedentes y resumen de las alegaciones de las partes	5
1.2. Pronunciamiento y fijación de la <i>ratio</i> por el tribunal.....	7
1.2.1. El principio de proporcionalidad es aplicable al caso	7
1.2.2. El decreto de caducidad es una medida desproporcionada porque el estado ecuatoriano tenía a su disposición otras medidas alternativas.....	9
CAPÍTULO 2: El principio de proporcionalidad	10
2.1. Principio de proporcionalidad y criterios favorables a su aplicación	10
2.1.1. Antecedentes y extensión disciplinar moderna.....	10
2.1.2. Pertinencia y relevancia en el arbitraje internacional de inversiones.....	11
CAPÍTULO 3: Argumentos contrarios al principio de proporcionalidad.....	13
3.1. Cuestionamiento al principio de proporcionalidad <i>PER SE</i>	13
3.1.1. Imposibilidad técnica, incertidumbre y subjetividad en el examen de proporcionalidad.....	13
3.1.2. COnfusión con otros criterios: el test de WEDNESBURY	14
3.1.3. Potencial vulneración de la separación de poderes	14
3.2. Cuestionamiento al principio de proporcionalidad en el arbitraje internacional de inversiones	15
3.2.1. Propósito exclusivo de limitación de la actividad del estado frente a los derechos humanos.....	16
3.2.2. Carácter no medible de los criterios a evaluar en proporcionalidad: arbitraje de equidad y jurisprudencia de intereses	16
3.2.3. Naturaleza no fundamental del derecho del inversionista en arbitraje	17
3.2.4. Incertidumbre casuística.....	18
3.2.5. Potencial lesión a la soberanía de los estados.....	19

3.2.6. Efecto contraproducente de la aplicación del principio de proporcionalidad	20
en arbitraje internacional de inversiones	20
3.2.7. Efecto distorsionador del mercado	21
3.2.8. Dudosa vigencia en derecho internacional	23
3.2.9. Vulneración del principio <i>pacta sunt servanda</i> y no inclusión de la proporcionalidad en los bits o la norma aplicable pactada por las partes	23
Conclusiones y Recomendaciones	25
Referencias	28

Resumen

En noviembre de 2015 cierra el caso OXY v Ecuador con la denegación de la solicitud de nulidad de laudo interpuesta por el Estado demandado y se agotan las opciones legales para impugnar una de las condenas dinerarias más grandes en toda la historia del arbitraje de inversiones. El argumento más controversial por parte de los árbitros radica en la aplicación del principio de proporcionalidad para evaluar y determinar el incumplimiento por parte del Estado de la obligación de trato justo y equitativo al inversionista, al amparo del tratado bilateral de inversión relevante. Dicho argumento excluye varias cuestiones de carácter técnico y normativo, entre ellas, que el Decreto de Caducidad por el cual el Estado ecuatoriano da por concluido el vínculo con el inversionista, fue promulgado bajo la potestad de derecho público que le corresponde al Estado para regular sectores estratégicos, pero sobre todo en virtud de la voluntad de ambas partes expresada en los contratos respectivos. De igual forma, la proporcionalidad no forma parte expresa de las obligaciones de derecho internacional frente al inversionista. Ambas razones cierran toda vía al tribunal arbitral para invocar la proporcionalidad al caso.

Los últimos años han sido testigos del protagonismo del principio de proporcionalidad, con rápido traslado al arbitraje internacional de inversiones en sentido general y de modo particular, al estándar de trato justo y equitativo. La aplicación de dicho principio constituye un peligro potencial al sistema dada la incertidumbre, la inconmensurabilidad y demás cuestiones que impiden su aplicación estrictamente técnica a la casuística arbitral, así como su efecto contraproducente respecto de la protección de los derechos fundamentales y del papel que le corresponde al mercado para ajustar la conducta de los actores económicos involucrados.

PALABRAS CLAVE: arbitraje, caducidad, proporcionalidad, inversionista, ponderación, derechos.

Abstract

In November 2015 the case OXY v Ecuador came to an end upon denial of the request for annulment of award brought to courts by the respondent State, thus there were closed all legal choices to bring down the final solution of one of the investment disputes with the largest amount damages to pay. The most controversial argument handed down by the arbitrators focused on the validity of the principle of proportionality to assess the breach of the fair and equitable treatment standards by the host State under the bilateral investment treaty. This argument has been erected in exclusion of several theoretical, technical legal issues, among them, the *Decreto de Caducidad*, by which the Ecuadorian State terminated the investment project, was enacted according to attributions of public law on strategic economic activities, but most of all, according to the will of both parties as expressed in contract. In the same way, proportionality is not part of the State's obligations to the investors according to international law. Both reasons should close every avenue the arbitral tribunal might consider to invoke proportionality to the case.

In the XXth century, the law has witnessed the key role played by the principle of proportionality as the result of the praiseworthy task to submit to scrutiny administrative and legislative acts concerning fundamental rights. Such a growing presence has been moving from domestic to international law and from there to international investment arbitration in broad terms, and particularly to the fair and equitable treatment standard. The validity of this principle in such a context is a step forward to protect the investor's legitimate expectations at the expense of the values which are the very foundation of the global system of investment dispute resolution. This is the consequence of some distinctive features which are preventing a strictly technical application of this principle to arbitration case-law: uncertainty, immeasurability and the counterproductive effect on the protection of fundamental rights in democratic societies and on the role expected to be played by markets to adjust the behavior of economic agents involved, as well.

KEY WORDS: arbitration, *caducidad*, proportionality, investor, balancing, rights.

Introducción

El arbitraje internacional, particularmente de inversiones, continúa siendo uno de los aspectos más polémicos en el derecho contemporáneo y en el que confluyen concepciones teóricas, iusfilosóficas, prácticas, procesales y procedimentales, así como corrientes ideológicas de diverso tipo. Dado su carácter global y constituir la principal manifestación moderna de una justicia universal, por efecto del sistema internacional de ejecución transfronteriza de sus decisiones, está sometido a fuertes críticas y cuestionamientos a partir de su praxis y casuística.

En años recientes, el arbitraje de inversiones ha incorporado a su jurisprudencia el principio de proporcionalidad como instrumento técnico para estimar o desestimar con apariencia de objetividad los supuestos casuísticos de vulneración de trato justo y equitativo por el Estado receptor de la inversión frente al inversionista. La pretendida aplicación del citado principio plantea una serie de interrogantes y cuestiones de orden teórico, doctrinal y normativo a lo cual se suma su frontal contradicción con el principio *pacta sunt servanda* en los casos en que el acto administrativo en perjuicio del inversionista está previsto en el acuerdo entre el Estado receptor y el inversionista.

El presente trabajo tiene por propósito el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad como instrumento técnico de evaluación del cumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo del Estado receptor hacia el inversionista, de protección de las legítimas expectativas de este último. De modo particular, se analizarán los criterios por los cuales la invocación de dicho principio contradice y vulnera el principio *pacta sunt servanda*. Para dicho estudio se analizará el caso OXY v. Ecuador, ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. De tal caso se extraerán los aspectos fácticos y jurídicos más relevantes para formular conclusiones sobre la cuestión objeto de análisis.

La presente investigación se ha desarrollado conforme los criterios y parámetros de la tipología de investigación teórica, con exclusión de los métodos y técnicas de investigación empírica cualitativa y cuantitativa.

A tono con lo anterior, se propone un marco metodológico de investigación bajo los siguientes elementos: **Problema científico:**

¿Cuáles son los presupuestos iusfilosóficos, doctrinales, normativos y jurisprudenciales que sustentan la proposición argumentativa por la cual el principio de proporcionalidad no es aplicable al caso *Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration and Production Co. vs República del Ecuador (ARB/06/11)*, y por extensión al arbitraje internacional de inversiones?

Hipótesis:

Los presupuestos iusfilosóficos, doctrinales, normativos y jurisprudenciales que sustentan la proposición argumentativa por la cual el principio de proporcionalidad no es aplicable al caso *Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration and Production Co. vs República del Ecuador (ARB/06/11)*, y por extensión al arbitraje internacional de inversiones son: la imposibilidad técnica, incertidumbre y subjetividad en el examen de proporcionalidad; la confusión con otros criterios como la razonabilidad en el test de *Wednesbury*; la vulneración del principio de separación de poderes en el Estado constitucional moderno; el propósito exclusivo de limitación de la actividad del Estado frente a los derechos humanos; el carácter no medible de los criterios a evaluar en proporcionalidad; la naturaleza no fundamental del derecho del inversionista en arbitraje; la incertidumbre casuística; la potencial lesión a la soberanía de los Estados; el efecto contraproducente respecto del necesario y libre juego entre oferta y demanda en un mercado desde la perspectiva estrictamente liberal; el efecto distorsionador del mercado; la vigencia dudosa del principio en derecho internacional; y, por último y más importante, la vulneración al principio *pacta sunt servanda* en relación con la no inclusión de la proporcionalidad en los BITs y la norma aplicable pactada por las partes.

Objetivo general:

Determinar cuáles son los presupuestos iusfilosóficos, doctrinales, normativos y jurisprudenciales que sustentan la proposición argumentativa por la cual el principio de

proporcionalidad no es aplicable al caso Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration and Production Co. vs República del Ecuador (ARB/06/11), y por extensión, al arbitraje internacional de inversiones.

Objetivos específicos:

1. Describir los principales aspectos fácticos y jurídicos del caso Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration and Production Co. vs República del Ecuador (ARB/06/11) de carácter relevante en materia de aplicación del principio de proporcionalidad en el arbitraje internacional de inversiones.
2. Definir desde el punto de vista doctrinal, normativo y jurisprudencial el principio de proporcionalidad y los criterios favorables a su aplicación *per se*, en el caso OXY y por extensión, en el arbitraje internacional de inversiones.
3. Analizar los criterios iusfilosóficos, doctrinales, normativos y jurisprudenciales contrarios a la aplicación del principio de proporcionalidad *per se*, en el caso OXY y por extensión, en el arbitraje de inversiones.

CAPÍTULO 1: El Caso OXY

1.1. Antecedentes y resumen de las alegaciones de las partes

El caso OXY v Ecuador ante el CIADI, constituyó la guinda sobre el pastel que festeja y celebra la entrada del principio de proporcionalidad en el arbitraje internacional de inversiones (Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration & Production Co. v. República del Ecuador, 2012). El *thema decidendum* radicaba en si la invocación por el Estado receptor de la inversión, de una de las causales de extinción del contrato con el inversionista ante incumplimiento de una de sus obligaciones conforme el principio *pacta sunt servanda*, constituye una medida desproporcionada y vulnera sus legítimas expectativas conforme el estándar de trato justo y equitativo.

Los antecedentes se ubican en la década del 80 del pasado siglo. El 25 de enero de 1985, la compañía Occidental Petroleum y la compañía estatal petrolera -posteriormente, Petroecuador- concertaron contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el bloque 15. En mayo de 1993 se identificaron reservas de crudo explotables por la compañía Oxy. Durante el año 1993 se introducen nuevas modificaciones a la Ley de Hidrocarburos, entre ellas el contrato de participación el cual admitiría nueva contraprestación a las actividades de exploración. A tono con ello, el 21 de mayo de 1999, Oxy y Petroecuador suscriben un contrato modificativo con la disposición prohibitiva a Oxy de ceder a terceros su participación en la explotación del bloque 15 sin previa autorización expresa de la empresa pública ecuatoriana que es parte en el contrato.

La cuestión objeto de controversia planteada consistía en determinar si la decisión de Ecuador de declarar el incumplimiento del Contrato de Participación por cesión de derechos de explotación sin el consentimiento expreso de la autoridad estatal, constituía una vulneración a la obligación de trato justo y equitativo del Estado frente al inversionista y si la medida adoptada por el Estado resultaba proporcional en relación al interés público protegido y las legítimas expectativas del inversionista. La República del Ecuador sostuvo que el Acuerdo de Farmout suscrito entre OXY y AEC, constituyó un contrato simulado con el propósito de eludir el requisito del consentimiento expreso por parte del Estado,

señalado en el Contrato de Participación, e ignorar al Ministerio de Energía y Minas, autoridad competente para emitir dicho consentimiento.

En materia específica de proporcionalidad, las alegaciones recaen básicamente sobre el Decreto de Caducidad por el cual la República del Ecuador extingue el Contrato de Participación que formalizaba la inversión de OXY en el bloque 15. En primer lugar, sostuvo OXY que dicho Decreto constituye una medida injusta, arbitraria, discriminatoria y desproporcionada. En este sentido, sostienen que es un “castigo manifiestamente desproporcionado a los demandantes” (Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration & Production Co. v. República del Ecuador, 2012, pág. 89). En apoyo a esta alegación, se sostuvo además que debe distinguirse la nulidad del Acuerdo de Farmout, cuya declaración es obligatoria y la caducidad del subyacente Contrato de Participación, cuya declaración es discrecional y por ende, sometida al examen de proporcionalidad.

A tono con lo anterior, los demandantes defendieron que el Decreto vulneró la obligación de trato justo y equitativo del Estado ecuatoriano dispuestas en el artículo II.3 inciso a), del BIT Ecuador-EEUU, suscrito en 1993; así como la prohibición de medidas desproporcionadas en derecho internacional (US Senate, 1993)¹.

Por su parte, la República del Ecuador respondió al alegato del carácter desproporcionado de la medida en sentido negativo por varias razones. La primera de ellas, que el Decreto de Caducidad es una sanción prevista de modo expreso en la ley, es el resultado de un criterio de proporcionalidad previamente aplicado por el legislador; por lo que imponer una sanción prevista expresamente en la ley no puede contradecir el principio de proporcionalidad. En segundo lugar, no cabe hablar de vulneración de la proporcionalidad en el caso de la aplicación de una sanción que ha sido prevista expresamente como causal de extinción del contrato por ambas partes, de modo que el propio demandante, por medio de su propia declaración de voluntad conforme el derecho privado, renunció de modo tácito a un eventual examen de proporcionalidad de

¹ La proporcionalidad tiene especial trascendencia en derecho internacional humanitario, particularmente en la norma consuetudinaria 14, sobre la proporcionalidad en el ataque, la cual dispone su prohibición cuando las bajas civiles y los daños sean excesivos en relación a la ventaja militar concreta prevista (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2007, pág. 53).

naturaleza pública (Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration & Production Co. v. República del Ecuador, 2012, pág. 393).

La tercera de las razones a la que hace referencia Ecuador, en respuesta a la alegación de desproporción en el Decreto de Caducidad, alude a la inexistencia de opciones a disposición de la Administración, con lo cual no concurre uno de los presupuestos más importantes para la aplicación del referido principio: la existencia de alternativas menos restrictivas (Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration & Production Co. v. República del Ecuador, 2012, pág. 394). La cuarta de las razones del demandado radica en la confirmación del carácter proporcionado del Decreto, teniendo en cuenta el riesgo de no tomar dicha medida para la institucionalidad del Estado; en razón de ello la sanción es proporcional pues la infracción de OEPC privó al Estado de ejercer su prerrogativa regulatoria, lo cual es una violación grave que requiere una respuesta seria como forma de castigo y disuasión respecto de otros actores económicos a la luz del interés público protegido. De igual manera, el Decreto fue proporcional pues tomó en cuenta que adoptar una sanción menor sentaría un precedente que haría imposible aplicar la caducidad del contrato en el futuro, pues toda declaración posterior de caducidad contra un contratista diferente en circunstancias similares se enfrentaría a reclamos de discriminación.

1.2. Pronunciamiento y fijación de la *ratio* por el tribunal

1.2.1. El principio de proporcionalidad es aplicable al caso

A las alegaciones antes señaladas, el tribunal establece varios razonamientos previos en carácter de *obiter dicta* con el propósito de sostener la *ratio decidendi* que quedaría planteada en el laudo, específicamente por medio de un marco de reflexión conceptual sobre el principio de proporcionalidad para sostener su aplicabilidad al caso en cuestión. A partir de este punto, el tribunal sustenta la relevancia y pertinencia de la proporcionalidad en los hechos narrados y el derecho aplicable: en primer lugar, que ambas partes lo han reconocido y aceptado de modo tácito durante el procedimiento arbitral, pues Ecuador acepta que estaba ejerciendo la potestad discrecional (Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration & Production Co. v. República del Ecuador, 2012, págs. 424, 425).

En segundo lugar, sostuvo el tribunal, que el principio de proporcionalidad resulta aplicable al caso porque se sustenta en la ley ecuatoriana, en la obligación de trato justo y equitativo dispuesta en el artículo II.3

inciso a) del BIT EEUU-Ecuador de 1993, en el derecho internacional de inversiones y en la costumbre internacional. En este sentido, señala el tribunal que la cláusula 22.1 del Contrato de Participación hace referencia al derecho ecuatoriano, cual reconocía el citado principio en el artículo 24 párrafo 3 de la Constitución vigente al momento y el art. 11 del Decreto 3179/2002, Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública. Si bien dicho precepto constitucional alude a la proporcionalidad sancionatoria en derecho penal, el tribunal acoge el razonamiento expuesto en el informe presentado por el abogado Hernán Pérez-Loose en el sentido de que dicho principio de derecho penal es igualmente aplicable al control de la discrecionalidad de los actos de la administración.

1.2.2. El decreto de caducidad es una medida desproporcionada porque el estado ecuatoriano tenía a su disposición otras medidas alternativas

El tribunal desarrolló su análisis en torno a la proporcionalidad del Decreto de Caducidad preguntándose en primer lugar, si al momento de su promulgación, existían medidas alternativas disponibles; y en segundo lugar, enumerando los factores a tomar en cuenta para establecer la proporcionalidad en el caso. Respecto del primer punto, los árbitros identificaron al menos cuatro posibles opciones de acción para el Estado ecuatoriano sin tener que apretar el botón de pánico que significa el Decreto de Caducidad.

La primera de ellas, que los demandantes que transfirieron los derechos sobre el bloque 15, paguen el monto de la prima por dicha transferencia, lo cual se sustentaba en una de las alegaciones presentadas por la propia demandada en reconvención contra el demandante, en la cual reclama el pago de transferencia, fundamentándose en el artículo 79 LHC. La segunda de las opciones sería el mejoramiento de los términos del contrato original con OEPC, en el nuevo contrato con AEC. La tercera opción sería el pago de una prima de transferencia, junto a la renegociación del contrato, el pago de una compensación adicional y cualquier otro rubro que el Estado considere aplicable.

Respecto de esta opción, el tribunal señaló que el Procurador General del Estado reconoció que era válido y legal negociar un nuevo acuerdo; asimismo, el propio Decreto de Caducidad señala que hubo negociación, lo cual demuestra que el ministro tenía la facultad discrecional de negociar condiciones más favorables para el Estado a la luz de la transferencia de derechos sin consentimiento (*Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration & Production Co. v. República del Ecuador*, 2012, pág. 433). En cuarto lugar, sostuvieron los árbitros que Ecuador pudo haber emitido una declaración oficial dirigida a las compañías petroleras operando en el territorio nacional en el sentido de que todas las transferencias de derechos otorgados conforme la LHC han de contar con la autorización del ministro del ramo, caso contrario se declararían la caducidad.

CAPÍTULO 2: El principio de proporcionalidad

2.1. Principio de proporcionalidad y criterios favorables a su aplicación

2.1.1. Antecedentes y extensión disciplinar moderna

Uno de los argumentos más rescatables en favor del citado principio radica en su importante raíz histórica y sobre todo su grado de extensión actual. Usualmente los antecedentes se sitúan en la filosofía aristotélica y el derecho romano; encuentra inspiración en las tesis iusnaturalistas del contrato social como doctrina que justifica el poder ordenador del Estado frente al individuo solo en la medida en que sirve para conjurar las causas de dicha intervención institucional en las libertades individuales (Engel, 2012, págs. 4-5). Más adelante logra mayor depuración en el campo específico del derecho penal por medio de la tesis de la proporcionalidad de la pena de Beccaria, incluida en la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano (Bernal Pulido, 2014, págs. 54-69) (Bücheler, 2015, págs. 36-42) (Engel, 2012, págs. 4-5).

En todo su *iter* evolutivo, el principio de proporcionalidad va delineando el propósito de otorgar objetividad a las decisiones en casos difíciles asociados a los derechos fundamentales, incluso como ingrediente esencial para cualquier género de interpretación o razonamiento normativo. Ello queda plasmado en dos excelentes esfuerzos de síntesis respecto de su definición:

[...] el principio de proporcionalidad opera como criterio estructural del razonamiento jurídico mediante el que se concreta y fundamenta la norma adscrita relevante en el caso concreto, fácil o difícil, a partir de las disposiciones constitucionales que establecen los derechos fundamentales [...] (Bernal Pulido, 2014, pág. 25).

[...] una regla legal por la cual una acción estatal ha de ser un medio racional para lograr un fin permitido, que no invada de modo indebido derechos humanos fundamentales (Engel, 2012).

A la región latinoamericana hace entrada la proporcionalidad en su versión alemana más estructurada, asociada a las tesis de la argumentación jurídica sobre el garantismo y la preeminencia de los derechos fundamentales –según el *mos* germánico- o derechos humanos –según el *mos* latino-. A tenor de todo ello, el principio ha sido erigido como

criterio racional para la determinación del contenido de los derechos fundamentales y en la actualidad goza de enorme popularidad y aceptación.

2.1.2. Pertinencia y relevancia en el arbitraje internacional de inversiones

Una vez constatada la trascendencia y universalidad del principio, comienza a señalarse la necesidad de su vigencia en el arbitraje de inversiones en los conocidos “casos argentinos”, cuáles han sido probablemente los primeros en los que se plantea su aplicación, al menos de modo tácito (LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic, Final award, 2007) (Sempra Energy International v. República Argentina, 2007) (Metalpar S.A. & Buen Aire v. República Argentina, 2008) (National Grid PLC v. República Argentina, 2008) (Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. & InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v.

República Argentina) (Total S.A. v. República Argentina) (El Paso Energy International Co. v. República

Argentina, 2011) (EDF International S.A., SAUR International S.A. & León Participaciones Argentinas

S.A. v. República Argentina, 2012) (SAUR International S.A. v. República Argentina, 2014) (CMS Gas Transmission Company v. República Argentina, 2005) (Enron Creditors Recovery Corp.; Ponderosa Assets, LP v. República Argentina) (BG Group PLC v. República Argentina, 2007).

En el contexto de esta casuística inicial se erigen argumentos de fondo respecto de la relevancia y pertinencia de la proporcionalidad en el arbitraje de inversiones. Dado que se trata de un ámbito de resolución con fuerte protagonismo del adjudicador, se arguyó que la proporcionalidad constituye una herramienta para la ponderación de la intensidad y alcance de la actuación del Estado en relación con su objetivo de política pública, la finalidad legítima perseguida por la administración y la necesaria protección a los derechos del inversionista involucrado en la medida estatal. Esta línea de análisis coincide en lo esencial con el axioma del examen de proporcionalidad de una medida legislativa o administrativa en relación con derechos fundamentales; en consecuencia, puede sostenerse que los casos argentinos constituyen el antecedente más relevante en

el arbitraje internacional de inversiones para la aplicación del principio de proporcionalidad, más allá de su mención expresa.

A partir de aquí comienza a desarrollarse la conocida casuística arbitral del principio de proporcionalidad como herramienta para determinar el grado de cumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo. Entre tales deben mencionarse el caso SD Myers, Pope & Talbot, TECMED, Saluka y LG&E, entre otros. Un breve repaso a estos casos muestra que dicho principio no deja mucho espacio a la autonomía del Estado para fijar sus políticas públicas en los términos de Schill (Schill, 2006). En el caso SD Myers, el examen de proporcionalidad involucraba la ponderación de una medida ambiental tomada por el gobierno de Canadá, consistente en la prohibición de exportación de un compuesto químico conocido como PCB, lo cual afectaba de modo directo al inversionista demandante teniendo en cuenta que era la única empresa que procesaba dicho producto, para lo cual lo transportaba de Canadá a EEUU. En la decisión de los árbitros cabe destacar en primer término, que el tribunal pretendió establecer el carácter legítimo de la medida estatal, en evidente contradicción con una prerrogativa gubernamental de derecho interno. En cualquier caso, dicho tribunal podría, aun con cuestionamientos, evaluar si la medida fue proporcionada, apropiada y necesaria, pero en caso alguno podrá evaluar si es legítima.

Como conclusión preliminar, debe reconocerse que la proporcionalidad tiene dos vitales argumentos a su favor. En primer lugar, le precede una fuerte línea de antecedentes doctrinales, normativos e iusfilosóficos que sustenta su legitimidad y ha delineado las diversas funciones que en la actualidad cumple dentro del ordenamiento jurídico. Tales funciones, avaladas por dichos antecedentes, aluden al control de la discrecionalidad de la Administración, a la búsqueda de criterios objetivos para el ejercicio del poder, la limitación de la actividad del Estado frente a los derechos fundamentales, a la solución de casos difíciles – en los términos del debate Dworkin-Hart- y a la aportación de flexibilidad a la solución de determinado género de controversias.

CAPÍTULO 3: Argumentos contrarios al principio de proporcionalidad

3.1. Cuestionamiento al principio de proporcionalidad *PER SE*

En el proceso de desarrollo doctrinal del principio de rigor, se han levantado voces y argumentos discrepantes, fuertes objeciones a su aplicación, tanto en el arbitraje de inversiones como a cualquier otro ámbito del derecho; y dichos argumentos aluden esencialmente a carencias técnicas, de objetividad y de carácter conceptual aun en el ámbito de los derechos fundamentales y la actividad de la administración pública, que son las disciplinas que le dieron origen (Bomhoff, 2008) (Kleinlein, 2011).

3.1.1. Imposibilidad técnica, incertidumbre y subjetividad en el examen de proporcionalidad

Constituye uno de los presupuestos doctrinales contrarios al principio. En términos generales varios autores han decantado argumentos en contra de su aplicación y existencia ontológica y sostienen su carencia de rigor técnico, si bien puede ser un criterio útil para la decisión judicial, está desprovisto de racionalidad y objetividad. Adicionalmente, se aduce que el principio carece de referentes de aplicación; desde el punto de vista teórico la proporcionalidad se manifiesta de modo más o menos sistémico, pero su aplicación práctica deja ver la carencia de criterios jurídicos objetivos y el hecho de que bajo la pretensión de exactitud técnica se esconde una valoración subjetiva del mismo. Se sostiene que le faltan puntos de referencia objetivos que le aporten racionalidad a su aplicación y lo convierten en un instrumento para la adjudicación arbitraria cuya motivación constituye solo un “artificio retórico de camuflaje de una decisión adoptada por razones emotivas, políticas o de otra índole, pero en todo caso, ajenas al derecho” (Bernal Pulido, 2014, pág. 204) (Aleinikoff, 1987, pág. 975).

Se considera que hasta el momento no existe un desarrollo doctrinal o normativo suficiente que permita establecer con criterio de previsibilidad, en determinado caso, como resolver no solo la colisión de derechos fundamentales, sino además, la ponderación de intereses públicos relevantes ante un acto de la administración (Böckenförde, 1993, pág. 124) (Laporta, 1999, pág. 327) (Saluka Investments B.V. v. República Checa, 2006, pág. 304).

3.1.2. Confusión con otros criterios: el test de WEDNESBURY

Por su parte, constituye un presupuesto precedentual -análogo nuestra jurisprudencia- contrario a la aplicación del citado principio. Previo a la incorporación paulatina de la proporcionalidad al derecho inglés, el criterio análogo en vigencia era el juicio de razonabilidad, cuya formulación más seguida ha sido la enunciada en el caso *Wednesbury (Associated Provincial Picture House, Ltd. v. Wednesbury Corp., 1948)*. El test de razonabilidad de *Wednesbury* indica que una decisión es viable siempre que no sea tan irrazonable como para que ninguna autoridad razonable la tome en consideración.

El razonamiento subyacente es que no puede predicarse la exactitud conceptual y técnica de un principio de proporcionalidad cuya aplicación varía de jurisdicción en jurisdicción, al punto que en el caso británico, al ingresar por vía del derecho comunitario europeo y la jurisprudencia de sus cortes -TJUE y TEDH-, no es posible para los jueces aplicarlo sin tener en cuenta la larga tradición de aplicación del criterio de razonabilidad, con presupuestos y exigencias diferentes (Andenas & Zleptnig, 2007, pág. 382).

Aun, el test de *Wednesbury* no es el único criterio de ponderación alternativo a la proporcionalidad alemana. Por lo general, los autores dedicados al tema coinciden en señalar además del criterio británico mencionado, el “manifiesto error de apreciación” en Francia e Italia, la “ponderación” –*balancing test*- en EEUU y el “margen de apreciación” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –en lo adelante, TEDH- (Álvarez & Khamsi, *The Argentine crisis and foreign investors. A glimpse into the heart of the investment regime*, 2009, pág. 442) (Stone Sweet & Della Cananea, *Proportionality, general principles of law and investorstate arbitration: a response to José Álvarez*, 2014, pág. 920) (Katselas, 2013, pág. 135).

3.1.3. Potencial vulneración de la separación de poderes

Resulta ser un presupuesto de orden iusfilosófico que también habla en contra del principio de referencia: los actos de poder puedan suponer una limitación a las libertades individuales, muy a tono con el pensamiento de los Padres Fundadores en EEUU y de modo particular a la estricta división de poderes, particularmente los de carácter político -Ejecutivo y Legislativo- respecto del poder judicial. Al respecto y en frontal crítica,

sostiene Aleinikoff que la proporcionalidad viene a replicar el trabajo que en una sociedad democrática le corresponde al legislador (Posner, 2002) (Schlink, 2012) (Aleinikoff, 1987, pág. 943) (Rubinfeld, 2002).

En términos más generales, el principio de proporcionalidad puede suponer una ruptura a la separación de poderes en un Estado que se rige por el principio democrático, dado que a la judicatura no le corresponde la resolución de un caso por medio de la ponderación de intereses involucrados sino por medio de la aplicación de la norma relevante. Luego, dicha línea de análisis es aplicable al derecho internacional, un tribunal arbitral no puede subrogarse en lugar y grado de los plenipotenciarios encargados de la redacción de un tratado internacional aplicable al caso; del mismo modo que no está autorizado a resolver un caso por medio de una norma *ad hoc*. Dicha norma, entiéndase, es el resultado del examen de proporcionalidad ya realizado por su redactor, sea tratado internacional o ley de derecho interno (Bücheler, 2015, pág. 64).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la jurisdicción no está legitimada para armonizar intereses sociales, que solo corresponde a la función legislativa en un Estado democrático, pues se trata, en última instancia, de ponderar y otorgar preeminencia a los intereses públicos. Esto es una materia que corresponde exclusivamente a los involucrados, que son los ciudadanos, quienes han delegado dicha misión en sus representantes por medio del voto, reunidos todos en un órgano cuya función principal es precisamente deliberar y votar sobre materias de esta índole. Es así que se sostiene que la jurisdicción constitucional carece de legitimación otorgada de modo directo por el soberano para realizar evaluaciones y ponderaciones de esta magnitud, cuando su misión se reduce exclusivamente a la aplicación del derecho (Bernal Pulido, 2014, págs. 247-250).

3.2. Cuestionamiento al principio de proporcionalidad en el arbitraje internacional de inversiones.

Del mismo modo que el principio objeto de análisis ha sido cuestionado ontológicamente, en su propia naturaleza y esencia, encuentra fuertes argumentos contrarios a su aplicación fuera del ámbito de los derechos fundamentales como es el caso del arbitraje de inversiones.

3.2.1. Propósito exclusivo de limitación de la actividad del estado frente a los derechos humanos

Este es un presupuesto de orden iusfilosófico conforme el cual dicho principio ha sido configurado *ab origine* como límite a la actuación del Estado en el ámbito de los derechos humanos y en cualquier caso como resultado de la transposición del derecho administrativo al derecho constitucional sin pretender suprimir las facultades que le corresponden al Estado en el ámbito de su actividad empresarial. A tenor de lo anteriormente expuesto, en el ámbito constitucional, el principio de proporcionalidad es aquel por el cual se ponderan todos los argumentos de carácter normativo, formales y materiales, favorables y desfavorables a la validez de una norma en relación con el contenido de un derecho fundamental; a través de un procedimiento de cinco pasos. Estos incluyen dos presupuestos de aplicación y tres sub-principios: determinación y delimitación de la norma limitadora, verificación del efecto limitador de la norma identificada respecto de al menos un derecho fundamental, examen de idoneidad de la norma, examen de necesidad y examen de proporcionalidad en sentido estricto.

En el ámbito administrativo, el principio de proporcionalidad es aquel por el cual se somete el ejercicio de la facultad discrecional de la administración a la evaluación de todos los argumentos de carácter normativo, analítico y material, favorables o desfavorables, respecto de una de las opciones de actuación de la autoridad administrativa, dispuestas en la norma de derecho público aplicable, para resolver una cuestión o asunto de interés público que involucra la afectación o merma en la satisfacción o garantía de un derecho o bien jurídico de una persona o colectivo social (Bernal Pulido, 2014, pág. 165).

3.2.2. Carácter no medible de los criterios a evaluar en proporcionalidad: arbitraje de equidad y jurisprudencia de intereses

Se trata de un presupuesto doctrinal contrario al principio de referencia bajo la razón que carece del rigor técnico pretendido pues no admite la medición de variables, con lo cual se reduce a sopesar, valorar, enjuiciar de modo cualitativo sin referencia a magnitudes mensurables (Tribe, 1985) (Aleinikoff, 1987, pág. 943). No existe una experiencia consolidada ni una teoría que respalde o valide un examen de proporcionalidad por el

cual el adjudicador argumente la preeminencia de una opción administrativa o medida legislativa atribuyendo un valor previamente calculado conforme un algoritmo específico y expresado en términos matemáticos o lógicos. Todo intento de ponderar valores, opciones normativas de la administración o del legislador fuera del criterio anterior, es subjetividad disfrazada en un relato o al menos, un ejercicio retórico no aritmético. No existe dicha experiencia porque es imposible sintetizar un denominador común, un rasero, un criterio susceptible de valoración cuantitativa o al menos mixto cualitativo-cuantitativo, que ubique a un derecho fundamental en una escala determinada o establezca una opción dentro de un rango determinado, en relación con el interés público que se pretende realizar (Bernal Pulido, 2014, pág. 231) (Aleinikoff, 1987, pág. 949).

No es posible establecer una jerarquía definitiva, pura, graduable y objetiva de derechos fundamentales, por lo que menos aún es posible hacerlo con los intereses protegidos por un Estado soberano en materia económica. Quien único tiene esa atribución es el propio Estado y resultará responsable ante el inversionista conforme lo disponga la norma aplicable de modo expreso. Toda pretensión contraria equivale a un arbitraje de equidad o a una jurisprudencia de intereses -en su versión original germánica decimonónica: *interessenjurisprudenz*-. Si las partes hubieran querido establecer esto, lo hubieran pactado. Lo anterior no supone una descalificación *a priori* del principio, pero por su propia naturaleza requiere ser pactado por los Estados en los BITs o en su defecto, las partes en el contrato (Andenas & Zleptnig, 2007, pág. 401).

Del mismo modo, una vez que el tribunal erróneamente acepta la vigencia del principio en el caso, se adentra en el espinoso tema de la determinación de los intereses a examinar. Aleinikoff le ha dado llamar el problema del universo de intereses -*the problem of a universe of interests*- (Aleinikoff, 1987, pág. 977) (Engel, 2012, pág. 3).

3.2.3. Naturaleza no fundamental del derecho del inversionista en arbitraje

Corresponde al presupuesto iusfilosófico que deniega la aplicación del principio de proporcionalidad en el arbitraje de inversiones en razón de la naturaleza o entidad del derecho a proteger. En tal sentido, se imponen dos preguntas de importancia vital: ¿La aplicación del principio de proporcionalidad se restringe a los derechos fundamentales o

alcanza a otros derechos subjetivos? Una vez lograda la respuesta a dicha pregunta, en caso de que la misma sea en sentido restrictivo, corresponde una pregunta adicional ¿El derecho del inversionista al trato justo y equitativo por parte del Estado receptor de la inversión es un derecho fundamental o es un derecho subjetivo fuera del ámbito de los derechos fundamentales? No obstante, quedaría aún por resolver la siguiente interrogante: ¿Resulta aplicable el principio de proporcionalidad al ejercicio de la facultad discrecional de la administración pública aun cuando la medida objeto de análisis está igualmente prevista en el contrato que vincula a la propia administración y al inversionista?

Para dejar claro el asunto, el examen de proporcionalidad es relevante y pertinente solamente en el caso en que estén en juego derechos fundamentales. De este modo no puede sostenerse que aquellos derechos o facultades que le corresponden a la administración conforme la norma de derecho privado, es decir, el contrato que la vincula con el inversionista, estén sometidas a examen de proporcionalidad; aun cuando dicha facultad forme parte de las opciones que la norma de derecho público le otorgue a la administración respecto del propio inversionista.

3.2.4. Incertidumbre casuística

Se trata de un presupuesto doctrinal opuesto al principio de referencia, por el cual se afirma la carencia de certeza y predictibilidad en su invocación casuística. Dicho principio es de aplicación tan compleja y con tantas variables que la solución aportada no admite fácil analogía a otro caso, lo cual conduce a una jurisprudencia *ad hoc*. Con este resultado, se degenera de modo significativo la actividad adjudicadora basada en la vinculación a decisiones anteriores, pues produce un alto grado de incertidumbre y con ello, pierde el valor predictivo y ordenador que le es propio a la actividad jurisprudencial en sentido general (Zagrebelky, 1997). Desde una perspectiva crítica, aún con el desarrollo de la casuística ya comentada y el análisis de las legítimas expectativas del inversionista, al menos un autor defensor del principio como fórmula de evaluación de la obligación de trato justo y equitativo, ha reconocido que el estándar de cumplimiento de dicha obligación ha de ser evaluado de modo casuístico. En razón de esta conclusión,

no solo el principio de proporcionalidad resulta poco apropiado, sino que incluso la casuística anterior tiene un valor de orientación meramente relativo (Bücheler, 2015, pág. 208).

La inexistencia de criterios objetivos a nivel global para la aplicación del principio al estándar de trato justo y equitativo en correspondencia con su flexibilidad es la muestra del grado de incertidumbre que el mismo supone, no solo para los Estados receptores de inversión, sino para todo el sistema de arbitraje internacional de inversiones. No es cierto que el principio dote al sistema de una estabilidad relativa a través de un procedimiento de aplicación lógico-estandarizado y fácil de usar como lo proclama Stone Sweet (Engel, 2012, pág. 2). Esto es admisible si el principio tuviese un desarrollo técnico alto derivado del carácter medible de los intereses objeto de estimación, pero su propia configuración no permite que el instituto logre la pretendida estabilidad relativa para el sistema de adjudicación. Al contrario, constituye un factor de probable desestabilización.

3.2.5. Potencial lesión a la soberanía de los estados

Es un presupuesto iusfilosófico en oposición a la aplicación del principio de proporcionalidad en el arbitraje de inversiones, conforme al cual los árbitros no están legitimados para evaluar si dicha medida corresponde a objetivos o propósitos loables o no, consistentes o no con la tendencia y necesidades de gobernanza global planteadas por Naciones Unidas o cualquier otro organismo internacional, en concordancia o no con el sentir del pueblo. Estas son determinaciones exclusivas del poder constituido en el marco del derecho interno conforme lo determine la jurisdicción nacional competente y no el tribunal arbitral. Admitir una actuación de los árbitros en tal sentido, implica reconocer que el efecto combinado de la aplicación del principio de proporcionalidad junto al estándar de trato justo y equitativo genera un mecanismo de control sustantivo de la conducta del Estado receptor de la inversión. Esta es precisamente la razón por la cual el sistema del arbitraje internacional de inversiones puede verse comprometido en un mediano plazo.

Al respecto, nótese en el caso TECMED, al menos una de las conclusiones del tribunal arbitral: que las medidas de política pública restrictivas de los derechos de propiedad del

inversionista que no resistan el examen de proporcionalidad equivalen a una expropiación indirecta (Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. United Mexican States, Final award, 2003). Al realizar el examen de proporcionalidad, el tribunal pretendió establecer una prelación de intereses públicos dignos de protección estatal con el objetivo de ponderarlos en relación con el impacto de la medida gubernamental en el derecho de propiedad del inversionista. El tribunal arbitral no está facultado para ello, a quien único corresponde la legitimación para establecer un orden de prioridad respecto de los intereses públicos objeto de protección, es al Estado y muy particularmente, aquellos órganos o funciones estatales cuya sede radica en la relación de representación política por medio del sufragio. Valen para el arbitraje internacional de inversiones, las mismas objeciones respecto de las facultades del legislador que resultan aplicables en el caso del principio de proporcionalidad en los derechos fundamentales.

En este caso, el criterio de razonabilidad de la medida gubernamental fue definido por el tribunal arbitral en términos más deferentes hacia la soberanía del Estado por medio de un baremo menor, requiriendo únicamente que dicha medida tenga una relación razonable con una política pública racional (Saluka Investments B.V. v. República Checa, 2006, pág. 460). A pesar del laudo condenatorio al Estado, el tribunal reconoció que no está legitimado para enjuiciar o valorar la política pública bancaria de la República Checa, demandada en autos (Saluka Investments B.V. v. República Checa, 2006, pág. 337).

3.2.6. Efecto contraproducente de la aplicación del principio de proporcionalidad en arbitraje internacional de inversiones

Este constituye otro presupuesto iusfilosófico relevante para rechazar la virtud del citado principio. El mismo pierde su vocación teleológica al constituirse en una merma sustancial a la misión y propósito constitucional de los Estados soberanos en proteger los derechos humanos de sus nacionales y en su territorio, desde el momento en que los tribunales arbitrales someten la acción de gobierno a un escrutinio más allá del que resulta racional para equilibrar el interés del inversionista y el margen de actuación política y constitucional de un gobierno electo conforme un proceso democrático.

La mejor muestra de lo anterior radica en el caso TECMED. La facultad legítima y soberana del Estado mexicano de no renovar la licencia o no continuar el vínculo contractual con la empresa que afectó el medio ambiente es cuestionado por medio del principio de proporcionalidad de modo que es usado en contra de los derechos humanos. Es por ello que se considera el ejemplo más significativo de aplicación del principio de proporcionalidad con un propósito que resulta contrario al presupuesto que le da origen al mismo: la defensa de los derechos fundamentales frente a la actividad legislativa y de modo particular el interés público de proteger el medio ambiente como derecho humano. En este sentido, el Estado ha sido condenado a resarcir por tomar la decisión en función de proteger los derechos humanos (Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, 2003).

Lo anterior no pretende cuestionar y menos dejar de reconocer que forma parte de la garantía a dichos derechos fundamentales la creación de una economía pujante, productiva, emprendedora e innovadora por medio de la atracción de inversión extranjera. En razón de ello, también forma parte de la misión del Estado y de la acción de gobierno la promoción de condiciones de crecimiento económico y pleno empleo, de estabilidad en las variables macroeconómicas y de condiciones de vida de sus habitantes. No obstante, corresponde al Estado en última instancia, un margen apreciable de orientación de sus políticas públicas que en cualquier caso incluye la ponderación en torno a la intensidad con que protegerá determinados derechos fundamentales y conforme qué orden de prelación. Ello corresponde al Estado porque es una cuestión política, no técnica.

Esto es válido salvo que se dispongan condiciones específicas en el contrato, en cuyo caso ambas partes se regirán estrictamente por el tenor acordado.

3.2.7. Efecto distorsionador del mercado

Se trata de otro presupuesto iusfilosófico en oposición al principio de proporcionalidad. Si bien los árbitros y el sistema global de solución de controversias sobre inversiones no declaran formalmente una orientación ideológica o de política económica, sería ingenuo sostener una neutralidad en dichos términos. El arbitraje como modo de resolución de

controversias *per se*, tiene un fuerte sustrato individualista y voluntarista. Sumado al propósito de la solución de conflictos en materia de inversiones, se le asocia un fuerte componente liberal por el mero de hecho de sostener que el Estado y la empresa concurren al arbitraje en iguales condiciones jurídicas.

Partiendo de esta perspectiva de marcado tono liberal, el principio de proporcionalidad constituye una nota discordante pues niega el presupuesto por el cual el mercado es quien premia y castiga la conducta de los agentes económicos. Si el Estado actúa excediéndose en sus medidas, encontrará menos inversionistas en el futuro o las condiciones que se le exigirá para nuevas inversiones serán más onerosas como respuesta del mercado a su actitud y consecuentemente, se verá obligado a variar su conducta. La aplicación del principio de proporcionalidad bloquea el juego de roles y crea condiciones de riesgo moral.

Para la correcta evaluación del estándar de trato justo y equitativo a la luz de dicho efecto distorsionador, ha de revisarse el contenido de las legítimas expectativas del inversionista. La casuística arbitral asociada al principio de proporcionalidad para evaluar el cumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo ha utilizado esta categoría sometida a ponderación en relación con el objetivo legítimo perseguido por el Estado receptor de la inversión. Sus primeros intentos conceptuales se encuentran en LG&E, cuando se mencionan los aspectos a tomar en cuenta para determinar si el Estado receptor de la inversión ha cumplido o no con ellas: las condiciones ofrecidas por el Estado receptor al momento de iniciar la inversión, las condiciones pactadas contractualmente por el Estado y por el inversionista; mientras se excluyen como tal los riesgos empresariales y los patrones regulares de la industria (LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic, Final award, 2007). También han sido definidas como las expectativas básicas tomadas en cuenta por el inversionista al momento de iniciar su proyecto de inversión (Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. United Mexican States, Final award, 2003, pág. 8).

3.2.8. Dudosa vigencia en derecho internacional

Es el más importante presupuesto normativo contrario al principio de proporcionalidad en el arbitraje de inversiones. El tribunal arbitral debió observar que no existe un consenso doctrinal respecto de la definición de reglas y principios generales del derecho. Al respecto, vale destacar que ha sido reconocido en primer lugar como principio y en segundo lugar, en el marco del derecho internacional por Hugo Grocio, pero la doctrina moderna no se muestra unánime al respecto (Stone Sweet & Della Cananea, Proportionality, general principles of law and investor-state arbitration: a response to José Álvarez, 2014, pág. 912) (Engel, 2012, pág. 6). Sea dicho que no se pretende negar su naturaleza de principio general como fuente formal de derecho, sino que es materia objeto de controversia que al menos debió formar parte del razonamiento del tribunal arbitral en el laudo.

Por otro lado, aun sosteniendo la vigencia del principio en derecho internacional, no puede invocarse con el propósito de eludir una norma aplicable al caso. Este es el razonamiento objeto de particular énfasis por Ecuador ante la solicitud de nulidad de laudo, en el sentido de que la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso vulnera la eficacia del principio *pacta sunt servanda* –de mayor preeminencia y jerarquía– por el cual las partes están sometidas a su propia expresión de voluntad manifestada en tratados internacionales, o como es el caso, en contratos (Andenas & Zleptnig, 2007, págs. 379, 380)

3.2.9. Vulneración del principio *pacta SUNT SERVANDA* y no inclusión de la proporcionalidad en los BITs o la norma aplicable pactada por las partes

Constituye un presupuesto normativo relevante para la oposición argumentativa a la aplicación del citado principio en arbitraje de inversiones. El ámbito específico del arbitraje se caracteriza por el valor esencial de la autonomía privada en la configuración del procedimiento, la ley aplicable y demás extremos relativos a la resolución de la controversia. En razón de ello, la proporcionalidad ha de ser validada por medio de su incorporación expresa a la norma –en este caso, los BITs-. Si la interpretación literal por el cual el intérprete le otorga a los vocablos y expresiones del texto el sentido y significado

que le son propios conforme las acepciones vulgares y jurídicas, no arroja la vigencia del citado principio, no puede predicarse su validez y carácter vinculante.

La emisión del citado Decreto de Caducidad, si bien es un instrumento normativo de derecho público, al efecto del litigio en cuestión ha de calificarse como acto *de iure gestionis*, no como un acto *de iure imperii*. El principio de proporcionalidad fue creado en función de limitar la actividad del Estado frente a los derechos fundamentales o de la Administración pública; mientras que la actuación estatal *de iure gestionis* no es más que otra de las manifestaciones del conocido fenómeno de la huida del derecho administrativo. En razón de ello, y contrario a lo que sostiene Bücheler, la proporcionalidad orientada al derecho público no puede constituirse en una restricción al ejercicio de los derechos que se derivan de contratos de carácter privado (Bücheler, 2015, pág. 202).

Conclusiones y Recomendaciones

- Resulta incontestable la preeminencia que ha alcanzado el principio de proporcionalidad, incluso por encima de otros principios considerados tradicionales en el derecho constitucional y administrativo. Dicha influencia irradia con toda fuerza en el arbitraje internacional de inversiones con los “casos argentinos” en los que comienza a indagarse la necesidad e importancia de incorporar principios y postulados del derecho internacional y sus diferentes disciplinas específicas para atribuir determinado valor, positivo o negativo, a determinados actos soberanos en el marco de las atribuciones legítimas de un Estado.
- El principio de proporcionalidad se consagra en el arbitraje de inversiones, como en todo otro ámbito jurídico en el que vive, como la manifestación moderna más acabada de la angustia ancestral por el control jurídico de los actos facultativos y discrecionales, por lograr finalmente uno de los propósitos más acariciados del derecho: constituirse en hoja de ruta clara y cierta de los actos de poder. Es la reacción del derecho –irracional tal vez, de seguro visceral- frente al *horror vacui* de la discrecionalidad, del interés público, de la acción de gobierno, de la *raison d'État*, de la seguridad nacional. Es la forma que adquiere la obsesión constante –tal vez quimérica- de la sociedad moderna por lograr al fin que el derecho sea instrumento social eficaz en detener los nacionalismos, los populismos, la gestión pública corrupta, negligente, anodina o contumaz y otros fenómenos extremos y radicales que han sorprendido en pleno siglo XX a una civilización occidental avanzada. El derecho romano, la más notable manifestación técnica del derecho en toda la historia incluyendo la actualidad, capaz de regular al detalle y con virtuoso equilibrio los intereses sociales, regionales, locales e individuales, no fue capaz por sí solo de evitar la degradación de la República a la tiranía del Imperio y su posterior destrucción como civilización. Tampoco lo podría hacer el derecho actual.
- El entusiasmo por el descubrimiento de un nuevo recurso hermenéutico con pretensión técnica y aparentemente útil para controlar al poder contagia a los árbitros internacionales de inversiones y generan una casuística que se dedicará a darle nueva forma al principio. De modo específico, dedicado a evaluar el estándar de

cumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo y el grado de satisfacción de las legítimas expectativas del inversionista.

En el caso específico del litigio entre OXY y el Estado ecuatoriano, las principales alegaciones de ambas partes que constituyen la materia objeto de controversia a ser resuelta por el tribunal arbitral y por el comité ad hoc para resolver la solicitud de nulidad de laudo, aludieron a la tesis por parte del inversionista que el Decreto de Caducidad promulgado por el Estado ecuatoriano es ilegal porque fue una medida desproporcionada para el logro de un fin legítimo a cargo del Estado, y por parte de la República, que un Decreto de Caducidad que declara la extinción del contrato en el supuesto previsto por el propio contrato para su extinción, no es susceptible de ser sometido a juicio de proporcionalidad porque vulnera el principio *pacta sunt servanda*, de mayor jerarquía.

Pero en tal empeño, los árbitros no toman en cuenta que todo lo que brilla no es oro, y escoba nueva barre bien. El principio de proporcionalidad ha levantado importantes cuestionamientos.

Primero, el examen en sentido estricto carece de rigor técnico, certidumbre y objetividad dado el insuficiente desarrollo doctrinal, jurisprudencial y normativo para decantar una técnica depurada que permita conciliar los valores de la estabilidad, flexibilidad, previsibilidad y certeza. Segundo, las carencias técnicas del principio intentan suplirse con el uso de conceptos jurídicos indeterminados –razonable, idóneo, proporcionado-, fuentes de incertidumbre que no resuelven el problema mucho más que los criterios antiguos de razonabilidad. Tercero, la proporcionalidad converge con criterios tradicionales con los cuales interactúa en la doctrinal legal –de creación judicial- y con los cuales desarrolla relaciones de préstamo e incorporación de determinadas categorías, añadiendo mayor incertidumbre. Cuarto, establece una plataforma útil para socavar la separación de poderes al constituirse en el principio favorito del activismo judicial sustitutivo de los poderes públicos con vocación política.

A lo anterior debe sumarse, para el arbitraje internacional de inversiones que, el principio de proporcionalidad no ha sido incluido de modo expreso en los BITs o en la norma aplicable pactada por las partes; el mismo ha sido configurado *ab origine* para controlar que los poderes públicos no vulneren o limiten los derechos fundamentales, no para

evaluar la pertinencia de la acción de gobierno en materia económica. De igual forma, la casuística arbitral no ha logrado aún consagrar un rigor técnico tal que permita establecer un orden de prelación de intereses del inversionista a proteger. Asimismo, la aplicación de un principio pensado y formulado para proteger derechos fundamentales resulta inapropiado para la defensa de derechos contractuales de carácter privado que surgen en contratos con un sujeto estatal en plena actuación *de iure gestionis*. Y por último y no menos importante, la elevada cuota de incertidumbre y la lesión a la soberanía del Estado, que no es *peccata minuta*.

Pero el principal argumento, escasamente tratado por no decir con nula presencia en los estudios al respecto, radica en la frontal contradicción entre los postulados filosóficos y de política económica que subyacen en el propio arbitraje como medio de resolución de conflictos y el propósito del principio de proporcionalidad. El arbitraje en sentido general, tiene un fuerte componente ideológico individualista y voluntarista; la aplicación del citado principio suprime la función de premio y castigo del mercado global de capitales, bloquea el juego de roles y fomenta el riesgo moral y la conducta negocial altamente riesgosa. Para evitar eso el mercado tiene sus resortes: agencias de calificación e índices de riesgo-país, negociación de garantías desde la autonomía privada de las partes, contratación de seguros contra riesgos sistémicos, negociación de entrada por medio de *joint-venture* para distribuir potenciales pérdidas, entre otros. La proporcionalidad es una nota discordante en el discurso económico y financiero global.

En razón de todo lo anterior, la cuestión de la proporcionalidad constituye otra muestra de las dificultades del sistema multilateral de promoción y fomento de la inversión para adaptarse a las realidades del siglo XXI. Una realidad protagonizada por modificaciones sustanciales a los movimientos de capitales a partir del atractivo y emergencia de nuevas y pujantes economías que no están ubicadas en el centro sino en la periferia. No tardarán los nuevos protagonistas del comercio y las inversiones a nivel global, en forzar la retirada del principio de proporcionalidad del mapa del arbitraje internacional de inversiones o los propios centros financieros ante una eventual reversión de flujos de inversión, so riesgo de caer en profunda crisis el esquema adjudicador del CIADI. Mientras tanto, la proporcionalidad ya está haciendo mucho daño, al propio Estado receptor y al inversionista en el largo plazo.

Referencias

- Adarand Constructors Inc. v. Peña, 515 US 200 (US Supreme Court 1995).
- Aguilar Cavallo, G. (2019). Obligatoriedad del control de convencionalidad a la luz del derecho de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 19, 357-398.
- Aleinikoff, A. (1987). Constitutional law in the age of balancing. *Yale Law Journal*, 96(5), 984.
- Álvarez, J. (2016). Beware: boundary crossings. In T. Kahana, & A. Scolnicov (Eds.), *Boudaries of State, boundaries of rights. Human rights, private actors and positive obligations* (pp. 43-52).
- Álvarez, J., & Khamsi, K. (2009). The Argentine crisis and foreign investors. A glimpse into the heart of the investment regime. In K. P. Sauvant (Ed.), *Yearbook on International Investment Law and Policy* (pp. 379-479). Oxford: Oxford University Press.
- Andenas, M., & Zleptnig, S. (2007). Proportionality: WTO law in comparative perspective. *Texas Journal of International Law*, 42, 371-400.
- Arturo, F., & Andrés, L. (2015). *Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia*. Retrieved 11 6, 2020, from <http://repository.usergioarboleda.edu.co/handle/11232/352>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1983). *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Ilícitos Internacionales*. Nueva York: UN.
- Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corp., 1 KB 223 (Court of Appeals of England and Wales 1948).
- Associated Provincial Picture House, Ltd. v. Wednesbury Corp., 1 KB 223 (1948).
- Azurix Corp. v. República Argentina, ARB/01/12 (CIADI 2012).
- Barbosa Mariño, J., & Galarza-Andrade, W. (2007). Arbitraje internacional en materia de impuestos: la cláusula de excepción de tributación. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*(9).
- Basten, J. (2005). The ultimate rule of law by David M. Beatty, book review. *Melbourne University Law Review*, 29, 932.
- Bento, L. (2014). Distilling principles of law from ICSID cases against Ecuador. *Journal of International Arbitration*, 31(3), 329-356.

- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BG Group PLC v. República Argentina (Arbitraje ad hoc CNUDMI diciembre 25, 2007).
- Böckenförde, E. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos.
- Bomhoff, J. (2008). Balancing the global and the local: judicial balancing as a problematic topic in comparative (constitutional) law. *Hastings International and Comparative Law Review*, 31, 555-586.
- Bonnefoy, P. (2016). Argentina: la expropiación de Repsol-YPF. *Estudios Internacionales*, 48(184), 39-73.
- Brower, C., & Schill, S. (2008). Is arbitration a threat or a boom to the legitimacy of international investment law? *Chicago Journal of International Law*, 9, 471.
- Bücheler, G. (2015). *Proportionality in investor-state arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Cárdenas García, J. (2013). The era of petroleum arbitration mega cases. *Houston Journal of International Law*, 35, 537.
- Clark, I. (2014). *Commodity option pricing: A Practitioner's guide*. Chichester: John Wiley & Sons, Ltd.
- CMS Gas Transmission Company v. República Argentina, ARB/01/8 (CIADI Mayo 12, 2005).
- Columbia v. Heller, 128 S.Ct. 2783 (Supreme Court of the US 2008).
- Comité Internacional de la Cruz Roja. (2007). *El derecho internacional humanitario consuetudinario*. Buenos Aires: CICR.
- Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados*, Viena, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, 23 mayo 1969.
- Corea - Medidas que afectan a la importación de carne bovino y productos cárnicos procedentes del Canadá, DS391 (Órgano de Solución de Diferencias OMC junio 20, 2012).
- Culver, K. (2001). Leaving the Hart-Dworkin debate. *University of Toronto Law Journal*, 51(4), 367-398.
- Decreto de Caducidad. *Registro Oficial de la República del Ecuador*, sd, 15 de mayo de 2006.

- Decreto Ejecutivo 1363/01, Reglamento para la Transferencia o Cesión de Derechos y Obligaciones de los Contratos de Hidrocarburos. *Registro Oficial de la República del Ecuador*, 293, 27/3/2001.
- Decreto Ejecutivo 3179/2002, Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública. *Registro Oficial de la República del Ecuador*, 686, 18 de octubre de 2002.
- Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, Final award, ARB/04/19 (ICSID August 18, 2008).
- EDF International S.A., SAUR International S.A. & León Participaciones Argentinas S.A. v. República Argentina, ARB/03/23 (CIADI junio 11, 2012).
- El Paso Energy International Co. v. República Argentina, ARB/03/15 (CIADI octubre 31, 2011).
- Engel, E. (2012). The history of the general principle of proportionality: An overview. *Dartmouth Law Journal*, 10(1), 1-10.
- Enron Creditors Recovery Corp.; Ponderosa Assets, LP v. República Argentina, ARB/01/3 (CIADI).
- Federal Communications Commission v. Beach Communications, 508 US 307 (US Supreme Court 1993).
- Franck, S. (2005). Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador. *American Journal of International Law*, 99(3), 675-681.
- Franck, S. (2009). Development and outcomes of investment treaty arbitration. *Harvard International Law Journal*, 50, 435.
- Fried, C. (1963). Two concepts of interests: some reflections on the Supreme Court's balancing test. *Harvard Law Review*, 76, 759.
- Fry, J. (2007). International human rights law in investment arbitration: Evidence of international law's unity. *Duke Journal of Comparative and International Law*, 18, 77.
- Gallagher, K., & Shrestha, E. (2011). Investment treaty arbitration and developing countries: a re-appraisal. *Journal of World Investment & Trade*, 12, 919.
- Generation Ukraine, Inc. v. Ucrania, ARB/00/9 (CIADI 2003).
- Gillman, E. (2008). The end of investor-state arbitration in Ecuador? An analysis of article 422 of the Constitution of 2008. *American Review of International Arbitration*, 19, 269-489.

- Grutter v. Bollinger, 539 US 206 (US Supreme Court 2003).
- Haines, C. (1930). The revival of natural law concepts. A study of the establishment and of the interpretation of limits on legislatures with special reference to the development of certain phases of american constitutional law. In *English Higher Law Doctrines*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Heckler v. Mathews, 465 US 728 (US Supreme Court 1984).
- Hellman, J. (2018). La superación de la doctrina clásica en torno a la subjetividad internacional en detrimento de las multinacionales. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 18, 409-450.
- Henkin, L. (1978). Infallibility under law: constitutional balancing. *Columbia Law Review*, 78, 1037-41.
- International Transport Workers´ Federation & Finnish Seamen´s Union v. Viking Line ABP & OÜ Viking Line Eesti, C-438/05 (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 2005).
- Jones, K. (2010). Something old, something new: the evolving farmout agreement. *Washburn Law Journal*, 49, 477-492.
- Katselas, A. (2013). Do investment treaties prescribe a deferential standard of review? *Michigan Journal of International Law*, 34, 88-133.
- Kinsch, P. (2020). The law applicable to the civil consequences of human rights violations. In S. Forlati, & P. Franzina (Eds.), *Universal Civil Jurisdiction. Which Way Forward?* (pp. 159-169). Leiden, The Netherlands: Brill-Nijhoff.
doi:10.1163/9789004408579
- Kleinlein, T. (2011). Judicial lawmaking by judicial restraint? (M. e. Goldmann, Ed.) *German Law Journal* (12), 251-292.
- Kurtz, J. (2009). The use and abuse of WTO Law in investor-state arbitration: competition and its discontents. *European Journal of International Law*, 20(3), 749-771.
- Laporta, F. (1999). Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (22), 321-330.
- Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts Co., 410 US 356 (US Supreme Court 1973).
- Leiter, B. (2003). Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, 48, 17.

- Leiter, B. (2005). The end of empire: Dworkin and jurisprudence in XXIst century. *Rutgers Law Journal*, 36, 165.
- Levine, E. (2011). Amicus curiae in international investment arbitration: the Implications of an increase in thirdparty participation. *Berkeley Journal of International Law*, 29, 200.
- Ley de Hidrocarburos. *Registro Oficial de la República del Ecuador*, 711, 15 de noviembre de 1978.
- LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic, Final award, ARB/02/1 (ICSID July 25, 2007).
- Lothar, M. (2009). ¿El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa? *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (11), 165-187.
- Metalclad Corp. v. United Mexican States, Final award, ARB(AF)/97/1 (ICSID August 30, 2000).
- Metalpar S.A. & Buen Aire v. República Argentina, ARB/03/5 (CIADI junio 6, 2008).
- Miller v. California, 413 US 15 (US Supreme Court 1973).
- Mississippi University for Women v. Hogan, 458 US 718 (US Supreme Court 1982).
- MTD Equity Sdn Bhd & MTD Chile, S.A. v. República de Chile, ARB/01/7 (CIADI 2004).
- Muthucumaraswamy, S. (2015). Resistance and change in the international law on foreign investment. *European Journal of International Law*, 26, 1050-1052.
- Naciones Unidas. (1969, mayo 23). *Convención de Viena sobre el derecho de tratados*. Retrieved diciembre 12, 2020, from Organización de Estados Americanos: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf
- Naciones Unidas. (2011). *Carta de las Naciones Unidas y Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- National Grid PLC v. República Argentina (Arbitraje ad hoc CNUDMI noviembre 3, 2008).
- Neville Figgis, J. (1914). *The divine right of kings* (2 ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- New York v. Paula Ira Ferber, 458 US 747 (US Supreme Court 1982).
- Nordlinger v. Hahn, 505 US 1 (US Supreme Court 1993).

- Núñez Vaquero, A. (2017). Una mirada realista sobre la ponderación (y la concreción) de principios. *Jurídicas*, 14(1), 54-70. doi:10.17151/jurid.2017.14.1.5.
- Occidental Exploration and Production Co. v. Republic of Ecuador, UN3467 (London Court of International Arbitration July 1, 2004).
- Occidental Petroleum Corp., Occidental Exploration & Production Co. v Republic of Ecuador, ARB/06/11 (ICSID 10 5, 2012). Retrieved 12 30, 2020
- Pagliari, A. S. (2004). El derecho internacional público. Funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los estados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(4), 15. Retrieved 11 6, 2020, from <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/100/153>
- Pahis, S. (2020). Investment Misconceived: the Investment Commerce distinction in International Investment Law. *Yale Journal of International Law*, 45, 69-102.
- Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No. 1, 551 US 701 (US Supreme Court 2007).
- Parkerings-Compagniet AS v. Republica de Lituania, ARB/05/8 (CIADI Septiembre 11, 2007).
- Pérez Hualde, A. (2015). La doctrina, ¿fuente "poco confiable" en el derecho administrativo? *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 95-114.
- Pérez, N. E., Torrez, J. M., & Ayala, C. S. (2015). *La necesidad de establecer el bloque de constitucionalidad respecto a normas de derechos humanos*. Retrieved 11 6, 2020, from <http://ri.ues.edu.sv/id/eprint/8555> Pope & Talbot, Inc. v. Canada, Arbitraje ad hoc CNUDMI (abril 10, 2000).
- Posner, R. (2002). Pragmatism versus purposivism in first amendment analysis. *Stanford Law Review*, 54, 737-752.
- Procuraduría General del Estado de la República del Ecuador. (2014). *Caso OXY: defensa jurídica de una decisión soberana y en derecho del Estado ecuatoriano*. Quito: PGE.
- Regan, D. (2007). The meaning of "necessary" in GATT article XX and GATS article XIV: the myth of cost-benefit balancing. *World Trade Review*, 6(3), 347-369. doi:10.1017/S1474745607003424 Reno v. American Civil Liberties Union, 521 US 844 (US Supreme Court 1997).
- Rodríguez, J. L., & Vicente, D. E. (2009). *Aplicabilidad y validez de las normas del Derecho internacional*.

Retrieved 11 6, 2020, from <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/20370>.

- Rosatti, H. (2003). Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino. *La Ley*, 1283.
- Rubinfeld, J. (2002). A reply to Posner. *Stanford Law Journal*, 54, 753-767. S.D. Myers, Inc. v. Canada (Arbitraje ad hoc CNUDMI 2002).
- Saluka Investments B.V. v. República Checa, sn (UNCITRAL Mayo 17, 2006).
- Sarlo, P. (2020). The Spaghetti Bowl Revisited in the Context of Corruption: Understanding How Corrupt Countries Could Subvert WTO's Rule-Oriented System through Preferential Trade Agreements. *Denver Journal of International Law & Policy*, 43(1), 2-38.
- SAUR International S.A. v. República Argentina, ARB/04/4 (CIADI mayo 22, 2014).
- Schafer, K. (2020). *International Investment Law. Text, Cases and Materials*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, Ltd.
- Schill, S. (2006). Fair and equitable treatment under investment treaties as an embodiment of the rule of law. *International Investment Law a& Comparative Public Law* (170).
- Schlink, B. (2012). Proportionality in constitutional law: Why everywhere but here? *Duke Journal of Comparative and International Law*, 22, 291.
- Schneiderman, D. (2010). Judicial politics and international investment arbitration: Seeking an explanation for conflicting outcomes. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 30, 383-413.
- Schreur, C. (2005). Fair and equitable treatment in arbitral practice. *Journal of World Investment & Trade*, 6(3).
- Schweiker v. Wilson, 450 US 221 (US Supreme Court 1981).
- Sempra Energy International v. República Argentina, ARB/02/16 (CIADI septiembre 28, 2007).
- Sornarajah, M. (2016). International investment law as development law: the obsolescence of a fraudulent system. *European Yearbook of International Economic Law*, 209-231.
- Stone Sweet, A. (2010). Investor-state arbitration: proportionality's new frontier. *Law & Ethics on Human Rights*, 4(1), 49, 50.

- Stone Sweet, A., & Della Cananea, G. (2014). Proportionality, general principles of law and investor-state arbitration: a response to José Álvarez. *New York University Journal of International Law & Policy*, 46, 916-954.
- Stone Sweet, A., & Mathews, J. (2008). Proportionality balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 72(96), 46-56.
- Stone Sweet, A., Burke-White, W., & Von Staden, A. (2014). Investment protection in extraordinary times: the interpretation and application of non-precluded measures provisions in bilateral investment treaties. *Virginia Journal of International Law*, 48(2), 308.
- Subedi, S. (2020). *International Investment Law. Reconciling Policy and Principle* (4th ed.). New York: Hart Publishing.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. & InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. República Argentina, ARB/03/17 (CIADI).
- Técnicas Medioambientales TECMED, S.A. v. Estados Unidos Mexicanos, ARB (AF)/00/2 (CIADI mayo 29, 2003).
- Titi, C. (2016). Most-Favoured Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law. *Journal of International Arbitration*, 33, 425-488.
- Total S.A. v. República Argentina, ARB/04/1 (CIADI).
- Treves, T. (2009). *Fragmentation of international law: the judicial perspective*. Retrieved 11 6, 2020, from <https://air.unimi.it/handle/2434/67737>.
- Tribe, L. (1985). Constitutional calculus: equal justice or economic efficiency. *Harvard Law Review*, 98, 595.
- US Senate. (1993, August 27). *Treaty Between the United States of America and the Republic of Ecuador Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, with Protocol and a related exchange of letters*. Retrieved from 103-15, Senate Treaty Doc.: <https://www.congress.gov/treatydocument/103rd-congress/15?s=1&r=25>
- US v. Robert J. Stevens, 559 US 460 (US Supreme Court 2010).
- US v. Virginia, 518 US 515 (US Supreme Court 1996).
- US v. Xavier Álvarez, 567 US 709 (US Supreme Court 2012).
- Weinberger v. Wiesenfeld, 420 US 636 (US Supreme Court 1975).
- Wengler v. Druggists Mutual Insurance, Co., 446 US 142 (US Supreme Court 1980).

Ysursa v. Pocatello Education Association, 129 S.Ct. 1093 (Supreme Court of the US 2009).

Zagrebelsky, G. (1997). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

Zell, J. (2016). Just Between You and Me: Mutual Recognition Agreements and the Most-Favoured Nation Principle. *World Trade Review*, 15, 3-18.



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



senescyt
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Johannes San Miguel Giralt**, con C.C.: **0959475781**, autor del trabajo de titulación: **Errónea aplicación del principio de proporcionalidad sobre el principio PACTA SUNT SERVANDA en el arbitraje internacional de inversiones. análisis del caso OXY V. Ecuador**, previo a la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil:

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, a los 23 días de febrero de 2021

f. _____
San Miguel Giralt, Johannes
CC: 0959475781



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA REGISTRO DE TESIS / TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA	Errónea aplicación del principio de proporcionalidad sobre el principio PACTA SUNT SERVANDA en el arbitraje internacional de inversiones. análisis del caso OXY V. Ecuador.		
AUTOR	San Miguel Giralt, Johannes		
INSTITUCIÓN	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD	Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA	Derecho		
TÍTULO OBTENIDO	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN	23 de febrero del 2021	No. de páginas	36
ÁREAS TEMÁTICAS	Derecho Constitucional, Derecho Internacional		
PALABRAS CLAVE/ KEYWORDS:	arbitraje, caducidad, proporcionalidad, inversionista, ponderación, derechos		
RESUMEN:	<p>En noviembre de 2015 cierra el caso OXY v Ecuador con la denegación de la solicitud de nulidad de laudo interpuesta por el Estado demandado y se agotan las opciones legales para impugnar una de las condenas dinerarias más grandes en toda la historia del arbitraje de inversiones. El argumento más controversial por parte de los árbitros radica en la aplicación del principio de proporcionalidad para evaluar y determinar el incumplimiento por parte del Estado de la obligación de trato justo y equitativo al inversionista, al amparo del tratado bilateral de inversión relevante. Dicho argumento excluye varias cuestiones de carácter técnico y normativo, entre ellas, que el Decreto de Caducidad por el cual el Estado ecuatoriano da por concluido el vínculo con el inversionista, fue promulgado bajo la potestad de derecho público que le corresponde al Estado para regular sectores estratégicos, pero sobre todo en virtud de la voluntad de ambas partes expresada en los contratos respectivos. De igual forma, la proporcionalidad no forma parte expresa de las obligaciones de derecho internacional frente al inversionista. Ambas razones cierran toda vía al tribunal arbitral para invocar la proporcionalidad al caso.</p>		
ADJUNTO PDF:	SI <input checked="" type="checkbox"/>	NO <input type="checkbox"/>	
CONTACTO CON AUTORES	Teléfono: (593) 984894669	Email: johannes.sanmiguel@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)	Nombre: Ab. Toscanini Sequeira Paola María, Msc.		
	Teléfono: +593-999570394		
	Email: paola.toscanini@cu.ucsg.edu.ec paolats77@icloud.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
No. de registro (en base de datos)			
No. de clasificación			
Dirección url (tesis en la web)			