

Dr. Miguel Hernández Terán

COORDINADOR

EL RETORNO DEL ECUADOR AL CIADI Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

(Y evaluación sobre el Ecuador en el CIADI)

**Un nuevo aporte de la maestría en Derecho Constitucional
de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**



MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN
COORDINADOR

**EL RETORNO DEL ECUADOR
AL CIADI Y LA CORTE
CONSTITUCIONAL**
(Y evaluación sobre el Ecuador en el CIADI)

**OTRO APORTE DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

2022

UCSG

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

EL RETORNO DEL ECUADOR AL CIADI Y LA CORTE CONSTITUCIONAL

Miguel Hernández Terán ▪ Eduardo Carmigniani ▪ Hugo García Larriva ▪ Alvaro Galindo
Martín Flores ▪ Sebastián Espinosa Velasco ▪ Nicolás M. Perrone ▪ Jorge Zavala Egas
Javier Robalino Orellana ▪ Paúl R. Carrera ▪ Ana María Larrea de Ortiz ▪ Diego García Carrión
Jorge G. Alvear Macías ▪ Juan Manuel Marchán ▪ Michelle Vasco ▪ David Toscano Andrade

Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional,
correo electrónico: mhtjuridico@gmail.com

Primera edición:

ISBN: 978-9942-10-697-1.

Derecho de autor: 061369.

Depósito legal: 006746.

Impreso en Ecuador, febrero 2022.

Producción editorial: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Diseño de portada: Área de Diseño de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Logotipo de la serie: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

© Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Av. Carlos Julio Arosemena Km 1 ½

Apartado postal: 09-01-4671 • Guayaquil, Ecuador

Teléfonos: (593 4) 380 4600

www.ucsg.edu.ec

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de los respectivos autores.

Los trabajos contenidos en esta obra pueden ser citados reconociendo la fuente.

ÍNDICE

Palabras de introducción	7
EL REGRESO DE ECUADOR AL CIADI <i>Eduardo Carmigniani ▪ Hugo García Larriva</i> <i>Alvaro Galindo ▪ Martín Flores</i>	11
LA NO APROBACIÓN DEL CONVENIO CIADI <i>Sebastián Espinosa Velasco ▪ Nicolás M. Perrone</i>	29
LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CIADI: ELEMENTOS DE ESTUDIO <i>Jorge Zavala Egas</i>	59
ANÁLISIS EMPÍRICO RECIENTE DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL ECUADOR Y PERSPECTIVAS EX - POST RETORNO AL CIADI <i>Javier Robalino Orellana ▪ Paúl R. Carrera</i>	75
REFLEXIONES SOBRE LA ADHESIÓN DEL ECUADOR AL CIADI <i>Ana María Larrea de Ortiz</i>	99
ECUADOR, ¿QUÉ PASÓ ENTRE LA SALIDA Y EL RETORNO DEL CIADI? <i>Diego García Carrión</i>	123

ANÁLISIS DEL DICTAMEN NO. 5-21-TI/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA NECESIDAD DE APROBACIÓN LEGISLATIVA DEL CIADI	149
---	-----

Jorge G. Alvear Macías

EL RETORNO DEL ECUADOR AL CIADI ANÁLISIS DESDE LAS PERSPECTIVAS JURÍDICA Y POLÍTICA	177
---	-----

Juan Manuel Marchán ■ Michelle Vasco

DESMITIFICANDO FALSAS CREENCIAS: NO EXISTE CORRELACIÓN ENTRE EL CIADI Y LOS RESULTADOS QUE HA TENIDO EL ECUADOR EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN	203
---	-----

David Toscano Andrade

ANEXO

CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS	263
---	-----

PALABRAS DE INTRODUCCIÓN

El Ecuador es un país al cual le urge la inversión extranjera. A ésta no le urge participar en el Ecuador. Ello torna necesario rodear dicha inversión de ciertas garantías básicas, más aún si se considera que regularmente tal participación es de riesgo.

Uno de esos respaldos institucionales esenciales es la *independencia* de quienes tienen la facultad de decidir sobre los conflictos entre los inversionistas extranjeros y el Estado. Las flaquezas de la independencia judicial ecuatoriana son cada vez más señaladas por la jurisprudencia. La debilidad institucional de la Función Judicial ecuatoriana se representa, en algunos aspectos, en la sentencia No. 37-19-IN/21¹ de nuestra Corte Constitucional. En el voto concurrente emitido por los doctores Daniela Salazar Marín y Alí Lozada Prado, en el marco de dicha sentencia, tales magistrados sostuvieron, entre otros, lo siguiente:

...Esta vez, bajo el título de “evaluación” se hizo nuevamente lo mismo: cambiar de forma masiva a jueces de una Alta Corte ecuatoriana antes de que culminen sus periodos normales. El resultado es que, mediante una evaluación profesional de desempeño, nuevamente una gran mayoría del máximo organismo de administración de justicia ordinaria es separada de su cargo fuera del periodo de nombramiento establecido en la Constitución. Si bien habrían existido motivos de peso para dudar de la independencia de varios de los magistrados y magistradas removidos, ello no justifica la afectación a la independencia judicial como un todo, ni nos asegura que esta sí será la última vez.²

1 http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE-6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOidiODc2MzYwMy04MjZkLTRmYWVlOC0xND-MxODhhY2UxOWUucGRmJ30=

2 Párrafo 17. Página 72.

Esta justificación de “la última vez” responde a una actitud cortoplacista frente las instituciones: en la cultura política ecuatoriana suele creerse que lo patriota es buscar el bien común aunque sea a costa de la juridicidad. Con ello, se frustra la realización de los valores más cardinales y permanentes de la Constitución. Todo patriotismo debe ser siempre constitucional y eso implica una actitud de largo plazo frente a las instituciones: el respeto a la juridicidad es la única vía, aunque no siempre sea la más corta, hacia el bien común.³

Para los señalados magistrados constitucionales, la evaluación de los jueces de la Corte Nacional de Justicia violó la garantía de inamovilidad⁴ (se removieron 21 jueces y conjuces⁵) violó el debido proceso⁶, no fue oportuno⁷.

En la resolución del pleno de la Corte Constitucional se afirma, entre otros puntos, lo siguiente:

171. De igual modo, este Organismo identificó que la Resolución 10-2019 en su artículo 6 segundo inciso parte final el Consejo de la Judicatura transgredió el principio de legalidad; debido a que, por una parte, el mecanismo de evaluación no podría ser entendido como una derivación a un procedimiento sancionatorio; y menos aún encontrarse indeterminado; y por otra, es el Código Orgánico de la Función Judicial la norma que contempla las prohibiciones y el régimen disciplinario aplicables a los funcionarios de la función judicial, entre los cuales se encuentran los jueces y conjuces de la Corte Nacional; y, podía ser empleado para la tramitación de procedimientos sancionatorios correspondientes...⁸

Estas flaquezas abonan al fortalecimiento del sistema arbitral en el Ecuador.

3 Párrafo 18. Página 72.

4 Página 72.

5 Párrafo 5 del voto concurrente. Página 66.

6 Página 73.

7 Páginas 73, 74 y 75.

8 Página 53.

Ahora bien, de un lado la inclinación hacia el arbitraje internacional no debe hacernos perder de vista el marco constitucional del Ecuador, y profundizar sobre el mismo; y de otro lado el marco constitucional no debe interpretarse soslayando nuestra realidad y la fragilidad de la credibilidad de nuestro sistema de justicia. El “realismo” es esencial.

Cuando un inversionista extranjero lea la sentencia que he señalado (o se la resuma su asesor jurídico) sin duda profundizará sus preocupaciones sobre el sistema de justicia ecuatoriano, y fortalecerá su simpatía por el arbitraje internacional como un instrumento alternativo confiable para la resolución de conflictos. El arbitraje internacional es, efectivamente, amigo de la inversión extranjera.

Habiéndose el Ecuador separado del “CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS” (CIADI), el actual Presidente Constitucional de la República tomó la decisión política de retornar al CIADI. La Corte Constitucional consideró en el dictamen 5-21-TI/21⁹ que *no se requiere de la aprobación legislativa de tal convenio internacional*, lo cual dio lugar a una importante polémica pública. Alrededor de este tema se desarrolla esta obra, la cual también realiza una evaluación de la participación histórica del Ecuador en el CIADI.

La maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil que dirijo, resolvió contactar a una serie de especialistas y experimentados profesionales del Derecho para que aporten con sus reflexiones sobre los temas indicados. Gracias a su empeño nació este libro, que afortunadamente ve la luz pública en las primeras épocas del año 2022. Cumplimos así el compromiso de vinculación con la comunidad, y aportamos efectivamente y con idoneidad en la discusión de tan importante como compleja cuestión jurídica.

9 http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE-6j3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOidiNDJlODMyYy01MDc4LTQxMDktYWwMy0xOTc2Yzd

Agradecemos efusivamente por su colaboración a: Eduardo Carmigniani, Hugo García Larriva, Alvaro Galindo, Martín Flores, Sebastián Espinosa Velasco, Nicolás M. Perrone, Jorge Zavala Egas, Javier Robalino Orellana, Paúl R. Carrera, Ana María Larrea de Ortiz, Diego García Carrión, Jorge G. Alvear Macías, Juan Manuel Marchán, Michelle Vasco y David Toscano Andrade.

Dr. Miguel Hernández Terán
Director de la Maestría en Derecho Constitucional
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

EL REGRESO DE ECUADOR AL CIADI

Eduardo Carmigniani
Hugo García Larriva
Alvaro Galindo
Martín Flores

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda uno de los temas más relevantes para el país desde que el presidente Lasso fue electo, ha sido la suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el “**Convenio CIADI**” o el “**Convenio**”). Este instrumento, suscrito por parte del Gobierno el 21 de junio de 2021, creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**” o el “**Centro**”).

El CIADI es “una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros”¹⁰ a través de un foro independiente y despolitizado. Así, este es únicamente un centro que administra arbitrajes y conciliaciones, en el que ni el Banco Mundial ni el propio CIADI resuelven las controversias, sino que estas son resueltas por los tribunales arbitrales y las comisiones de conciliación que se conforman bajo la normativa aplicable del Centro.

La ratificación del Convenio CIADI es una medida adoptada por el Gobierno que tiene como principal objetivo fortalecer sus políticas de atracción de inversión extranjera y enviar un mensaje a la comunidad internacional de que el Estado ecuatoriano está dispuesto a

10 Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, p. 9.

proteger y respetar la inversión responsable que llegue al país¹¹. El ofrecer un foro imparcial de resolución de disputas en materia de inversión brinda mayor confianza a los inversionistas, lo que, de conformidad con lo anunciado por el Ejecutivo, podrá generar flujos de inversión necesaria para el país en estos momentos. Así, el retorno del Ecuador al CIADI es una decisión estratégica del Gobierno. Es un paso que busca generar credibilidad en la comunidad internacional como punto de partida para trabajar en un plan macro para la atracción de inversiones.

El regreso de Ecuador al CIADI se produce doce años después de que el Gobierno del presidente Rafael Correa tomara la decisión de denunciar el Convenio¹²; este retorno ha traído muchas discusiones –a favor y en contra–. Con este antecedente, este artículo tiene como objetivo el analizar dos de las principales problemáticas que ha generado la ratificación del Convenio. *Primero*, si la suscripción y ratificación del Convenio CIADI requería aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional y, por lo tanto, si dicho Convenio fue suscrito y ratificado de conformidad con lo prescrito en la Constitución. *Segundo*, si la ratificación del Convenio transgrede el artículo 422 de la misma Constitución.

2. SI LA SUSCRIPCIÓN Y RATIFICACIÓN DEL CONVENIO CIADI FUE REALIZADA CON APEGO A LA CONSTITUCIÓN

2.1. La suscripción o ratificación de los tratados internacionales le corresponde al Presidente de la República

La Constitución es clara, la suscripción o ratificación de los tratados internacionales es una potestad que le corresponde al Presidente de la República. Los artículos 147, 10º, y 418 de la Carta Magna no dejan lugar a dudas. El primero prescribe que son atribuciones exclusivas

11 Decreto Ejecutivo No.122 del 16 de julio 2021 publicado en el Registro Oficial Cuarto Suplemento (21 de julio de 2021).

12 Decreto Ejecutivo No.1823 del 02 de julio 2009. Publicado en el Registro Oficial 632 (13 de julio de 2009)

del Presidente “suscribir y ratificar los tratados internacionales”¹³. En este mismo sentido, el segundo prescribe que al “Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales”¹⁴.

Así, de conformidad con lo prescrito en este último, el ejercicio de esta potestad únicamente requiere la notificación a la Asamblea Nacional, previo a la ratificación del tratado internacional. Transcurridos diez días después de la notificación, el Presidente puede ratificar el tratado. La regla general establecida en la Constitución, entonces, es que el Presidente puede, por sí mismo y sin necesidad de autorización previa de la Asamblea Nacional, suscribir y ratificar tratados internacionales.

De esta manera, es solo excepcional que la Asamblea Nacional deba participar en el proceso de ratificación de un tratado internacional. El artículo 419 de la Constitución prescribe que solo se requerirá aprobación de este órgano en los casos expresamente previstos en la Carta Magna: “[l]a ratificación o denuncia de los tratados internacional requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: [...]”¹⁵. Este artículo se encarga de determinar una lista taxativa de casos en los que esta aprobación legislativa es requerida.

Esto queda aún más claro cuando vemos lo prescrito en el artículo 120 de la Constitución. En este se establece que dentro de las atribuciones y deberes de la Asamblea Nacional está “aprobar o improbar los tratados internacionales **en los casos que corresponda**”¹⁶. Consecuentemente, si no es uno de los supuestos prescritos en el artículo 419 de la Constitución, se aplica la regla general prevista en el artículo 418, es decir que el Presidente puede suscribir y ratificar tratados internacionales sin la autorización previa de la Asamblea Nacional.

13 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 147(10).

14 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 418.

15 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 419.

16 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 120.

En el presente caso, el Gobierno ecuatoriano suscribió el Convenio el 21 de junio de 2021. Una vez suscrito, fue enviado a la Corte Constitucional para que analice la necesidad de aprobación de la Asamblea, previa a la ratificación. La Corte emitió su dictamen el 30 de junio de 2021 y estableció que la ratificación del Convenio no requería aprobación legislativa ni dictamen previo de constitucionalidad –decisión que será analizada en la siguiente sección–. El 5 de julio de 2021 el Ejecutivo notificó a la Asamblea el contenido del Convenio.

2.2. La Corte Constitucional concluyó que el Convenio CIADI no está en los supuestos previstos en el artículo 419 de la Constitución

Como se mencionó *supra*, el Convenio CIADI es un tratado internacional que tiene como objetivo la “creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros”¹⁷, con el propósito de “promover un ambiente de confianza mutua y [...] estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que desean atraerlo”¹⁸. El Convenio CIADI, entonces, creó el Centro para “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje”¹⁹.

De esta manera es claro que por la naturaleza que tiene el Convenio, este no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos prescritos en el Artículo 419 de la Constitución y, por tanto, su ratificación –como oportunamente lo señaló la Corte Constitucional– no requería aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional. Veamos:

17 Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, p. 9.

18 Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, p. 9.

19 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Artículo 1.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 419 de la Constitución, únicamente los siguientes tratados requieren aprobación previa de la Asamblea:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético²⁰.

Resulta evidente que el Convenio CIADI no tiene relación alguna con los supuestos establecidos en los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 8º del artículo 419 de la Constitución, pues no se refiere a materia territorial o límites, no establece alianzas políticas o militares, no contiene un compromiso legislativo, no contiene cláusulas que modifiquen el régimen de regulación de derechos o garantías establecidos en la Constitución, no compromete la política económica del Estado ecuatoriano ni tampoco compromete el patrimonio cultural ni agua, biodiversidad ni su patrimonio genético. En cuanto a los dos ordinales

20 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 419.

restantes –el 6º y el 7º– estos tampoco son aplicables al Convenio, aunque estos merecen una explicación adicional para evitar cualquier confusión o errónea interpretación.

Sobre el primero, el Convenio CIADI no es un acuerdo de integración o de comercio. Si bien el preámbulo del Convenio CIADI hace énfasis en la “necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico”²¹, reconoce el rol de “las inversiones internacionales de carácter privado”²² para el efecto, y considera que la creación de mecanismos de resolución de disputas internacionales en materia de inversión podrá contribuir al desarrollo económico, su propósito no es el previsto en el ordinal 6º del artículo 419, pues no “compromete” al país en acuerdos de integración o de comercio.

El objeto de este tratado internacional es claro: la creación de un centro que facilite la resolución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros, a través de conciliación o arbitraje. En el Convenio CIADI no existen obligaciones, compromisos, o disposición alguna destinadas a regular el comercio entre los Estados signatarios. Tampoco existen disposiciones destinadas a que los Estados parte se sometan a un proceso de integración económica. Así, al ser un tratado que únicamente crea un centro que administra arbitrajes y conciliaciones entre un Estado y nacionales de otros Estados, es irrefutable que el Convenio CIADI no está en la hipótesis del ordinal 6º del artículo 419.

La Corte Constitucional acertadamente concluyó de esta manera:

el Convenio no contiene cláusulas en las que se generen obligaciones, compromisos o disposición alguna destinada a regular el comercio entre los Estados signatarios o miembros ni tampoco se observan disposiciones que sometan a dichos Estados a un proceso de integración económica²³.

21 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Preámbulo.

22 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Preámbulo.

23 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, Dictamen No. 5-21-TI/21, 30/06/2021.

Así, estableció que en el Convenio no se observa ningún “compromiso de comercio y de integración, más bien, como se ha expuesto, el Convenio establece un marco normativo por el cual se crea un Centro (CIADI) que facilita la resolución de diferencias relativas a inversiones a través de la conciliación o arbitraje”²⁴.

Finalmente, en cuanto al ordinal 7º del artículo 419 de la Constitución, esto es, si las disposiciones del tratado atribuyen “competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”, como veremos a continuación el Convenio CIADI no atribuye ninguna competencia de este tipo al Centro.

Si bien el CIADI es un centro que facilita la resolución de conflictos a través de métodos como el arbitraje y la conciliación, los Estados que lo han ratificado no están obligados a someterse a ninguno de estos dos métodos de resolución de conflictos. Esto queda claro en el propio preámbulo del tratado, en el que se establece que “la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”²⁵. Por tanto, es evidente que ser parte del Convenio CIADI no atribuye por sí mismo competencia al CIADI para conocer diferencias relativas a inversiones.

El Informe de los Directores Ejecutivos –*travaux préparatoires* del Convenio CIADI– va más allá de lo expresado en el preámbulo del Convenio y determina que el CIADI no realiza actividades de conciliación y arbitraje por sí mismo. En este documento se establece que:

la finalidad del Centro es facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones a un procedimiento de conciliación y arbitraje (Artículo 1(2)). El Centro en sí no se dedicará a actividades de conciliación o arbitraje. Estos corresponderán a las Comisiones de

24 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, Dictamen No. 5-21-TI/21, 30/06/2021.

25 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Preámbulo.

Conciliación y a los Tribunales de Arbitraje que se constituyan de conformidad con las disposiciones del convenio²⁶.

Así, el sometimiento de controversias a conciliación o arbitraje frente al Centro está supeditado al consentimiento expreso de dicho Estado respecto de la controversia específica, y no surge automáticamente por ser Estado parte del Convenio. El artículo 25 (1) del Convenio claramente establece que el CIADI tendrá jurisdicción sobre las diferencias que surjan de una inversión siempre que “las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro”²⁷.

De lo dispuesto en el artículo 25 (1) resulta evidente que al ratificar el Convenio CIADI, el Estado ecuatoriano no está otorgando automáticamente su consentimiento para someter disputas que surjan con inversionistas de otros Estados signatarios del CIADI a la jurisdicción del Centro. Así también lo estableció la Corte Constitucional en su dictamen No. 5-21-TI/21, en el que concluyó que

el Convenio no obliga a que los Estados signatarios o miembros se sometan a arbitrajes o conciliaciones ante el CIADI por las diferencias mencionadas en el artículo 25 del Convenio, por lo que su sola aprobación o ratificación no atribuye competencia al CIADI ni a los árbitros o conciliadores de dicho Centro para conocer diferencias relativas a inversiones²⁸.

Además, dijo que el Convenio no “contiene el consentimiento del Estado ecuatoriano para someter dichas diferencias ante los árbitros y conciliadores del CIADI; pues para someter tales diferencias los Estados signatarios o miembros deben consentir en que una o ciertas disputas sean resueltas bajo dicho marco”²⁹. Por tanto, la Corte determinó que “no se observa que en el Convenio se esté atribuyendo competencias propias del orden jurídico interno; descartándose

26 Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, pp. 3 y 4.

27 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Artículo 25 (1).

28 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, Dictamen No. 5-21-TI/21, 30/06/2021.

29 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, Dictamen No. 5-21-TI/21, 30/06/2021.

el presupuesto normativo previsto en el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución”³⁰.

Por lo expuesto, la Corte Constitucional acertadamente dictaminó que el Convenio CIADI no se encuentra incurso en ninguno de los supuestos contenidos en el artículo 419 de la Constitución, por lo cual no se requería la aprobación legislativa ni dictamen previo y vinculante de constitucionalidad.

De esta manera, de una interpretación objetiva de las normas jurídicas aplicables al procedimiento de suscripción y ratificación y de la conclusión alcanzada por la propia Corte Constitucional, sostenemos que dicho proceso cumplió con lo dispuesto en la Constitución.

3. LA SUSCRIPCIÓN Y RATIFICACIÓN DEL CONVENIO CIADI NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN

3.1. La prohibición del artículo 422 es clara y no permite una interpretación extensiva

El artículo 422 de la Constitución prescribe que:

No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas [...]³¹.

Debido a su pobre redacción, este artículo se ha prestado para distintas interpretaciones –algunas fuera de contexto– que han generado que la prohibición prescrita en este artículo se tergiverse y pretenda hacerse extensiva a supuestos que no están cubiertos por aquella. Sin embargo, con una interpretación literal del artículo e, incluso, con una interpretación sistemática de la Constitución, concluimos que la

30 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, Dictamen No. 5-21-TI/21, 30/06/2021.

31 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 422.

prohibición dispuesta en este artículo aplica únicamente para un tipo de instrumentos internacionales específicos y que dicha prohibición no alcanza al Convenio CIADI.

3.1.1. Alcance objetivo de la interpretación literal del artículo 422

La interpretación exegética busca encontrar el sentido de una norma y el alcance de esta a partir de su literalidad. Así, existen cuatro conceptos que se desprenden del artículo 422 de la Constitución que deben ser interpretados para darle sentido a esta norma: i) “tratados o instrumentos internacionales”, ii) “ceder jurisdicción soberana”, iii) “controversias contractuales o de índole comercial” y iv) “entre el Estado y personas jurídicas privadas”.

En cuanto al primero de estos conceptos, la prohibición del artículo 422 alcanza a la celebración de “tratados o instrumentos internacionales”. Al utilizar estos términos, la Constitución se refiere a fuentes formales de Derecho Internacional Público. Si bien dentro de las fuentes del Derecho Internacional Público, prescritas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no existe el concepto “instrumentos internacionales”, en la Constitución se considera a los tratados e instrumentos de manera equivalente, por lo que se tiene que entender a estos como sinónimos. Además, de lo prescrito en normas de Derecho Internacional –tales como el mismo Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados– existe una única fuente que puede ser “celebrada”, siendo esta las convenciones internacionales, es decir, los tratados.

En relación con la cesión de “jurisdicción soberana”, este también es un concepto de Derecho Internacional Público relacionado, como su nombre bien lo indica, con la soberanía de la que se encuentra investida un Estado. La soberanía –atributo esencial del Estado– tiene dos derivaciones que nos permiten entender el alcance de la “jurisdicción soberana”: i) la igualdad soberana y ii) la inmunidad soberana.

La primera de estas, reconocida en el numeral 1 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, constituye uno de los principios

básicos de la comunidad internacional, e implica que un Estado tiene el derecho exclusivo a ejercer, dentro de su territorio, las competencias que le sean propias y vela por la independencia de los Estados y la prohibición de injerir en los asuntos internos de estos³². Esta igualdad viene complementada por el principio de inmunidad soberana, en virtud del cual se impide que otros Estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que un Estado realice en ejercicio de su potestad soberana, o bien sobre los bienes de los cuales es titular o utiliza en ejercicio de dicha potestad soberana³³. La inmunidad de un Estado, entonces, es de dos tipos: de jurisdicción y de ejecución.

De esta manera y para efectos del análisis del artículo 422 de la Constitución, al referirse a “jurisdicción soberana” esta debe ser entendida como inmunidad de jurisdicción. Consecuentemente, la prohibición que establece la Constitución es que el Estado ecuatoriano renuncie a esta inmunidad y acceda a ser demandado o sometido a juicio ante los tribunales de otros Estados. Si bien en la actualidad ya no se discute que la inmunidad de jurisdicción no es absoluta, para efectos de este artículo este no es un elemento que analizar para determinar el alcance de la prohibición establecida en el artículo 422 de la Constitución.

Respecto del tercer concepto a analizar –controversias contractuales o de índole comercial– es trascendental resaltar los términos exactos empleados por el constituyente en este artículo. El artículo 422 de la Constitución usa los términos “contractuales o de índole comercial” para definir a las controversias materia de la prohibición. Así, la restricción impuesta por la Carta Magna se limita a aquellas controversias que surjan de un contrato o de una relación comercial en la que el Estado ecuatoriano sea parte. Por tanto, esta prohibición no alcanza a controversias que no cumplan con estas características o que nazcan de relaciones jurídicas distintas a las expresamente establecidas en el artículo 422 de la Constitución.

32 Corte Internacional de Justicia, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia interviniente) Decisión sobre el Fondo. 03/02/2012.

33 D. Negro, La inmunidad jurisdiccional de los Estados: El caso Alemania contra Italia – Corte Internacional de Justicia (2012), Agenda Internacional, XIX, 2012.

Finalmente, la prohibición del artículo 422 se refiere a controversias entre el Estado ecuatoriano y personas –naturales o jurídicas– privadas. Al respecto, es importante puntualizar que en los tratados internacionales suele haber tres tipos de cláusulas de resolución de disputas: i) para controversias generadas entre los Estados signatarios, ii) para aquellas que devengan de una relación entre el Estado signatario y los nacionales de otro Estado signatario, y iii) para disputas que se originen entre nacionales de los Estados signatarios. El constituyente solo se refirió al segundo caso, es decir, a las cláusulas de resolución de controversias entre el Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas privadas, por lo que esta prohibición no podría alcanzar a los otros dos supuestos mencionados.

Sobre la base de lo expuesto, la interpretación literal del primer inciso del artículo 422 de la Constitución nos lleva a la conclusión de que lo que prohíbe este artículo es que el Ecuador celebre un tratado internacional en el que se obligue a someter a arbitraje internacional las controversias que surjan con nacionales de otros Estados y que devengan de una relación contractual o comercial.

3.1.2. La interpretación sistemática ratifica la interpretación exegética respecto de la prohibición del artículo 422 de la Constitución

De conformidad con lo prescrito en el ordinal 5º del artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”), en la interpretación sistemática “las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”³⁴. De esta manera, la interpretación del artículo 422 de la Constitución, en conjunto con otras disposiciones constitucionales, permite definir las controversias que efectivamente están prohibidas de ser sometidas a arbitraje internacional de conformidad con este artículo.

Ahora bien, es importante enfatizar que las interpretaciones antojadizas a las que se ha visto sometido este artículo han pretendido

34 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 3(5).

confundir el concepto de controversia “contractual” o “comercial” con una controversia en materia de “inversión”. Así, el objetivo de la interpretación sistemática es dejar clara la diferencia que existe entre estos tipos de controversias y cómo la prohibición únicamente se refiere a las primeras.

Primero, en distintos artículos de la Constitución se utiliza al término “inversión” para referirse a escenarios que implican una operación económica con una duración específica, riesgo y que tiene como objetivo apoyar al desarrollo del país. Por ejemplo, el artículo 339 de la Constitución prescribe que

[e]l Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos [...]. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales. La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, [...] y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados³⁵.

Segundo, así como al término “inversión”, la Constitución da un significado específico al concepto de comercial y lo utiliza para describir a la transacción de un bien o servicio y no lo asemeja al de inversión. En este sentido, su artículo 421 prescribe que “[l]a aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos”³⁶. Así, este artículo nos sirve para ejemplificar que la Constitución distingue a los instrumentos internacionales comerciales que regulan transacciones mercantiles.

Finalmente, la Corte Constitucional ha dejado en evidencia la distinción que existe entre estas dos materias en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y ha zanjado cualquier discusión al respecto. En el

35 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 339.

36 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 421.

dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa del “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la Republica del Ecuador y la Republica Federativa de Brasil”, la Corte concluyó que el mencionado acuerdo no involucraba obligaciones de índole comercial para el Estado ecuatoriano, distinguiendo a la materia comercial de la de inversiones. En este concluyó que:

Por otro lado, no se evidencia que las disposiciones del Acuerdo comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio (419.6). Al respecto cabe acotar que el Acuerdo tiene como objetivo fomentar la inversión entre los Estados parte, a través de disposiciones que conceden ciertos derechos y garantías por parte del estado receptor de la inversión a favor de los inversionistas de la otra parte. **Como todo instrumento internacional de promoción de capitales y la inversión extranjera al otorgar protecciones a los inversionistas extranjeros, el Acuerdo busca fomentar la exportación de capitales y la inversión extranjera al otorgar protecciones a los inversionistas extranjeros.** Esto no deriva en la creación de obligaciones tendientes a la integración entre los Estados parte. **Tampoco se verifica que el acuerdo derive en la creación de obligaciones de índole comercial para el país**³⁷.

De esta manera, la interpretación del artículo 422 de la Constitución en la que se concluye que las únicas controversias restringidas de ser sometidas a arbitraje internacional son las relacionadas con materia contractual o comercial, distinguiéndolas aquellas que tienen que ver con materia de inversiones, es consecuente con el resto de disposiciones constitucionales.

3.2. El Convenio CIADI no transgrede la prohibición del artículo 422 de la Constitución

De la interpretación literal y sistemática del inciso primero del artículo 422 de la Constitución se ha determinado el alcance de la prohibición prescrita en este artículo. Así, hemos concluido que el Estado

37 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. No. 034-19-TI, Dictamen No. 034-19-TI/19, 04/12/2019.

ecuatoriano tiene prohibido acordar arbitraje internacional cuando se verifiquen cuatro requisitos: i) que el convenio arbitral conste en un tratado internacional, ii) que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana, iii) que las controversias a las que se refiera el convenio arbitral sean de carácter contractual o comercial; y, iv) que las partes involucradas sean el Estado ecuatoriano y privados.

Así, de lo expuesto en la sección 2.2 del presente artículo, resulta evidente que estos cuatro requisitos concurrentes no se cumplen en el Convenio CIADI. Como claramente quedó definido en la sección referida, este tratado internacional tiene como objeto establecer un marco normativo mediante el cual se creó un centro que facilita la resolución de controversias entre Estados e inversionistas extranjeros. La suscripción y ratificación del Convenio no constituye el consentimiento del Estado de someter ninguna diferencia a conciliación o arbitraje administrado por el CIADI.

El retorno del Ecuador como Estado contratante del Convenio CIADI, entonces, no es otra cosa que una “afiliación” al centro de arbitraje y mediación creado a través de este instrumento. La ratificación del Convenio CIADI por parte de Ecuador únicamente lo convierte en un miembro más del Centro. Sin embargo, por este solo hecho, no existe un consentimiento otorgado por el Estado para resolver controversia alguna ante dicho Centro.

De esta manera, el Convenio CIADI no cumple con ninguno de los requisitos prescritos en el artículo 422, por lo que no transgrede la prohibición prescrita en el inciso primero de este artículo. Si bien es un tratado internacional suscrito por el Estado ecuatoriano, en este no existe un convenio arbitral ni se cede jurisdicción soberana. A su vez, las controversias a las que se refiere el Convenio CIADI son controversias relacionadas con inversiones realizadas en territorio de un Estado parte, y no a controversias de carácter contractual o comercial, al punto que es posible que entre el Estado y el inversionista no exista ninguna relación contractual o comercial. Finalmente, el Convenio es suscrito y ratificado únicamente por Estados por lo que las únicas

partes involucradas son estos y no nacionales del mismo Estado u otro Estado parte.

4. Conclusión

Al denunciar el Convenio CIADI, el Gobierno del expresidente Rafael Correa ejecutó una campaña de desprestigio en contra del Convenio CIADI, del Centro y de los tratados bilaterales de inversión y, como resultado, se generaron una serie de interpretaciones del artículo 422 de la Constitución según las cuales la Carta Magna supuestamente prohibía la suscripción y ratificación de estos tratados internacionales, por ser contrarios a la Constitución. Esto conllevó no solo la denuncia del Convenio CIADI sino la denuncia de los tratados bilaterales de inversión y el aislamiento del Ecuador de la comunidad internacional.

La ratificación del Convenio CIADI, entonces, fortalece las políticas de atracción de inversión extranjera del Ecuador y envía un claro mensaje a la comunidad internacional de que el Estado ecuatoriano está dispuesto a proteger y respetar la inversión responsable que llegue al país. Sin embargo, más allá del significativo mensaje enviado a la comunidad internacional, como se ha demostrado en este artículo: i) la suscripción y ratificación del Convenio CIADI por parte del Gobierno del presidente Lasso fue realizada conforme a lo prescrito en la Constitución y no requería aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional y ii) esta no transgrede el artículo 422 de la misma Constitución.

Finalmente, y con el único objetivo de desmitificar que el CIADI sea, *per se*, negativo para el Ecuador, es importante hacer un recuento de los resultados que Ecuador ha tenido en este foro. Nuestro país ha sido demandado por inversionistas ante el Centro 14 veces, dejando un saldo para nada negativo. En estos 14 casos, únicamente 5 han finalizado con laudos a favor del inversionista, y en todos estos los tribunales arbitrales concedieron montos menores a los reclamados por estos. En relación con los procesos restantes: en 3 ocasiones los tribunales arbitrales se declararon incompetentes para conocer la

controversia –con un resultado favorable para el Ecuador– y 6 terminaron por acuerdo entre las partes. Además, de los 5 casos en los que el Ecuador obtuvo una decisión en contra, en 4 de ellos el Estado ecuatoriano presentó anulaciones en contra de los laudos, y en 2 de ellas obtuvo una anulación parcial, disminuyendo el monto originalmente otorgado a favor del inversionista, y en uno de los casos las partes llegaron a un acuerdo.

Es claro, entonces, que convenir un método de resolución de controversias imparcial e independiente, además de dar una imagen positiva sobre el respeto a los contratos y la atracción de inversiones, no es de por sí negativo para el Estado. Lo importante, eso sí, es recordar que para evitar que el Estado sea condenado a pagar indemnizaciones por reclamos de inversionistas extranjeros –ya sea en el CIADI o bajo cualquier otro mecanismo de resolución de disputas– debe existir una conducta apegada a la ley y al respeto de las obligaciones adquiridas bajo el derecho internacional por parte del Estado.

BIBLIOGRAFÍA Y LEGISLACIÓN CONSULTADA

Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Banco de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1964, CIADI/15, Abril de 2006.

Decreto Ejecutivo NO.122 del 16 de julio 2021 Publicado en el Registro Oficial Cuarto Suplemento el 21/07/2021.

Decreto Ejecutivo NO.1823 del 02 de julio 2009. Publicado en el Registro Oficial 632 el 13/07/2009.

Constitución de la República del Ecuador, (2008). Publicado en el Registro Oficial No. 449, 20/10/2008.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 21 de junio de 2021. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 549 del 30/09/2021.

Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, Dictamen No. 5-21-TI/21, 30/06/2021.

- Corte Internacional de Justicia, Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia interviniente) Decisión sobre el Fondo. 03/02/2012.
- D. Negro, “La inmunidad jurisdiccional de los Estados: El caso Alemania contra Italia – Corte Internacional de Justicia, Agenda Internacional, XIX, 2012.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). Publicado en el Registro Oficial el 22/10/2009.
- Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 034-19-TI, Dictamen No. 034-19-TI/19, 04/12/2019. Publicado en el Registro Oficial el 05/02/2020.

LA NO APROBACIÓN DEL CONVENIO CIADI³⁸

Sebastián Espinosa Velasco
Nicolás M. Perrone

La experiencia ecuatoriana da cuenta del contraste entre la facilidad de entrar al régimen del arbitraje inversor-Estado (conocido por sus siglas en inglés ISDS, por investor-State dispute settlement) frente a la complejidad para desvincularse de él.

El 16 de julio de 2021 se materializó el retorno del Ecuador al régimen gobernado por el “*Convenio sobre Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966*” (en adelante “Convenio CIADI”), mediante Decreto Ejecutivo 122 con el cual el Presidente de la República, lo ratificó, luego de un sumarísimo proceso interno³⁹. Este repentino cambio de timón no hubiese sido posible sin el dictamen de la Corte Constitucional que determinó que el referido Convenio no se encuentra incurso en los supuestos contenidos en el artículo 419 de la Constitución⁴⁰, eximiéndole de aprobación legislativa y dictamen previo y vinculante de constitucionalidad,

38 Sebastián Espinosa Velasco, Ph.D en Derecho por la Universidad de Maastricht, sebastianxepinosa@gmail.com.

Nicolás M. Perrone, Profesor Asociado de Derecho Internacional de la Universidad Católica Andrés Bello, Chile, Ph.D en Derecho, London School of Economics.

39 Decreto Ejecutivo No. 122 de 21 de julio de 2021 publicado en el Registro Oficial No. 499 de 21 de julio de 2021.

40 Constitución de la República del Ecuador:

“**Art. 419.-** La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

alineándose, de esa manera, a la postura de la Presidencia de la República y la Procuraduría General del Estado⁴¹. A los pocos días, el Pleno de la Asamblea Nacional emitió una resolución sin paralelo en el ámbito local e internacional que dispuso la presentación de una demanda de inconstitucionalidad al contenido, suscripción y ratificación de este Convenio por parte de la Legislatura⁴².

Este riesgoso proceso de asimilación del Convenio CIADI conlleva importantes incógnitas bajo el prisma del Derecho nacional y el Derecho internacional. El presente ensayo aborda algunas de estas incógnitas. Primero, considera las particularidades del Convenio CIADI. Posteriormente, analiza la configuración de la jurisdicción y competencia en el marco del Convenio CIADI y su asimilación de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional. Enseguida, examina la

5. *Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.*

6. *Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.*

7. *Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.*

8. *Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético."*

- 41 El Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República mediante Oficio No. 79-SGJ-21-0044 de 21 de junio de 2021 solicitó a la Corte Constitucional la emisión del dictamen previo respecto de la necesidad o no, de la aprobación del Convenio CIADI por parte de la Asamblea Nacional, exponiendo de forma inusual, las razones por las cuales dicho tratado debía ser exento de deliberación parlamentaria.

De igual manera, con idénticos argumentos a los del Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y sin tener ninguna competencia constitucional ni legal en el proceso de formación de tratados internacionales, el Director Nacional de Patrocinio de la Procuraduría General del Estado, quien inclusive a nivel estatutario carece de competencias en materia de patrocinio o defensa internacional, mediante carta de 28 de junio de 2021, solicitó que la Corte Constitucional emita el dictamen previo, determinando que el Convenio CIADI, no requiere de aprobación legislativa.

- 42 Resolución del Pleno de la Asamblea Nacional No. RLO-2021-2023-016 de 27 de julio de 2021 en el que, en lo relevante, resolvió: 1) desaprobar la suscripción del Convenio CIADI por parte del Presidente de la República; 2) rechazar el Dictamen 5-21-TI/21 emitido por la Corte Constitucional por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 419 numeral 7 y artículo 422 de la CRE; 3) expresar la decisión de la Asamblea Nacional de precautelar el mandato previsto en los artículos 419 y 422 de la CRE; 4) Disponer a la Coordinación General de Asesoría Jurídica de la Asamblea Nacional la presentación de una demanda al contenido, suscripción y ratificación del Convenio CIADI.

postura de la Corte Constitucional respecto a la necesidad de aprobación legislativa de los tratados internacionales y su interpretación del alcance del Convenio CIADI. Más adelante, confronta el alcance del Convenio CIADI frente a otras obligaciones internacionales y la evasión de dicho tratado internacional del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, concluyendo con una aproximación hacia la conflictividad asociada al camino elegido para su entrada en vigor.

PARTICULARIDADES DEL CONVENIO CIADI

El pilar del funcionamiento de los tratados de protección de inversiones radica en que los inversores extranjeros no se someten a los principios jurídicos aceptados por todos los sistemas legales a nivel nacional e internacional. Si una persona viaja o solicita radicarse en el Ecuador, al hacerlo acepta ser gobernada por las leyes territoriales de ese país, quedando sometida a su jurisdicción. Lo mismo ocurre en los más de 190 países que integran las Naciones Unidas. No es así en el ámbito de los tratados de protección de inversiones. La ventaja de estos tratados, para los inversionistas, es que permite romper este principio básico de derecho doméstico e internacional. Principalmente, los tratados de protección de inversiones habilitan a los inversionistas extranjeros acudir directamente, y sin agotar la instancia doméstica, al arbitraje inversor-Estado.

El derecho de individuos a demandar directamente a Estados en el ámbito internacional es un privilegio concedido en pocas ocasiones. Es aceptado en el sistema Europeo de Derechos Humanos pero no así en el sistema Inter-Americano, donde las demandas de individuos deben pasar por el filtro de la Comisión antes de poder ser recibidas por la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos. En materia económica, la regla general es que las disputas son entre los Estados, como es en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio o los tratados de libre comercio (salvo en inversiones). Excepcionalmente, la gran mayoría de los tratados de inversiones (o capítulos en tratados de libre comercio) permiten a actores privados demandar directamente a los Estados frente a cualquier medida que pueda afectar sus intereses.

Desde la perspectiva del inversionista, Schreuer explica que las cortes del Estado anfitrión no constituyen una solución atractiva por diferentes razones, entre las que destacan: la dificultad de asegurar una función judicial independiente; la posible injerencia de la función ejecutiva en los procedimientos judiciales junto con el sentido de lealtad judicial de las cortes al Estado al que pertenecen, especialmente cuando involucra altas sumas de dinero; el hecho de que el contenido de la legislación nacional sea a menudo el motivo de reclamo de los inversionistas, y que las cortes domésticas estén sometidas a la ley local inclusive cuando ésta se encuentre en contradicción con los estándares internacionales de protección de los inversores⁴³.

Dentro de este contexto, el Convenio CIADI articula la estructura institucional para que pueda desplegarse globalmente un régimen autónomo para el arbitraje inversor-Estado, al establecer el marco y las reglas dentro de las cuales se ejerce jurisdicción arbitral frente a las diversas manifestaciones de consentimiento soberano en relación con inversores. El Convenio CIADI es un tratado internacional que engloba reglas para la solución de disputas inversor-Estado (arbitraje, mediación y conciliación), cuya adhesión constituye el ejercicio de una competencia soberana. Conforme ha determinado la Corte Permanente de Justicia Internacional *“el derecho a asumir compromisos internacionales es un atributo de la soberanía del Estado”*⁴⁴.

En virtud de este Convenio, los Estados Contratantes instituyen el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “el CIADI”) y, la posibilidad de someter diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes e inversores a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo a las disposiciones de dicho tratado internacional (Art.1). La gran mayoría de los tratados de promoción y protección de inversiones incluyen el consentimiento de los Estados de someter disputas inversor-Estado

43 Schreuer (Christoph), *Investment Arbitration en The Oxford Handbook of Internacional Adjudication*; Eds. Romano (Cesare), Alter (Karen J) y Shany (Yuval), Oxford University Press, 2014, 296 p. Traducción libre.

44 Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso “SS Wimbledon”, (Serie A, núm 1.) Recuperado de https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/spanish/5_s.pdf

al CIADI. Estos tratados involucran relaciones horizontales entre Estados como iguales y, relaciones verticales entre dichos Estados y los inversores, como actores no estatales⁴⁵. El hecho de que confieran derechos o remedios directos a actores no estatales no menoscaba el carácter inter-estatal de las obligaciones asumidas a la luz del Derecho internacional público.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN EL MARCO DEL CONVENIO CIADI

En cuanto a la jurisdicción del Centro, el artículo 25 de dicho Convenio determina, que ésta se extenderá a: 1) las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión; 2) entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante, y; 3) las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.

Como es evidente del Convenio CIADI y, la disposición referida, el presupuesto fundamental que funda la jurisdicción, es que los Estados, tanto el Estado Demandado como el Estado Contratante del inversionista demandante, sean parte de la Convención.⁴⁶ Que un Estado ratifique el Convenio CIADI es un acto jurídico autóno-

45 Roberts (Anthea), "Triangular treaties: the nature and limits to investment treaty rights", Harvard International Law Journal, 56 (2), ISSN 0017-8063, 374 p.

46 Así lo indicó el Tribunal Arbitral en el Laudo Interino sobre Jurisdicción (sobre la objeción de la demandada a la jurisdicción *ratione voluntatis*):

"(...)75. Para que el Centro goce de jurisdicción en virtud del Artículo 25 del Convenio CIADI, el Estado que sea parte en la controversia así como el Estado cuyo nacional sea parte en la controversia, **deben ser ambos Estados Contratantes del Convenio CIADI**. Mientras esta condición no se haya cumplido, el Centro carece de jurisdicción, incluso si el TBI aplicable en vigor prevé la resolución de controversias relativas a inversiones ante un Tribunal que haya de constituirse con arreglo al Convenio CIADI. (...)"

CASO CPA N.º 2013-34, EN EL CASO DE UN ARBITRAJE ANTE UN TRIBUNAL CONSTITUIDO CONFORME AL ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE BARBADOS Y LA REPÚBLICA DE VENEZUELA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES entre Venezuela US, S.R.L. y la República Bolivariana de Venezuela, Laudo Interino sobre Jurisdicción (sobre la objeción de la demandada a la jurisdicción *ratione voluntatis*), 26 de julio de 2016.

mo e independiente en el marco del Derecho internacional público. La vigencia de este convenio internacional no se ve menoscabada por la exigencia del requisito posterior de que, para que el inversor pueda promover un reclamo arbitral se precise del consentimiento en un segundo instrumento distinto al Convenio CIADI, mediante un tratado, un acto normativo o administrativo doméstico o un compromiso contractual.

Precisamente el doble consentimiento que rige al sistema CIADI, requiere por una parte, de su ratificación como aceptación del sistema de arbitraje inversor-Estado y por la otra, que en un segundo instrumento, convencional, normativo o contractual, se exprese el consentimiento del Estado contratante de someterse a arbitraje, con lo cual se configura la competencia del tribunal. Esta “descentralización” del consentimiento permite el despliegue, permanencia y resiliencia del sistema⁴⁷.

En el marco del Convenio CIADI, el mecanismo de disputas inversor-Estado supera a los tratados de protección de inversiones, porque el consentimiento para movilizar la jurisdicción del Centro y configurar la subsecuente competencia del tribunal arbitral, puede tomar la forma de numerosas leyes domésticas, regulaciones, contratos y otros compromisos soberanos.

Con la ratificación del Convenio CIADI, el Estado se vincula a un régimen autónomo del que emana la jurisdicción del Centro y sus límites. Dentro de estos límites y siempre y cuando se haya dado el consentimiento respectivo, se establece la competencia de los tribunales arbitrales para adjudicar disputas concretas⁴⁸. La jurisdicción en el marco del Convenio CIADI no se limita al ejercicio de potestades de adjudicación mediante la solución de controversias que vinculan

47 St. John (Taylor), *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences*, Published to Oxford Scholarship Online: April 2018, p. 8.

48 El artículo 41 del Convenio CIADI se refiere a “jurisdicción” del Centro y a la “competencia” del Tribunal:

“Artículo 41:

(1) *El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.*

al Estado y al inversor, sino que trasciende hacia al ejercicio de potestades prescriptivas y de ejecución que obligan a todos los Estados parte, como en el caso de la adopción de medidas legislativas para desplegar la disposiciones de dicho tratado y el reconocimiento y ejecución de laudos.

EL CONVENIO CIADI EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL

Originalmente, el Ecuador suscribió y depositó el instrumento de ratificación el 15 de junio de 1986⁴⁹, sin someter dicho tratado, previamente a la aprobación del Congreso Nacional. Aquello, pese a que la Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador (1984) preveía como atribución de la Legislatura “aprobar o desaprobado los tratados públicos y demás convenciones internacionales”⁵⁰ previa la ratificación del Ejecutivo⁵¹, sin distinción alguna y en todos los casos. Enseguida, dicho Convenio fue publicado en el Registro Oficial⁵².

No obstante de la indisputada entrada en vigor del Convenio CIADI y el nacimiento de obligaciones internacionales para el Ecuador

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírlo, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión. “

49 Así lo registra el CIADI; <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/ecuador-signs-icsid-convention>

50 Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador:

“Art. 59.- El Congreso Nacional se reúne en pleno, sin necesidad de convocatoria, en Quito, el 10 de agosto de cada año y sesiona durante sesenta días improrrogables, para conocer exclusivamente de los siguientes asuntos:

h) Aprobar o desaprobado los tratados públicos y demás convenciones internacionales;”

Registro Oficial No. 763 de 12 de junio de 1984.

51 Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador:

“Art. 78.- Son atribuciones y deberes del Presidente de la República:

f) Determinar la política exterior y dirigir las relaciones internacionales; celebrar tratados y demás convenios internacionales de conformidad con la Constitución y leyes; ratificarlos previa aprobación del Congreso Nacional; canjear o depositar, en su caso, las respectivas cartas de ratificación;”

Registro Oficial No. 763 de 12 de junio de 1984.

52 Registro Oficial No. 386 de 3 de marzo de 1986.

a partir de 1986, dicho tratado fue nuevamente sujeto a ratificación en el 2001⁵³, contando con dictamen previo de constitucionalidad y aprobación legislativa. Este insólito procedimiento apuntaba a zanjar las dudas con respecto a la eficacia de dicho Convenio con relación a las ofertas de arbitraje estipuladas previamente en contratos de exploración y explotación hidrocarburífera, sujetos por principio a derecho doméstico, los cuales en reconocimiento de la manifiesta irregularidad en el mecanismo de ratificación de 1986, condicionaron el sometimiento del Estado y sus agencias involucradas a tal jurisdicción, a la ratificación de este tratado por parte del Congreso⁵⁴. Seis meses después de la segunda ratificación de dicho Convenio, se inició el primer arbitraje CIADI por parte de la inversionista española Repsol YPF, con base en incumplimientos contractuales de Petroecuador⁵⁵.

En julio de 2009, al amparo de la Constitución de 2008 y la aprobación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional Constituyente, el Presidente de la República derogó el decreto de ratificación del Convenio CIADI y notificó su respectiva

53 Decreto Ejecutivo No. 1417-B publicado en el Registro Oficial No.309 de 19 de abril de 2001.

54 Por ejemplo, véase el Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo C) entre el Estado Ecuatoriano-PETROECUADOR y las compañías City Oriente Ltd, y Consolidated Ramrod Gold Corporation", 29 de marzo de 1995:

"VEINTE TRES (20.3).- No obstante lo dispuesto anteriormente, desde la fecha en que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el "Convenio"), suscrito por la República del Ecuador, como Estado Miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el quince de enero de mil novecientos ochenta y seis y publicado en el Registro Oficial número trescientos ochenta y seis el tres de marzo de mil novecientos ochenta y seis, sea aprobado por el Congreso Ecuatoriano, las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato de Participación, a la jurisdicción y competencias del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio. Bajo este sistema de arbitraje se aplicarán las siguientes disposiciones (...).

VEINTE.TRES.UNO . (20.3.1).- Las Partes acuerdan que la constitución de la comisión de arbitraje y el procedimiento de arbitraje se regirán por las Reglas de Iniciación, las Reglas de Arbitraje y cualquier disposición pertinente del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y del Reglamento Administrativo y Financiero, que se encuentran en las partes C,D,A y B, respectivamente del documento "CIADI/quince (15)" de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985)".

55 Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/01/10.

denuncia, subrayando su incompatibilidad con el artículo 422 del flamante texto constitucional⁵⁶. Al restringirse mediante pacto constituyente el arbitraje inversor-Estado, se infería una desvinculación definitiva del sistema, a través de una serie de medidas que a nivel jurídico incluyeron, por ejemplo, la denuncia directa por parte del Ejecutivo de nueve tratados bilaterales de inversiones (en adelante “TBIs”) en enero de 2008 al amparo de la Constitución de 1998 y un posterior y dilatado proceso de denuncia de los diecisiete TBIs restantes bajo las reglas de la Constitución de 2008, con control constitucional previo y aprobación legislativa. A todo este complejo antecedente jurídico, se suma la sostenida resistencia en los planos económico, político, social y litigioso frente a la alegada injusticia del despliegue de las reglas internacionales del régimen de protección de inversión extranjera en el Ecuador. En este contexto, la Corte Constitucional, entre el 2010 y el 2014 emitió diecisiete dictámenes en el proceso de denuncia de los TBIs en vigencia, estableciendo la incompatibilidad de las cláusulas de solución de disputas inversor-Estado con el artículo 422 de la Constitución⁵⁷.

LA INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA NECESIDAD DE APROBACIÓN LEGISLATIVA

Todo lo anterior fue ignorado por la Corte Constitucional en 2021. En su dictamen previo relacionado con la necesidad o no de aprobación legislativa del Convenio CIADI de conformidad con el artículo 419 de la CRE⁵⁸, la Corte Constitucional indicó que dicho tratado internacional, al tratar sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, no tiene relación alguna con los

56 Decreto Ejecutivo No. 1823 publicado en el Registro Oficial 632 de 13 de julio de 2009.

57 Los tratados bilaterales de inversión suscritos por el Ecuador que fueron sujetos a dictamen previo de la Corte Constitucional cuyas cláusulas de arbitraje inversionista Estado fueron declaradas incompatibles con la Constitución son: 1) Argentina; 2) Bolivia; 3) Canadá; 4) Chile; 5) Confederación Suiza; 6) Estados Unidos de América; 7) Finlandia; 8) Francia; 9) Gran Bretaña; 10) Italia; 11) Reino de España; 12) Reino de los Países Bajos; 13) República Federal de Alemania; 14) Perú; 15) República Popular de China; 16) Suecia; 17) Venezuela.

58 Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, “Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, 30 de junio de 2021.

supuestos establecidos en los numerales 1, 2, 3, 5 y 8 del artículo 419 de la Constitución. Enseguida, hizo un breve repaso de los numerales 4 y 6, confirmando su inaplicabilidad y, concentró su análisis en si las disposiciones del tratado incurrirían en el numeral 7 del referido artículo 419, que engloba aquellos tratados que atribuyen *“competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.”*

En un escueto razonamiento, la Corte definió al objeto del Convenio como un *“marco facilitador para arbitrajes y conciliaciones relativas a inversiones ante el CIADI”* y reiteró el carácter voluntario de los métodos alternativos de solución de conflictos. De modo general, fundamentó la exención del Convenio CIADI del control previo de su conformidad con la Constitución y su deliberación parlamentaria, principalmente, con base en el párrafo que consta en el preámbulo de dicho tratado internacional: *“la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputa que constituye obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”*.

Remarcando la inexistencia de la obligación de que *“los Estados signatarios o miembros sometan a arbitrajes o conciliaciones ante el CIADI ni a los árbitros o conciliadores de dicho Centro para conocer diferencias relativas a inversiones”*, concluyó que, *“no es posible afirmar que se está “atribuyendo” alguna competencia”*, descartando de esa manera que el Convenio sea de los que atribuya tanto competencias a algún organismo internacional o supranacional, como competencias propias del orden jurídico interno. Finalmente, subrayó que su análisis: i) se circunscribió a determinar si dicho Convenio requiere o no de aprobación legislativa sobre causales específicas *“siendo impertinente que, en este caso, se realicen valoraciones adicionales propias del control automático previsto en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional o de control constitucional posterior establecido en el numeral 4 ibídem”*, y; ii) que no tiene por objeto *“analizar la constitucionalidad de actuaciones presentes o futuras de los servidores públicos ya que para eso existen los mecanismos y garantías previstos en la Constitución y LOGJCC”*.

Dos décadas atrás, en 2000, en el sui géneris segundo acto de ratificación del Convenio CIADI, el Tribunal Constitucional, máximo organismo de control e interpretación constitucional de ese entonces, invocó el mismo párrafo del preámbulo referido líneas arriba para dictaminar favorablemente sobre la constitucionalidad de dicho tratado, pero previo a su aprobación por parte del Congreso Nacional, al haber sido categorizado como uno de los que atribuyen *“a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución y la ley”*, con base en el numeral 4 del artículo 161 de la Constitución Política de 1998⁵⁹, de contenido idéntico al numeral 7 del artículo 419 de la Constitución vigente. Dicho Tribunal dictaminó la conformidad de las disposiciones del convenio con el texto constitucional en cuanto el Convenio CIADI *“condiciona el sometimiento a la jurisdicción del Centro a la existencia de un consentimiento escrito de las partes”*⁶⁰.

Así, el referido párrafo del preámbulo del Convenio CIADI que en el año 2000 fundamentó el dictamen favorable de constitucionalidad de dicho tratado, en el 2021, fue empleado para habilitar la ratificación directa del Convenio CIADI y su exoneración del dictamen previo y vinculante de constitucionalidad. Ambos dictámenes se basaron en la ausencia del consentimiento del Estado contenida en el

59 Constitución Política de la República del Ecuador de 1998:

“Art. 161.- El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales:

- 1. Los que se refieran a materia territorial o de límites.*
- 2. Los que establezcan alianzas políticas o militares.*
- 3. Los que comprometan al país en acuerdos de integración.*
- 4. Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.*
- 5. Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos.*
- 6. Los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.”*

Resolución s/n (Suplemento del Registro Oficial 181, 30 de abril de 1999.

60 Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución Nro. 171-2000-TP: Emítase dictamen favorable acerca de la conformidad del “Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, Caso. Nro. 008-2000-CI, Registro Oficial No. 180, 10 de octubre de 2000.

Convenio CIADI para someter diferencias concretas a conciliación o arbitraje, para así, concluir su conformidad con la Constitución en el primer caso y, permitir su ratificación directa por parte del Ejecutivo, en el segundo.

En 2000, el Tribunal Constitucional interpretó, por un lado, que el consentimiento es una condición para el sometimiento a la jurisdicción del Centro lo que presupone tener la calidad de Estado contratante, una vez que se haya ratificado el Convenio. Por el otro, en el 2021, la Corte Constitucional defendió que la manifestación del consentimiento de someter disputas al Centro y no la ratificación del tratado, constituye el acto jurídico a través del cual se podría configurar la atribución competencias, en los términos del numeral 7 del artículo 419 de la Constitución. Es decir, la eventual atribución de competencias propias del orden jurídico interno al CIADI que no se disputa en el dictamen de la Corte Constitucional de 2021, sería inepta a través de la mera ratificación del tratado internacional que le da origen⁶¹. Según la Corte, tal atribución de competencias no se materializaría a través de un tratado internacional, sino mediante el consentimiento posterior para someter disputas al Centro, el mismo que podría manifestarse a través de cualquier acto jurídico en el ámbito del derecho doméstico o internacional, pudiendo éste, provenir o no, de un sujeto de derecho internacional.

De esta manera, se soslaya el principio de que sólo a través de los tratados, concebidos como acuerdos internacionales celebrados entre Estados y otro sujetos de derecho internacional, puede instituirse

61 En ese sentido, la Corte Constitucional determinó:

(...)32. Por tanto, el Convenio no obliga a que los Estados signatarios o miembros se sometan a arbitrajes o conciliaciones ante el CIADI por las diferencias mencionadas en el artículo 25 del Convenio, por lo que su sola aprobación o ratificación no atribuye competencia al CIADI ni a los árbitros o conciliadores de dicho Centro para conocer diferencias relativas a inversiones; y en dicha medida no es posible afirmar que se está "atribuyendo" alguna competencia. (...)"

Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, "Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", 30 de junio de 2021. Lo subrayado fuera del texto original.

una organización internacional como el CIADI junto con su régimen autónomo en el marco del Derecho internacional. Se confunde la manifestación para instituir la personalidad jurídica del CIADI y vincularse a su régimen por parte del Estado a través de la ratificación del Convenio CIADI, con el consentimiento de someterse a arbitraje, el cual únicamente puede surtir efectos si se ha ratificado tal instrumento constitutivo bajo la forma de un tratado internacional. Sólo a través de la ratificación del tratado internacional y su respectivo depósito, se reconoce los límites de un ámbito jurisdiccional en el plano del Derecho internacional, el cual puede englobar potestades normativas, adjudicativas y de ejecución.

Debido a las implicancias de aceptar el sistema de arbitraje inversor-Estado, prácticamente ilimitadas entorno al escrutinio del ejercicio de potestades soberanas, que incluyen las actuaciones de la propia Corte Constitucional y, la deliberada indiferencia ante el artículo 422 de la CRE, es llamativa la postura de auto-limitación de potestades de dicho organismo con relación al alcance del control constitucional respecto a la necesidad o no de aprobación legislativa de tratados internacionales y la renuncia a garantizar la conformidad constitucional de las obligaciones consiguientes. De manera reiterada, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el sentido del control previo de constitucionalidad de tratados internacionales radica en evitar que entren en vigor aquellos contrarios a la Constitución, de conformidad con los artículos 417 y 427 de la Constitución, así como el numeral 8 del artículo 3 y artículo 108 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo que guarda además, concordancia con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante “CVDT”).

Echa tierra sobre este principio, la dúctil posición de la Corte Constitucional frente a las obligaciones internacionales, que plantea que la mera verificación de que un tratado internacional no se encuentre incurso en ninguno de los presupuestos del artículo 419 de la Constitución, implica a su vez, liberarlo de su examen de conformidad con las normas constitucionales. Esta cuestionable posición se aprecia, por ejemplo, en el *“Acuerdo de Cooperación y Facilitación*

de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa del Brasil”⁶². Esto, además de jurídicamente inconsistente, contradice decisiones previas proferidas por la misma Corte Constitucional, como es evidente, por ejemplo, en el “*Dictamen respecto de la necesidad legislativa de aprobación del Acuerdo entre la República del Ecuador y la Organización para la Prohibición de las Armas Químicas-OPAQ sobre los privilegios e Inmunidades OPAQ*”. Aquí, la Corte, no obstante de dictaminar que dicho tratado no requería de aprobación legislativa por no configurarse ninguno de los supuestos previstos en el artículo 419 de la Constitución, sí verificó la conformidad constitucional del convenio arbitral allí previsto, concluyendo que, “*no resulta aplicable la prohibición del artículo 422 de la Constitución*”⁶³.

- 62 La Corte Constitucional en el Dictamen respecto de la necesidad de aprobación legislativa del “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa del Brasil” indica:

“(...) 17. Tampoco se evidencia que alguna disposición del Acuerdo atribuya competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional (Art. 419.7). Cabe acotar que los mecanismos de solución de disputas previstos en el Acuerdo, entre los cuales se encuentra el arbitraje, están exclusivamente destinados a solventar las disputas que puedan surgir entre las partes del Acuerdo, esto es, entre Estados. La resolución de disputas entre Estados no es una competencia propia del orden jurídico interno de un Estado, por lo que al pactar arbitraje en el presente Acuerdo, no se está atribuyendo una competencia de esta naturaleza a un organismo internacional o supranacional.(...)”

“(...) 19. En virtud de las consideraciones expuestas, esta Corte dictamina que el “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa del Brasil” no se encuentra incurso en los presupuestos contenidos en el artículo 419 de la Constitución de la República, y como tal no requiere de aprobación legislativa y de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad. (...)”

Dictamen No. 34-19-TI/19, Edición Constitucional No.29 , 8 de Enero 2020.

- 63 Respecto de la compatibilidad del convenio arbitral previsto en dicho Acuerdo, con el artículo 422 de la Constitución, la Corte Constitucional concluye:

“(...) 16. Así, en el presente caso el convenio arbitral no se refiere a procesos entre el Estado y personas jurídicas privadas, sino entre el Estado y personas jurídicas internacionales, de tal manera que por la naturaleza de las partes, no resulta aplicable la prohibición del artículo 422 de la Constitución.

17. Por lo dicho, en el mencionado convenio arbitral el Estado ecuatoriano no se encuentra cediendo jurisdicción a instancias arbitrales internacionales, respecto a temas relativos a controversias contractuales o de índole comercial, considerando el objeto del referido acuerdo.(...)”

Sentencia No.22-19-TI/19 Caso No. 22-19-TI , de la Corte Constitucional, EC 6, 15 de agosto de 2019.

Bajo esta lógica, resulta difícil coincidir con la postura de los jueces de mayoría, respecto a la impertinencia de valorar la conformidad constitucional del Convenio CIADI al momento de determinar su forma de entrada en vigor, difiriendo el ejercicio de tal obligación hacia el futuro, a través de mecanismos de control de constitucionalidad ex post, de cuestionable eficacia, al tener estos actos la potencialidad de trascender del ámbito doméstico al de responsabilidad internacional del Estado.

Además, es poco probable que, al marginarse al Convenio CIADI del ámbito del artículo 422 de la CRE, las estipulaciones contractuales o compromisos unilaterales de cualquier autoridad pública para someterse a jurisdicción CIADI, regidas en principio, por derecho doméstico, recaigan dentro de dicha disposición, por no ser instrumentos internacionales bajo el ordenamiento jurídico nacional. A ello se suma, la dilación inherente a estos mecanismos de control constitucional, lo que los tornaría en inoficiosos. En el marco del Derecho internacional, en especial, cuando se trate de compromisos unilaterales del Estado manifestados, por ejemplo, a través de actos normativos, estas promesas pueden generar diversos efectos, los cuales, en el marco del Convenio CIADI, están sujetos a interpretación de los árbitros, quedando restringida al máximo, la posibilidad de invocar disposiciones de derecho interno para evadir el cumplimiento de obligaciones internacionales (Art. 27,CVDT). Asimismo debe considerarse las obligaciones impuestas a los Estados Contratantes por ser parte del Convenio CIADI y el régimen autónomo que se instituye como consecuencia, tales como las de reconocimiento y ejecución de laudos (Art.54) y las de tomar *“las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios”* (Art.69).

Finalmente, cabe hacer notar que, varios de los TBIs denunciados por el Ecuador que incorporan el consentimiento del Estado a someter disputas a arbitraje CIADI, mantienen sus períodos de supervivencia, lo que configura la obligación estatal de someterse a dicha jurisdicción, una vez que el inversor manifieste su consentimiento. Materialmente, con la ratificación del CIADI y ante la continuación en

vigor de ciertos TBIs, el dictamen de la Corte Constitucional, prefijó el sometimiento del Estado a conciliación o arbitraje CIADI, a elección del inversor, en disputas basadas en los referidos tratados. La omisión de la Corte Constitucional, se replica en la ratificación de dicho Convenio, sin reservas por parte del Ejecutivo. Frente a esta situación es claro, que los mecanismos de control posterior, vagamente aludidos por la Corte Constitucional, serían ineficaces tanto en el ámbito doméstico como internacional.

EL CONVENIO CIADI SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Es notable que en su dictamen, la Corte Constitucional no se haya referido en lo absoluto a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que es el “tratado de los tratados” y codifica las reglas respecto a si un instrumento constituye un tratado y cómo éste se forma, entra en vigor, enmienda, termina y opera de modo general. Precisamente, el artículo 2 de la CVDT define al “tratado” como un *“acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”*

Como señala Aust, de acuerdo al Comentario del Derecho Internacional de la ONU la frase *“regido por el Derecho internacional”* conlleva la intención de crear obligaciones bajo el Derecho internacional, lo que distingue a los tratados, por ejemplo, de acuerdos intergubernamentales gobernados por el Derecho doméstico. Si bien, en principio, ser parte del Convenio, no conlleva automáticamente la sumisión de disputas concretas a la jurisdicción del Centro, este tratado internacional contiene cinco características relevantes, de acuerdo a Dolzer y Schreuer: *“(a) las compañías e individuos extranjeros puede entablar una demanda directamente contra su Estado anfitrión; (b) la inmunidad soberana está severamente restringida; (c) el derecho internacional puede ser aplicado a la relación entre el Estado anfitrión y el inversor; (d) la regla de agotar recursos internos está en principio excluida; (e) los laudos del CIADI son directamente ejecutables dentro de los territorios de*

todos los Estados parte del CIADI”⁶⁴. En otras palabras, la ratificación del Convenio CIADI implica una aceptación del sistema de arbitraje inversor-Estado.

El dictamen, sin embargo, no es del todo claro sobre si estas características devenidas de un tratado internacional que equipara la posición entre Estados e individuos frente a disputas⁶⁵, las mismas que, por principio se resolverían frente a cortes domésticas, encuadrarían en la causal constitucional que engloba aquellos tratados que confieren atribuciones a un organismo internacional (Art. 419, numeral 7 de la CRE). Este principio se reconoce en el mismo preámbulo del Convenio CIADI:

“(...) Reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución; (...)”

Con relación a este párrafo, Schreuer explica:

*“Bajo los principios generales de conflicto de leyes, la jurisdicción sobre disputas entre el Estado y el inversor extranjero correspondería normalmente a las cortes y tribunales del Estado anfitrión. La sujeción de tales disputas a procedimientos legales locales incrementa el control del Estado anfitrión sobre los inversores extranjeros. Por eso, los Estados importadores de capital han favorecido tradicionalmente este método de solución de controversias.”*⁶⁶

64 Dolzer (Rudolph) y Schreuer (Christoph), *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 20., en *Justice in International Law: Further Selected Readings*, Schwebel (Stephen), Cambridge University Press, 2011, p.137.

65 Letelier Astorga (Ricardo), “The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence”, en *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 11, 2007, p.417-472.

66 Schreuer (Christoph H.), Malintoppi (Loretta), Reinisch (August) y Sinclair (Anthony), *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge University Press, September 2010, p.5. Lo subrayado fuera del texto original.

Asimismo, Schreuer alude al Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI que aborda este aspecto de la siguiente manera:

*“10. Los Directores Ejecutivos reconocen que las diferencias sobre inversiones por regla general son resueltas a través de los procedimientos administrativos, judiciales o arbitrales disponibles al amparo de las leyes del país en que se haya realizado la inversión en cuestión. Sin embargo, la experiencia indica que pueden surgir diferencias que las partes deseen resolver por otros medios; y los convenios de inversión celebrados en los últimos años indican que tanto los Estados como los inversores estiman frecuentemente que resulta más conveniente a sus intereses mutuos acudir, mediante acuerdo, a métodos internacionales de arreglo.”*⁶⁷

Lo indicado tiene relación con lo previsto en la letra a del artículo 2 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados en lo referente a los derechos y deberes económicos de los Estados, que recoge el derecho de todo Estado a:

*“Reglamentar y ejercer autoridad sobre las inversiones extranjeras dentro de su jurisdicción nacional con arreglo a sus leyes y reglamentos y de conformidad con sus objetivos y prioridades nacionales. Ningún Estado deberá ser obligado a otorgar un tratamiento preferencial a la inversión extranjera”*⁶⁸

En el voto salvado al referido dictamen, en cambio, sí se alude expresamente a la CVDT y se plantea las dos posibles consecuencias de la adhesión del Ecuador al CIADI: 1) que con la sola suscripción y aprobación por parte del Estado ecuatoriano se constituya un compromiso que de conformidad con los artículos 26 y 27 de la CVDT,

⁶⁷ Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobada mediante Resolución No. 214, adoptada por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento de 10 de septiembre de 1964.

⁶⁸ Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, 2315ª Sesión plenaria de 12 de diciembre de 1974.

obligaría a que éste acepte acordar que sus diferencias con inversores se resuelvan frente a la institución; 2) que *“siendo el numeral 7 de artículo 419 precedente al artículo 422, se intente desestimar la expresa prohibición contenida en este último de ceder jurisdicción en el arbitraje internacional”*.

Los jueces disidentes reprocharon que el dictamen de mayoría no haya realizado una interpretación acorde con la integralidad del texto constitucional, debiendo haberse analizado si el Convenio CIADI requería o no de aprobación legislativa al amparo del numeral 7 del artículo 419 de forma concordante con el artículo 422 de la CRE, más aún, cuando este último, contiene una prohibición expresa para la suscripción de tratados internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias del arbitraje internacional en controversias con individuos o personas jurídicas privadas.

En este voto salvado, además, los jueces remarcaron que ambas normas constitucionales *“guardan perfecta armonía en cuanto a la prohibición para que el Estado ecuatoriano se someta a arbitraje internacional en sede extranjera, con la excepción de controversias entre Estado y nacionales de Latinoamérica”*. Es decir, el Convenio CIADI no sólo recaería dentro de la causal constitucional que engloba a los tratados internacionales por los cuales se atribuyen competencias de orden interno a un organismo internacional, debiendo someterse, por tanto, a deliberación parlamentaria, sino que además se inscribiría en la prohibición de someter al Estado a arbitraje internacional por mandato de un tratado internacional. Esta postura de minoría admite correctamente que este tipo de tratados, operan como excepción al foro natural de las cortes domésticas para la resolución de disputas de inversiones lo cual por principio, es una competencia propia del orden jurídico interno, la cual se ve resguardada con una cláusula adicional de orden prohibitivo, en los términos del artículo 422 de la CRE.

EL CONVENIO CIADI FRENTE A OTRAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES

La tensión entre distintos derechos es un hecho que no puede evitarse. El derecho es un mecanismo para resolver conflictos, choques normativos. El sistema de Derechos Humanos, entre otros el Inter-Americano, reconoce por tanto un largo catálogo de derechos que eventualmente deben ser balanceados o ponderados entre sí. Los sujetos tienen derechos, pero estos derechos están en tensión con los de otros sujetos, y estos no pueden dejarse de lado. El problema que generan en este esquema los tratados de protección de inversiones es doble. Por un lado, ponen a los derechos de los inversores extranjeros por encima del resto de los derechos. Esto, porque el remedio es más rápido y expedito, al no tener que agotar la instancia local, y porque los inversionistas extranjeros se benefician de tribunales especializados en inversiones que no tienen a la vista otros derechos y las obligaciones de los inversionistas extranjeros.

Esto quiere decir que un tribunal de inversiones decide casos sin tener en cuenta los derechos de terceros según el derecho privado y la Constitución de ese país, y otros derechos internacionales aplicables. En casos de inversiones extractivas y de infraestructura, esto pone a las comunidades locales y pueblos originarios en una situación muy grave, y los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por desproteger sus derechos. Además, derechos humanos, como el derecho al agua, quedan en un segundo plano.

Esto también quiere decir que los tribunales de inversión no toman en cuenta las obligaciones de los inversores extranjeros como lo haría un tribunal nacional. Los tratados de inversiones solo internacionalizan derechos, pero no sus obligaciones. Esta ruptura de la simetría del ordenamiento jurídico, tiene contingencias significativas para el Estado y los terceros que son sujetos pasivos de esas obligaciones, las que pueden verse debilitadas de manera importante.

En adición, la trascendencia del derecho doméstico bajo el arbitraje CIADI de acuerdo a lo previsto en el artículo 42 del Convenio

CIADI, supone reconocer un espacio indeterminado de discrecionalidad a los árbitros en detrimento de los órganos constitucionalmente investidos con la potestad de administrar justicia, sino también para trasplantar remedios jurídicos ajenos al derecho doméstico como en el caso de resarcimiento de daños. Aquello es bien conocido por el Ecuador, por ejemplo, en los casos Occidental, Burlington y Perenco, en los cuales los tribunales arbitrales han determinado tanto la inaplicación como la incompatibilidad de ciertas medidas soberanas con el propio derecho nacional, pese a que las cortes nacionales competentes han confirmado su legalidad y constitucionalidad, como en el caso de la Ley 42-2006⁶⁹.

Cabe hacer notar que, ante el riesgo de conferir a la potestad irrestricta de aplicar e interpretar derecho nacional, sin deferencia a los órganos jurisdiccionales locales, tratados internacionales que han entrado recientemente en vigor, como el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA)⁷⁰ han limitado la posibilidad de que tribu-

69 En esa línea, por ejemplo, en el caso *Chevron v. Ecuador*, se reiteró y reconfirmó las órdenes al Estado de evitar y prevenir la ejecución de la sentencia de Lago Agrio.

Chevron v. Ecuador, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre el Tramo II, 30 de agosto de 2018.

70 Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA):

“Artículo 8.31

Derecho aplicable e interpretación

1. Al comunicar su decisión, el tribunal creado con arreglo a la presente sección aplicará el presente Acuerdo interpretándolo de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y con otras normas y principios de Derecho internacional aplicables entre las Partes.

2. El tribunal no será competente para determinar la legalidad de una medida que supuestamente constituya una violación del presente Acuerdo, de conformidad con el Derecho interno de una Parte. Para mayor seguridad, al determinar la compatibilidad de una medida con el presente Acuerdo, el tribunal podrá tener en cuenta, en su caso, el Derecho interno de una Parte como un elemento de hecho. Al hacerlo, el tribunal seguirá la interpretación predominante dada al Derecho interno por los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte, y cualquier sentido que el tribunal haya dado al Derecho interno no será vinculante para los órganos jurisdiccionales o las autoridades de dicha Parte.

3. En caso de que surjan problemas graves sobre cuestiones de interpretación que puedan afectar a las inversiones, el Comité de Servicios e Inversión podrá, de conformidad con el artículo 8.44.3.a), recomendar al Comité Mixto del CETA que adopte interpretaciones del presente Acuerdo. Toda interpretación que haya sido adoptada por el Comité Mixto del CETA

nales arbitrales de inversión determinen si las medidas domésticas son constitucionales o legales de acuerdo al ordenamiento jurídico nacional, asumiendo atribuciones de cortes nacionales. Ninguno de estos mecanismos de conciliación entre regímenes ha sido abordado por la Corte Constitucional.

LA EVASIÓN DEL CONVENIO CIADI DEL ARTÍCULO 422

El artículo 422 de la CRE se inscribe en el Título VII “Relaciones Internacionales”, Capítulo II “Tratados e Instrumentos Internacionales” de la Constitución del Ecuador, por lo que, se evidencia una limitación al ejercicio soberano del Estado para asumir ciertos compromisos internacionales “regidos por el Derecho internacional”⁷¹. Esta restricción se expresa a través de la prohibición impuesta al Estado para celebrar tratados internacionales mediante los que se ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional que involucren al Estado y personas naturales o jurídicas privadas en controversias contractuales o de índole comercial. En vista de que las controversias contractuales y comerciales se ciñen al derecho doméstico, la limitación constitucional al ejercicio de una prerrogativa soberana con incidencia en el ámbito del Derecho internacional no adquiere sentido sino en las diferencias de naturaleza legal que surjan directamente de una inversión y, en-

será vinculante ante el tribunal establecido con arreglo a la presente sección. El Comité Mixto del CETA podrá decidir que una interpretación tenga efecto vinculante a partir de una fecha determinada.”

Visitado en Octubre de 2021; [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN)

71 Constitución de la República del Ecuador, 2008:

“Art. 422.-No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.”

frenten al Estado con el inversor en un arbitraje de inversión, en este caso, por ejemplo bajo el Convenio CIADI”⁷².

Finalmente y, en la medida que un tratado internacional establezca la base jurisdiccional para que se ejerza la potestad de adjudicar disputas inversor-Estado, se configura una relación con el artículo 422 de la Constitución de la República⁷³. Como abunda Pierre-Marie Depuy, el consentimiento del Estado a la jurisdicción de los tribunales CIADI se configura como una excepción al Derecho internacional general, en cuya ausencia, el Estado sometería sus diferencias con los inversores,

72 Fontanelli ilustra respecto del imperativo de que toda disputa sujeta a adjudicación internacional cuente copulativamente con los requisitos de jurisdicción fundacional y consentimiento de sumisión a la disputa:

“Cuando el reclamo sea presentado bajo el eje del Centro Internacional de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la jurisdicción fundacional del tribunal es gobernada adicionalmente por el Convenio CIADI, en particular por los artículos 25 a 27. En el caso del CIADI, el enfoque de “doble cerradura” aplica en materias de competencia y jurisdicción: los poderes del tribunal son delimitados por la cláusula de arbitraje aplicable y por el Convenio CIADI; de la misma manera en que, para que la Corte Internacional de Justicia pueda tratar un reclamo únicamente si el consentimiento de las partes consta su pertenencia al Estatuto (jurisdicción fundacional) y mediante el instrumento específico relativo a la disputa, normalmente un tratado o una declaración de acuerdo a la cláusula opcional del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.”

Ilustra en esa línea, la siguiente Decisión de Jurisdicción en un arbitraje CIADI:

“La jurisdicción del Tribunal viene determinada por una combinación del TBI y del Convenio CIADI”.

SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004, párrafo 154, en Fontanelli, F 2018, *Jurisdiction and admissibility in investment arbitration: The practice and the theory*. Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration, 10 p. Traducción libre.

73 Entre otros atributos, el Tribunal Arbitral indicó que la jurisdicción en el contexto judicial o adjudicativo significa la autoridad para emitir decisiones legales:

“(…) 125. La jurisdicción en el contexto judicial o adjudicativo significa la autoridad para emitir decisiones legales. Incluye la consideración de la esfera de dicha autoridad, es decir el alcance de la competencia judicial. Que tal jurisdicción y competencia sea conferida en un particular contexto fáctico depende de las disposiciones legales aplicables. Si el ejercicio de dicha autoridad requiere del cumplimiento de ciertas condiciones, estas condiciones son prerequisites para el ejercicio de la jurisdicción y competencia del tribunal (...)”

Decisión sobre jurisdicción, URBASER S.A. AND CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAIJA UR PARTZUERGOA y la República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/26. Traducción libre.

a cortes domésticas⁷⁴. Por dicha excepción, se reconoce una jurisdicción que debería recaer propiamente en cortes domésticas a tribunales arbitrales de inversiones, lo que es distinto a la solución de disputas Estado-Estado, que en virtud del principio de inmunidad soberana, se rigen exclusivamente por el Derecho internacional⁷⁵. Por último y como reseña Fontaneli citando a Heiskanen, en el ámbito del CIADI, la distinción entre competencia (del tribunal) y la jurisdicción (del Centro) podría ser exacta, al menos conceptualmente.⁷⁶

CONFLICTIVIDAD E INCERTIDUMBRE

La exención del Convenio CIADI del control de su conformidad con la Constitución y de deliberación parlamentaria constituye, en la práctica, la emisión del certificado de defunción del artículo 422 de la CRE como neutralizador del arbitraje inversor-Estado. La reacción de la función legislativa hace evidente que, de haberse sometido este tratado internacional a deliberación parlamentaria, éste no hubiese sido aprobado. Ante esta situación, se ha inducido la obsolescencia del texto constitucional para contener el despliegue indiscriminado

74 Dupuy (Pierre-Marie), 'Chapter 16: Preconditions to Arbitration and Consent of States to ICSID Jurisdiction', in Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 219 - 236

75 Así lo determinó la Corte Constitucional en el Dictamen respecto de la necesidad de aprobación legislativa del "Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa del Brasil":

"(...) 17. Tampoco se evidencia que alguna disposición del Acuerdo atribuya competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional (Art. 419.7). Cabe acotar que los mecanismos de solución de disputas previstos en el Acuerdo, entre los cuales se encuentra el arbitraje, están exclusivamente destinados a solventar las disputas que puedan surgir entre las partes del Acuerdo, esto es, entre Estados. La resolución de disputas entre Estados no es una competencia propia del orden jurídico interno de un Estado, por lo que al pactar arbitraje en el presente Acuerdo, no se está atribuyendo una competencia de esta naturaleza a un organismo internacional o supranacional.(...)"

Dictamen No. 34-19-TI/19, Edición Constitucional No.29, 8 de Enero 2020.

76 Veijo Heiskanen, 'Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration' (2014) 29 ICSID Review 231 en Fontaneli, F 2018, *Jurisdiction and admissibility in investment arbitration: The practice and the theory*. Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration, 10 p.

de las múltiples reglas que ponen en marcha la maquinaria del sistema de solución de controversias inversor Estado y, principalmente su indefensión frente a intereses coyunturales. La misma función legislativa que en el 2018 pretendió, por vía de interpretación constitucional, invalidar el efecto prohibitivo del artículo 422 de la CRE frente al arbitraje inversor-Estado refrendado por diecisiete sentencias constitucionales, en el 2021, cambió de parecer y se enfrentó a la Corte Constitucional para reivindicar su naturaleza restrictiva⁷⁷.

Conforme se ha expuesto en este ensayo, más allá de que la deliberación parlamentaria para aprobar el Convenio CIADI se justifique como un imperativo jurídico de acuerdo al Derecho internacional y el Derecho doméstico, la singular experiencia ecuatoriana reclamaba, además, esa mínima garantía democrática que trasciende el ámbito del consentimiento para que un tribunal arbitral pueda declararse competente en una disputa, como infundadamente lo ha delimitado la Corte Constitucional.

La incapacidad de los guardianes de la Constitución para delimitar las fronteras de coexistencia entre el derecho doméstico y las obligaciones internacionales en general y, del Derecho internacional de inversiones, en particular, optando por soluciones simplistas y de suma cero, interpretaciones inconsistentes y tratamientos discriminatorios en desmedro de las mayorías, el texto constitucional y sus propias facultades, menoscaba los mecanismos de diálogo y de arreglos institucionales. Ante el detrimento del pacto democrático y la interpretación utilitaria del Derecho internacional y el Derecho doméstico, supuestamente en aras de la seguridad jurídica y la atracción de

77 La Asamblea Nacional que constitucionalmente, carece de competencias respecto de relaciones internacionales y las políticas de comercio e inversiones, junto con el hecho de que, en el proceso de formación de tratados internacionales, se limita a aprobarlos o desaprobados con base en causales específicas, solicitó a la Corte Constitucional la interpretación del artículo 422 de la Constitución. El objetivo, en su momento, apuntaba a que la Corte Constitucional aclarase que “las controversias contractuales o de índole comercial” a las que alude tal disposición, son distintas a las controversias de inversiones, allanando de esa manera, el camino para re-adoptar tratados internacionales con cláusulas de solución de disputas inversor-Estado. Dicha interpretación aún no se ha emitido.

Resolución del Pleno de la Asamblea Nacional de 28 de junio de 2018, Causa No. 0002-18-IC.

inversiones, queda por verse si en el futuro no muy lejano, el Convenio CIADI, vuelve a ser denunciado, para posteriormente, ser ratificado por cuarta vez. Casi con seguridad, la historia continuará.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Dolzer (Rudolph) y Schreuer (Christoph), *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 20., en Schwebel (Stephen), et al. (eds), *Justice in International Law: Further Selected Readings*, Cambridge University Press.
- Dupuy (Pierre-Marie), “Chapter 16: Preconditions to Arbitration and Consent of States to ICSID Jurisdiction”, in Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015).
- Espinosa (Sebastian), *The Evolution of the System of Foreign Investment Protection in Ecuador*, en J. Chaisse et al. (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2020.
- Fontanelli, F 2018, *Jurisdiction and admissibility in investment arbitration: The practice and the theory*. Brill Research Perspectives in International Investment Law and Arbitration.
- Letelier Astorga (Ricardo), “The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence”, en Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 11, 2007.
- Perrone (Nicolás M.), *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play By Their Own Rules*, Oxford University Press, 2021.
- Roberts (Anthea), “Triangular treaties: the nature and limits to investment treaty rights”, *Harvard International Law Journal*, 56 (2), ISSN 0017-8063.
- Schreuer (Christoph), *Investment Arbitration* en Romano (Cesare), Alter (Karen J) y Shany (Yuval), et al. (eds), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, 2014.

Schreuer (Christoph H.), Malintoppi (Loretta), Reinisch (August) y Sinclair (Anthony), *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, Cambridge University Press, September 2010.

St. John (Taylor), *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences*, Published to Oxford Scholarship Online: April 2018.

Normativa, casos y pronunciamientos nacionales

Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) Visitado en Octubre de 2021; [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN)

Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador Registro Oficial No. 763 de 12 de junio de 1984.

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, Resolución s/n (Suplemento del Registro Oficial 181, 30 de abril de 1999).

Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo C) entre el Estado Ecuatoriano-PETROECUADOR y las compañías City Oriente Ltd, y Consolidated Ramrod Gold Corporation”, 29 de marzo de 1995.

Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 34-19-TI/19, Edición Constitucional No.29 , 8 de Enero 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No.22-19-TI/19 Caso No. 22-19-TI, 15 de agosto de 2019.

Corte Constitucional del Ecuador, Caso No. 5-21-TI, “Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, 30 de junio de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisión, Caso No. 002-18-IC, acción de interpretación, presentada por Cabezas Guerrero (Elizabeth Enriqueta), Presidenta de la Asamblea Nacional del Ecuador, Acción de interpretación constitucional del Art. 422 de la Constitución de la República del Ecuador, 16 de agosto de 2018.

Decreto Ejecutivo No. 1823 publicado en el Registro Oficial 632 de 13 de julio de 2009.

Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, aprobada mediante Resolución No. 214, adoptada por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento de 10 de septiembre de 1964.

Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador, Resolución No. RLO-2021-2023-016 de 27 de julio de 2021.

Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, 2315ª Sesión plenaria de 12 de diciembre de 1974.

Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, Oficio No. 79-SGJ-21-0044 de 21 de junio de 2021 Resolución s/n (Suplemento del Registro Oficial 181, 30-IV-99).

Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 171-2000-TP: Caso. No. 008-2000-CI, Registro Oficial No. 180, 10 de octubre de 2000.

Casos

Caso *Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI. No. ARB/08/5.

Caso PCA No. 2009-23 entre Chevron Corporation (USA) y Texaco Petroleum Company (USA) v. la República del Ecuador, Segundo Laudo Parcial sobre el Tramo II, 30 de agosto de 2018.

Caso CPA No. 2013-34 entre Venezuela US, S.R.L. y la República Bolivariana de Venezuela, Laudo Interino sobre Jurisdicción (sobre la objeción de la demandada a la jurisdicción *ratione voluntatis*), 26 de julio de 2016.

Caso *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Petroleum Company v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11.

Caso *Perenco Ecuador Ltd. V República del Ecuador y Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6.

Caso *SGS Société Générale de Surveillance SA v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de enero de 2004.

Caso *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/01/10.

Corte Permanente de Justicia Internacional, Caso “SS Wimbledon”, (Serie A, núm 1.) Recuperado de https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/spanish/5_s.pdf

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CIADI: ELEMENTOS DE ESTUDIO

Jorge Zavala Egas

Sumario: El análisis subsiguiente se centra en resumir cuáles fueron las tesis jurídicas sostenidas acerca de la necesidad del dictamen previo de la Asamblea Nacional para la ratificación del CIADI y en concretar los parámetros sobre los cuales la Corte Constitucional debe decidir la validez del Convenio, luego de sustanciar las demandas por inconstitucionalidad de forma y fondo que han sido presentadas.

No se trata de sustentar ninguna tesis jurídica, sino de proporcionar los elementos que sirvan para un debate sobre el tema en cuestión.

1.- LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA APROBACIÓN LEGISLATIVA DEL CIADI

El presidente Lasso, a través del Decreto Ejecutivo 122 de 16 de julio de 2021, por una parte y, por otra, la Embajada del Ecuador ante el Gobierno de Estados Unidos de América, a través del Oficio No. 4-3-33/2021, adjunta y entrega la ratificación del CIADI, otorgándole de esta manera plena eficacia jurídica.

La Constitución de la República prescribe:

“Art. 419.- La notificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que (...):

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional supranacional”.

La construcción de esa vigencia comenzó con el Dictamen de la Corte Constitucional No. 5-21-T1/21 (Jueza ponente: Teresa Nuques

Martínez), de 30 de junio de 2021, el cual con seis votos a favor, dos votos salvados y uno en contra, expresó, de acuerdo con la competencia que le asigna el Art.438 CRE, que:

“V. Dictamen respecto de la necesidad de aprobación legislativa.

“39. Por lo antes expuesto, esta Corte dictamina que el “Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” NO se encuentra incurso en los supuestos contenidos en el artículo 419 de la Constitución de la República, por lo cual, no se requiere aprobación legislativa ni de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad”.

Los dos votos salvados, sobre la base de las razones que exponremos más adelante, correspondientes a los jueces Àvila Santamaría y Herrería Bonnet, dictaminaron que, por el contrario, el Convenio CIADI:

“SI requiere aprobación previa de la Asamblea Nacional”.

La discrepancia fundamental entre los votos favorables y disidentes radica en la exigibilidad de la aprobación legislativa previa, esto es, el centro del debate en la CC fue si el CIADI asigna competencias propias del ordenamiento jurídico nacional a órganos internacionales, pues, si es así, el *Convenio* requiere previa aprobación de la Asamblea, caso contrario no hay necesidad de tal aprobación.

El razonamiento de los votos de mayoría fue:

“31. (I) El objeto del Convenio es brindar un marco facilitador para arbitrajes y conclusiones para diferencias relativas a inversiones ante el CIADI (...)”

32. Por lo tanto, el Convenio no obliga a que los Estados signatarios o miembros se sometan a arbitrajes o conciliaciones ante el CIADI por las diferencias mencionadas en el artículo 25 del Convenio, por lo que su sola aprobación o ratificación no atribuye competencia al CIADI ni a los árbitros o conciliadores de dicho Centro para

conocer diferencias relativas a inversiones, y en dicha medida no es posible afirmar que se está “atribuyendo” alguna competencia.

33. En este sentido es importante reiterar el carácter voluntario u origen convencional de los métodos alternos de solución de conflictos y que ha sido traído a colación por esta Corte al dictaminar sobre otros tratados y destacar que el Convenio in comento en su preámbulo reconoce que los Estados no se encuentran obligados a someter las diferencias relativas a inversiones a conciliación y arbitraje al CIADI y que ello también se desprende de las reglas de los procedimientos de arbitraje y conciliación, estos no son obligatorios si las partes no han consentido en someterse a estos (artículos 25,28,36).

34. De la lectura del Convenio, además, se evidencia un marco facilitador para arbitrajes y conciliaciones para diferencias relativas a inversiones mencionadas en el artículo 25 del Convenio, pero en ninguna de sus disposiciones contiene el consentimiento del Estado ecuatoriano para someter dichas diferencias ante los árbitros y conciliadores del CIADI; pues para someter tales diferencias los Estados signatarios o miembros deben consentir en que una o ciertas disputas sean resueltas bajo dicho marco en otros actos -distintos al Convenio in examine- v.gr. una cláusula de arbitraje en un contrato de inversión, en un tratado bilateral o multilateral de inversión o en una ley de protección de inversiones. Esto se debe, como se dijo, al carácter eminentemente convencional de los métodos alternos de solución de conflictos, que, por regla general, exigen un acuerdo de voluntades o consentimiento para someterse a estos métodos y que los Centros no realizan procedimientos de conciliación y arbitraje por sí mismos”.

35. Por otra parte, y en relación a atribuir competencias a un órgano internacional o supranacional, únicamente se observa que en el artículo 64 del Convenio (párrafo 19 supra), este reconoce la posibilidad de que se presenten diferencias entre los Estados signatarios o miembros del Convenio relativas a la interpretación y

aplicación del Convenio, y que, en caso de no llegar a un acuerdo, se someterán a la Corte Internacional de Justicia (...).

36. Al respecto, como ha sido reconocido por esta Corte Constitucional, “la resolución de disputas entre Estados no es una competencia propia del orden jurídico interno de un Estado”, por lo que someterse a la Corte Internacional de Justicia para resolver las diferencias entre los Estados signatarios o miembros sobre la interpretación y aplicación del Convenio en análisis conforme al Art.64 del mismo, no implica atribuir una competencia de orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”.

El razonamiento de los votos salvados fue considerando el hecho que la adhesión del Ecuador al CIADI plantea dos posibles consecuencias:

“7. La primera que con la sola suscripción y aprobación por parte del Estado ecuatoriano se constituya u compromiso que, en conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, obligaría a que el Estado ecuatoriano acepte acordar que sus diferencias con inversionistas se resuelvan frente a esta institución.

8. Lo anterior, pues, la contraparte de un proceso contencioso puede separarse en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, que establecen que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno (incluso normas de rango constitucional) para evadir el cumplimiento de obligaciones internacionales.

9. De tal modo, con la sola firma del Convenio CIADI y la falta de ratificación previa por parte de la Asamblea Nacional, surge el riesgo de que al Ecuador se le exija arreglar sus diferencias en materia de inversiones en la sede del CIADI.

10. La segunda consecuencia que pudiese presentarse es que, siendo el numeral 7 del artículo 419 precedente al artículo 422, se intente desestimar la expresa prohibición contenida en este último de ceder jurisdicción al arbitraje internacional.

11. Dentro de esta hipótesis no consentida, la adhesión al CIADI devendría en inoficiosa, puesto que las dos normas constitucionales referidas guardan perfecta armonía en cuanto a la prohibición para que el Estado ecuatoriano se someta a arbitraje internacional en sede extranjera, con la excepción de controversias entre Estados y nacionales de Latinoamérica.

(...)

22. Bajo las consideraciones anteriores el dictamen de mayoría no realiza una interpretación acorde con la integralidad del texto constitucional. El artículo 419 debe ser analizado de forma concordante con el 422 de la CRE, pues éste último contiene una prohibición expresa para la suscripción de tratados internacionales en que el Estado ceda jurisdicción soberana e instancias de arbitraje regional, excepto cuando éste fuere entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica en instancias arbitrales de la región.

23. Si bien la petición presidencial solicita el dictamen de la Corte Constitucional en lo relativo al artículo 419 de la CRE, sobre la aprobación de los tratados internacionales por parte de la Asamblea, es imprescindible leer a la Constitución como un todo. Ergo, en aras de respetar una comprensión integral de este cuerpo, esta Corte Constitucional está obligada a analizar si el Convenio CIADI requiere o no aprobación legislativa previa, al amparo del numeral 7 del artículo 419 de la Constitución y en concordancia con el artículo 422 ibídem”.

2.- LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES: CLAVE DEL DEBATE

El voto de mayoría no consideró, en lo absoluto, la vigencia del artículo 422 de la Constitución, pues, se trató de dictaminar sobre la necesidad de la aprobación legislativa conforme al Art.419 ídem.

El voto de minoría, en cambio, estimó que:

“12. El numeral 8 del artículo 3 de la LOGJCC determina entre las reglas y principios de interpretación constitucional la de unidad y eficacia integradora. La interpretación constitucional “tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico”⁷⁸.

13. En este sentido, la interpretación no debe ser aislada, pues ésta podría contradecir “otras normas constitucionales, generando consecuencias nefastas para el orden constitucional, como que se vacíe el contenido constitucionalmente protegido”⁷⁹.

14. La Constitución no es una norma sino un sistema normativo, que da unidad y sentido a cada norma que la conforma. Desde esta perspectiva:

“el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de las cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fueran compartimientos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el poder constituyente”⁸⁰

15. Por otra parte, la Corte Constitucional no debe rebasar los límites impuestos por el poder constituyente al interpretar y aplicar las normas. De ahí que su función sea “custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél”⁸¹.

78 PÉREZ ROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional, MARCIAL PONS, Madrid, 2018, p. 108.

79 PÉREZ CASASVERDE, Efraín. Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. ADRUS, Lima, 2015, p. 485.

80 Ídem.

81 Tribunal Constitucional español, sentencia No. 76/83, de 5 de agosto de 1983.

16. *La doctrina invocada tiene clara concreción con el artículo 427 de la CRE, que dispone que las normas constitucionales:*

“se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”

17. *Más allá de si el arbitraje internacional es un mecanismo conveniente para la resolución de conflictos, los jueces y juezas de la Corte Constitucional estamos obligados a prescindir de nuestras apreciaciones personales para ejercer a cabalidad nuestras obligaciones como custodios o garantes de la Constitución.*

18. *Este deber se acentúa, considerando que la Constitución ecuatoriana es de las que en doctrina se denomina rígida, esto es, que no puede reformarse por el mismo trámite que una ley ordinaria, pues:*

*“La rigidez de la Constitución tienen por fin impedir que los poderes constituidos puedan corregirla a su antojo. Por ende, opera como tope o límite al quehacer de éstos. De hecho, ello importa una suerte de desconfianza hacia los excesos de los poderes constituidos”*⁸²

19. *Si entendemos que la finalidad de la Constitución es la construcción jurídica de un orden político, su creación o aprobación es una manifestación del conjunto social que, si bien puede ser cambiante, toda modificación debe realizarse por los cauces reconocidos por la propia norma.*

20. *Al entrar en vigencia la Constitución de 2008, se impuso en el Ecuador una perspectiva que impregnó la Carta Suprema. Pese a que el momento político actual pudiere ser diferente, el juez constitucional en su calidad de guardián de la Constitución, no puede*

82 SAGÜES, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. ASTREA, Bs. Aires, 2001, p. 235.

interpretar la norma con visiones que respondan a un momento coyuntural de la democracia ecuatoriana.

21. Las distintas percepciones o realidades políticas que pueden presentarse en una democracia, como regla general, no pueden constituir argumentos para adecuar las actuaciones de los jueces fuera de los límites que le impone la norma constitucional y el sistema jurídico aplicable. En este sentido:

“Los intérpretes no tienen derecho de cambiar el contenido de la Constitución por vía de interpretación. La adaptación de la Constitución a la realidad (política, social, etcétera) es tarea de revisión constitucional, no a los intérpretes, adaptar un viejo texto constitucional al cambio de circunstancias”.

3.- LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Es de afirmar “que la cuestión de la interpretación constitucional se ha colocado como uno de los grandes temas de la Teoría constitucional por las consecuencias que lleva consigo. Está íntimamente ligada a cuestiones de la más alta importancia constitucional: el principio de supremacía constitucional, la defensa de los derechos humanos, los pesos y contrapesos entre los poderes, los límites constitucionales de estos, la justicia y la jurisdicción constitucionales, el control constitucional de leyes y actos de autoridad, la rigidez de la norma constitucional y las funciones del tribunal constitucional.

Como asenté párrafos atrás, desde 1971 me pronuncié por una interpretación constitucional de índole finalista o axiológica, la cual continuó defendiendo y más aún con los argumentos y desarrollos que se han presentado en las últimas décadas.

No obstante, hay que ser muy cuidadosos: el tribunal constitucional, no puede usurpar las funciones del poder constituyente ni del órgano revisor de la Constitución. En consecuencia, no debe crear normas ni principios que no sean susceptibles de reconducirse a la Ley Fundamental, pero sí pueden deducirse principios implícitos de los expresamente asentados, tales como dignidad humana,

libertad, igualdad, seguridad jurídica, justicia social, Estado de bienestar, etcétera”⁸³.

Sin embargo, “más allá de los límites que el tribunal (Corte) tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa autolimitarse, es decir, el *self-restraint*; que el activismo judicial no sea desbordado, que aplique con prudencia las técnicas de interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar funciones que la Constitución atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía moral constitucionales. En otras palabras, que tenga muy presente el criterio de Otto Bachof respecto al tribunal alemán: «La Corte ha necesitado conquistar su actual posición con mucho trabajo y contra muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente cómo trazar las fronteras entre Derecho y Política”⁸⁴

4.- LAS CONCLUSIONES DEL DEBATE

De acuerdo a la interpretación del numeral 7, del Art.419 CRE, adoptada por la mayoría, la mera ratificación del *Convenio* no atribuye competencia alguna a los órganos conciliadores o a los árbitros de dicho Centro, tampoco obliga al Estado ecuatoriano a someter las diferencias relativas a las inversiones privadas ante el CIADI, por lo que el acto de su ratificación, al no ceder competencias propias del orden jurídico interno, no requiere de aprobación legislativa.

Conforme a la exégesis que hacen los jueces de minoría, el numeral 7 del artículo 419 CRE, es un precedente al Art.422 ídem, que contiene la prohibición de ceder jurisdicción al arbitraje internacional en materia de contratos, por lo que no cabe desestimar la aprobación legislativa previa, debiéndola requerir por cuanto, en efecto, habría cesión de competencias propias del orden interno si el Estado ecuatoriano es sometido a la jurisdicción del CIADI, lo cual está prohibido.

83 Jorge CARPIZO. El Tribunal Constitucional y sus límites. GRIJLEY, Lima, 2009, pp. 55/56.

84 Ídem, p. 57.

5.- LA VIGENCIA DEL CIADI Y ACCIONES PÚBLICAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

En vigencia el *Convenio*, sobrevienen las acciones públicas de inconstitucionalidad, ante la misma Corte Constitucional aduciendo las siguientes principales razones:

La CRE prescribe en el Art. 422:

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y las personas naturales o jurídicas privadas”.

Una de las demandas afirma⁸⁵:

- *“El solo hecho de haber firmado el CIADI abre la posibilidad inconstitucional que el Estado ecuatoriano si se presentare un conflicto con empresas y corporaciones internacionales que tienen contratos en el Ecuador, ceda la competencia de procesar dichas diferencias ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas e Inversiones, lo cual de por sí es contrario al mandato constitucional”, lo cual contradice lo prescrito en el artículo 422 de la CRE.*
- *“Generalmente, la tendencia de los sistemas de solución de diferencias relativas a inversiones entre Estados inversionistas extranjeros implica la apertura de una vía que permite a los inversionistas la elusión del sistema judicial estatal. Así, debe recordarse que, con la suscripción del Convenio CIADI, se faculta a la Función Ejecutiva someter una diferencia determinada a conciliación o arbitraje internacional. Si se adopta esta decisión, el inversor extranjero puede hacer uso de este sistema de solución de conflictos en un centro de arbitraje internacional con el fin de proteger sus intereses, derechos de propiedad*

85 Demanda de Adelina Cuesta, p. 4.

o los beneficios reales o previstos de su inversión frente a una amenaza a los mismos derivada bien de la aprobación de una norma estatal – relativa, por ejemplo, a la salud, medio ambiente, derechos laborales, derechos culturales, derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, bien de la ejecución de una política pública que pueda aminorar las ganancias de la inversión extranjera. Por tanto, la vigencia del CIADI en el Ecuador, evidentemente abre la posibilidad concreta, no presumible, de someter cualquier conflicto entre el Estado ecuatoriano y las empresas extranjeras ante el Centro de Arbitraje previsto en dicho tratado internacional, lo cual es inconstitucional (...), al abrir la posibilidad inconstitucional de ceder la jurisdicción por parte del Estado ecuatoriano a un órgano cuya misión radica en promover el arreglo de diferencias relativas a inversiones ⁸⁶.

En una segunda demanda se asevera⁸⁷:

“Cesión de jurisdicción soberana

- *La jurisdicción, en términos generales, debe ser entendida como el poder o la autoridad que tiene un ente o una persona para decidir sobre algún asunto. Desde la perspectiva del Derecho internacional, la jurisdicción es la potestad que ejercen los Estados sobre su territorio, terrestre, marítimo y aéreo- para decidir sobre las personas, actos y cosas que ocurren dentro de él, e incluso en algunos casos excepcionales, fuera de él. La jurisdicción de un Estado implica el estar dotado de una autoridad monopólica sobre todas las cuestiones y sujetos que ocurren o habitan en su territorio. (Art.422 CRE).*
- *Por ende, la alusión a la cesión de la jurisdicción soberana que hace el primer inciso del artículo 422 de la Constitución, se refiere al traslado, a una instancia de arbitraje internacional, de la potestad que tiene el Ecuador de someter a jueces ecuatorianos el conocimiento y resolución de una disputa entre el*

⁸⁶ ídem, p. 5.

⁸⁷ Cáceres-Espín-Iturralde, p.10.

Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras”.

En apoyo extrae la interpretación que, del artículo 422 CRE, tuvo el constituyente y que consta en el Acta 51 de la Asamblea Constituyente de 20 de mayo de 2008:

“(...) se habla, concretamente, que el Estado ecuatoriano no va a ceder jurisdicción soberana cuando se trate de convenios con personas naturales, jurídicas, privadas o jurídico-privadas; ese es el espíritu del primer inciso, es decir, un convenio que se realice con una compañía transnacional estadounidense deberá regirse por las leyes, por las normas jurídicas ecuatorianas, esa es la voluntad de ejercer soberanía sobre los convenios internacionales”.

6.- SOBRE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL DEL ESTADO

1. La Corte Constitucional que es el máximo órgano de control e interpretación constitucional, según el artículo 429 CRE.
2. El Tribunal Contencioso Electoral que ejerce las competencias que le atribuye el artículo 221 de la Constitución.
3. La justicia indígena de acuerdo a lo prescrito en el artículo 171 CRE.
4. Conforme al Art. 190 CRE los tribunales de mediación y arbitraje a los que, conforme a lo prescrito en el artículo 190 CRE, se les atribuye el rol de mecanismos alternativos para la solución de conflictos.
5. De acuerdo a los artículos 419 y 422 CRE, de forma excepcional, las instancias regionales y los órganos jurisdiccionales de los países signatarios para resolver litigios entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica.

7.- LA CUESTIÓN DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

En definitiva, ¿el acto de ratificación del CIADI constituye cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional y, por ende, es dicho instrumento contrario a la Constitución?

El artículo 25 (1) del CIADI prescribe:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”

La jurisdicción nace, según el *Convenio*, de la conjunción de dos actos que son autónomos:

- a) La ratificación al Convenio del CIADI; y,
- b) El pacto de arbitraje entre el Estado y el inversionista extranjero.

Más bien se trata de dos fases constituidas, una, por el hecho configurarse como partes los Estados contratantes y, otra, un acuerdo, por escrito, entre el Estado receptor y el inversor extranjero.

El Ecuador ha procedido a cumplir la primera etapa, pero su ejecución no hace nacer la jurisdicción para ningún órgano previsto en el CIADI, cuestión que no es rebatida por los votos de minoría.

A) Primera fase

La ratificación del *Convenio* es un presupuesto necesario para que opere el consentimiento del particular y del Estado como afirma esta ratificación o adhesión es un acto precedente necesario:

“(...) una consecuencia que se desprende de lo anterior es que, como requisito previo, tanto los Estados inversionistas como los receptores y los países de origen del inversionista deben necesariamente ser partes del Convenio del CIADI, por lo que se establece una necesidad de un consentimiento dual o en dos fases”⁸⁸.

B) La segunda fase

Es el convenio escrito entre el Estado y el inversionista de otro Estado suscriptor del Convenio para resolver un conflicto jurídico en el Centro.

El compromiso de arbitraje genera la intervención del Centro en un caso concreto para, primero, delimitar el ámbito de la controversia, pues, por ejemplo, las partes pueden excluir materias por estimarlas extrañas a la controversia.

Es con el cumplimiento de este acto-convenio que se otorga jurisdicción al órgano del CIADI, pero dentro del marco normativo del *Convenio* ya ratificado por el Ecuador.

8.- CUESTIONES QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO PARA EL ANÁLISIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

1. La supremacía de la Constitución y su prevalencia sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.
2. Los tratados internacionales, excepto los que versan sobre derechos humanos, quedan supeditados a la normativa constitucional.
3. En los supuestos de conflictos entre normas de distinta jerarquía, los jueces están obligados a aplicar la norma jerárquicamente superior.

⁸⁸ CREMADES, B. M. (2001). Arbitration between States and Investors: some jurisdiction issues, 2001, p. 161.

4. Las normas de rango constitucional se deben interpretar al tenor literal que más se ajuste a la Constitución, si surgieren dudas se aplicará el significado que más favorezca la vigencia de los derechos humanos y la voluntad del constituyente.
5. Toda norma o acto contrario a la Constitución es inválido y carece de eficacia jurídica.

9.- INTERROGANTES QUE PLANTEAN LAS DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. ¿Impone el CIADI, por la jurisdicción del *Centro*, obligaciones internacionales al Estado ecuatoriano que conlleven renuncia a potestades jurisdiccionales?
2. ¿El CIADI y sus miembros gozan de inmunidades para sustanciar los procedimientos de arbitraje?
3. ¿Es su objetivo la solución de controversias sobre contratos y transacciones mercantiles que se consideran, en interpretación extensiva, inversiones?
4. ¿Tiene el *Convenio* la peculiaridad exorbitante de constituir a las personas naturales y jurídicas nacionales de los Estados parte, en sujetos de derecho internacional que pueden demandar a los Estados parte ante el Centro?
5. ¿Por su multilateralidad y dado que su objetivo es la creación de un Centro de arbitraje y mediación internacional, puede ser considerado dentro de la excepción que prevé el inciso segundo del artículo 422?

El presente resumen y acopio de los elementos cognitivos antes anotados servirá para, en el debate sobre el tema, construir las tesis jurídicas al respecto.

Guayaquil, 31 de octubre de 2021.

BIBLIOGRAFÍA

- Jorge CARPIZO. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. GRIJLEY, Lima, 2009.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones sobre Estados y nacionales de otros Estados” CIADI.
- CREMADES, B. M. (2001). *Arbitration between States and Investors: some jurisdiction issues*, 2001.
- PÉREZ CASAVERDE, Efraín. *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*. ADRUS, Lima.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*, MARCIAL PONS, Madrid, 2018.
- SAGÜES, Néstor Pedro. *Teoría de la Constitución*. ASTREA, Bs. Aires, 2001.

ANÁLISIS EMPÍRICO RECIENTE DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL ECUADOR Y PERSPECTIVAS EX - POST RETORNO AL CIADI

Javier Robalino Orellana⁸⁹

Paúl R. Carrera⁹⁰

1. INTRODUCCIÓN

La inversión extranjera es uno de los pilares fundamentales para el desarrollo económico de un Estado. En el presente artículo, se presentará una perspectiva empírica de la evolución de la inversión extranjera en el Ecuador. Para este efecto, se analizarán los principales eventos y hechos que tuvieron influencia en la inversión extranjera en Ecuador desde el año 2006 al año 2021. Finalmente, el artículo se centrará en un breve análisis y perspectivas del regreso del Ecuador al Convenio CIADI, y su efecto en la inversión extranjera directa.

La inversión extranjera directa (“IED”) en el Ecuador puede ser definida, en términos generales, con una palabra: variable. Las distintas situaciones políticas, económicas y legales de Ecuador han dado como resultados varios

Los distintos panoramas políticos, las políticas de inversión y el clima social han sido actores fundamentales para la variación de

89 Socio Director de Robalino, profesor universitario, árbitro, miembro del Círculo de Presidentes del Consejo de las Américas, Vicepresidente del Comité de Arbitraje del Capítulo Ecuador de la CCI, Miembro del Consejo Directivo de ASIER, del Comité Petrolero de la Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Oficial del Comité de Derecho Público de la IBA, entre otras actividades y afiliaciones. Ha publicado sobre temas de derecho administrativo, internacional y arbitraje y editó la obra “Global Administrative Law, towards a lex administrativa” (Cameron May, Londres, 2011).

90 Asociado en Robalino. Abogado de la Universidad San Francisco de Quito.

la inversión extranjera en Ecuador y Latinoamérica. Un análisis estadístico de la inversión extranjera refleja sin duda, el efecto de estos factores en la IED en Ecuador. En aras de analizar la correlación entre estos factores, este artículo presentará un breve análisis de la IED en Ecuador, con base en los datos estadísticos de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (“CEPAL”), comparado con un breve recuento de los sucesos que potencialmente afectaron a la inversión extranjera.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN ECUADOR

La inversión extranjera directa ha sido objeto de amplio estudio en el marco del desarrollo político y económico en Latinoamérica; Ecuador no ha sido la excepción. Parte fundamental del desarrollo económico del país ha estado ampliamente ligado con inversión extranjera la que se desea contribuya al desarrollo de proyectos de todo tipo potenciando así el desarrollo económico del país. Particular interés tendrán los proyectos de gran envergadura y aquellos en los denominados sectores estratégicos⁹¹, los que revisten particular relevancia en el análisis empírico que realizamos aquí.

91 Véase, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008. Art. 312: “Las instituciones del sistema financiero privado, así como las empresas privadas de comunicación de carácter nacional, sus directores y principales accionistas, no podrán ser titulares, directa ni indirectamente, de acciones y participaciones, en empresas ajenas a la actividad financiera o comunicacional, según el caso. Los respectivos organismos de control serán los encargados de regular esta disposición, de conformidad con el marco constitucional y normativo vigente. Se prohíbe la participación en el control del capital, la inversión o el patrimonio de los medios de comunicación social, a entidades o grupos financieros, sus representantes legales, miembros de su directorio y accionistas. Cada entidad integrante del sistema financiero nacional tendrá una defensora o defensor del cliente, que será independiente de la institución y designado de acuerdo con la ley.”; Art. 313: “El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”

Así, los gobiernos, en su calidad de representantes de los estados soberanos, buscan de tiempo en tiempo, una expansión económica mediante la atracción de IED. Para este efecto, los estados soberanos buscan desarrollar incentivos, mejorar su clima de inversiones, y en general, ser más atractivos a las inversiones extranjeras. Por otro lado, los estados también ejecutan medidas que afectan a la IED y al clima de inversión, generando efectos opuestos a los deseados. Esto fue analizado por el Banco Interamericano de Desarrollo, que, en una publicación realizada en 2016, comentó:

El gobierno ecuatoriano considera a la IED como complementaria a la inversión nacional, subordinada a los objetivos de transformación y diversificación productiva y tecnológica y enmarcada en el respeto por los derechos sociales y ambientales establecidos por la legislación local y en el combate a los paraísos fiscales. En consecuencia, ha adoptado un enfoque selectivo hacia la IED, empleando principalmente incentivos, tanto fiscales como financieros, para direccionar la inversión hacia sectores prioritarios y/o estratégicos o hacia zonas “deprimidas”. Sin embargo, por el momento, este enfoque no parece estar dando los resultados esperados, ni en términos de atracción de inversiones ni en lo que hace a la diversificación productiva y exportadora. Más allá de la influencia que en este sentido puedan estar teniendo los problemas estructurales (que de hecho son cruciales desde el punto de vista de los objetivos generales de desarrollo del país) y de “clima de negocios” antes mencionados, hay otros que pertenecen más específicamente al propio diseño y funcionamiento de la estrategia de promoción de inversiones que también parecen estar jugando un rol significativo a la hora de entender la todavía baja capacidad de atraer IED por parte del país. Es en estos últimos donde concentramos la atención de nuestro diagnóstico y de las ulteriores recomendaciones de política⁹² (énfasis añadido).

92 Verónica Gutman, Andrés López, Daniela Ramos, “Análisis de los mecanismos de regulación y promoción de la Inversión Extranjera Directa (IED) en Ecuador”, Banco Interamericano de Desarrollo, 2016, pág. 6-7.

El desarrollo de incentivos ya fue vaticinado por la CEPAL, que en su Informe de Inversión Extranjera directa en Latinoamérica y el Caribe del año 2006, manifestaba:

La principal conclusión del informe correspondiente a este año es que para atraer inversión extranjera directa de calidad es preciso aplicar políticas activas e integradas que formen parte de las estrategias de desarrollo nacional. Estas enseñanzas se desprenden de las prácticas de política vigentes en los países europeos y asiáticos que han tenido mayor éxito y que ponen en evidencia el contraste existente con las políticas más pasivas e inconexas que se aplican en este ámbito en América Latina y el Caribe⁹³ (énfasis añadido).

Este criterio se ha mantenido como una brújula de buenas prácticas por más de una década, y a hoy sigue intacta. En su informe de Inversión Extranjera directa en Latinoamérica y el Caribe para el año 2020, la CEPAL presenta sus conclusiones preliminares, comentando que:

[E]s necesario que la IED se canalice hacia actividades que generen mayor productividad, innovación y tecnología [...] Para que esto sea posible, los países de la región deben poner en marcha planes de reactivación y transformación de la producción. Al mismo tiempo, se necesita que tanto los Gobiernos como el sector privado utilicen sus capacidades para que la política de atracción de capitales extranjeros también sea parte de la política industrial como instrumento de transformación de la estructura productiva⁹⁴ (énfasis añadido).

La pregunta, entonces, se desprende naturalmente: ¿qué ha cambiado en estos quince años? Para responder esto, es pertinente realizar un breve análisis de los principales hechos que afectaron a la IED desde el año 2006 hasta el 2021:

93 CEPAL, La inversión extranjera en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2006), pág. 9.

94 CEPAL, La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2021), pág. 13.

2.1. El comienzo del declive: occidental, el desplome de la negociación del TLC con Estados Unidos y la Ley 42⁹⁵ (2006)

El año 2006 fue un verdadero hito en relación a la inversión extranjera directa en Latinoamérica. A mediados de los 2000, y en específico desde el 2004 al 2006, la IED presentó una tendencia ascendiente. Como comentaba la CEPAL: “[e]n 2006 la situación relativa a la inversión directa en el exterior fue muy singular, dado que en los países de América Latina y el Caribe los volúmenes aumentaron un 115%, para acercarse a los 41.000 millones de dólares, lo que señala un incremento mayor que en el resto del mundo”⁹⁶. Los informes respecto de este incremento de inversión fueron bastante optimistas, y aplaudían la recuperación a la inversión por parte de los países latinoamericanos.

En el caso de Ecuador, desde el 2002 hasta el 2006, se presentó un promedio de IED de US\$ 1.545 millones de dólares⁹⁷. Es importante atender, sin embargo, a dos importantes variaciones en los montos de inversión, que en 2005 alcanzaron los US\$ 1.646 millones, y que llegaron a US\$ 2.087 millones en 2006.

Esto es, al menos, lógico. En 2006 Ecuador llevó a cabo inversiones hidrocarburíferas de gran escala. Este fue el caso, por ejemplo, de Andes Petroleum Company, que concluyó una adquisición transfronteriza por US\$ 1.420 millones de dólares⁹⁸. En 2006 también se firmaron convenios con Petróleos de Venezuela (“PDVSA”) para realizar proyectos de explotación y exploración petrolera⁹⁹.

95 Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 2006-42, R.O. Suplemento No. 257, 25 de abril de 2006.

96 CEPAL, La inversión extranjera en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2006), pág. 9.

97 Ibid., pág. 33.

98 Véase: “En Cana cierra venta de activos por US\$1.420mn a Andes Petroleum”, BNAméricas, recuperado de: [https://www.bnamericas.com/es/noticias/EnCana_cierra_venta_de_activos_por_US\\$1,420mn_a_Andes_Petroleum](https://www.bnamericas.com/es/noticias/EnCana_cierra_venta_de_activos_por_US$1,420mn_a_Andes_Petroleum)

99 Véase: “Ecuador firma mañana convenio con Venezuela”, *Diario La Hora*, Recuperado de: [https://lahora.com.ec/noticia/446139/los-contratos-para-la-venta-de-crudo-a-venezuela-y-para-la-importacion-de-derivados-estancados-listos-en-15-dias-para-la-posibilidad-de-que-la-empresa-petrc3b3leos-de-venezuela-sociedad-anc3b3nima-\(pdvsa\)-refine-crudo-napo-ecuatoriano-extrac3addo-del-bloque-15-quedc3b3mc3a1s-cerca-ayer](https://lahora.com.ec/noticia/446139/los-contratos-para-la-venta-de-crudo-a-venezuela-y-para-la-importacion-de-derivados-estancados-listos-en-15-dias-para-la-posibilidad-de-que-la-empresa-petrc3b3leos-de-venezuela-sociedad-anc3b3nima-(pdvsa)-refine-crudo-napo-ecuatoriano-extrac3addo-del-bloque-15-quedc3b3mc3a1s-cerca-ayer)

A pesar de que el panorama de inversiones tuvo un punto cúspide, el 2006 marcó el comienzo de una larga costumbre de imponer medidas restrictivas a las inversiones y explotación hidrocarburífera. Fue en el año 2006 en el que se publicó la Ley 42, bajo el mandato de Alfredo Palacio. El artículo innumerado primero de dicha ley prescribía:

Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado [...] cuando el precio promedio mensual efectivo de venta [...] de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos.¹⁰⁰ (énfasis añadido).

Como bien se conoce, la publicación de la Ley 42 —y la posterior emisión del Decreto No. 662¹⁰¹— resultarían en complejos arbitrajes de inversiones, los cuales generarían graves repercusiones económicas a Ecuador, reduciendo su atractivo en materia de inversiones. Según artículos periodísticos de 2021, la emisión de la Ley 42 y el antes mencionado Decreto 662 resultarían, a hoy, en US\$ 738 millones de dólares en condenas judiciales y arbitrales¹⁰².

Asimismo, en 2006 Ecuador se retiró de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en 2006¹⁰³, y termi-

100 Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 2006-42, R.O. Suplemento 257, 25 de abril de 2006.

101 Reforma al Reglamento de Aplicación de la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Decreto 662, R.O. No. 193, 18 de octubre de 2007.

102 Véase, “La Ley 42 de Alfredo Palacio y Rafael Correa costó USD 738 millones en litigios”, El Comercio, recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/ley-palacio-correa-millones-litigios-petroleras.html>

103 Véase, “Debilidad e incapacidad acabaron con el TLC”, El Comercio, Recuperado de: <https://www.elcomercio.com/actualidad/mundo/debilidad-e-incapacidad-acabaron-tlc.html>

naría un importante contrato petrolero con Occidental Petroleum Corporation, lo que marcaría el principio de un complejo litigio en contra de la empresa norteamericana. El 2006 sería, por lo tanto, el principio de un declive en la IED en Ecuador¹⁰⁴.

2.2. El Decreto 662 (2007) y su efecto negativo

La IED en Latinoamérica y el Caribe, experimentó un significativo aumento en el año 2007. Así, la CEPAL en su informe anual, comentó:

En 2007 la inversión extranjera directa (IED) que ingresó a América Latina y el Caribe alcanzó niveles sin precedentes, al superar por primera vez los 100.000 millones de dólares [...] El aumento de la inversión fue impulsado sobre todo por la determinación de las empresas transnacionales que buscan nuevos mercados de aprovechar el crecimiento de la demanda local de bienes y servicios y por las empresas que buscan recursos naturales, en un entorno de dinamismo de la demanda mundial¹⁰⁵.

Este aumento, sin embargo, no se presentó en Ecuador. En enero de 2007 asume la presidencia Rafael Correa Delgado, quien impondría un sistema político estatista en Ecuador, implementando políticas expansivas del tamaño del Estado y afectando el clima de IED. En este sentido, Ecuador recibió US\$ 678,5 millones de dólares en IED el año 2007, una cantidad significativamente menor que aquella recibida en 2006¹⁰⁶.

A pesar de esto, Petrobras anunció nuevos proyectos hidrocarbúricos en Ecuador en 2007, y se empezaron a esbozar las primeras colaboraciones con PDVSA para la construcción de una refinería en Manabí, que terminaría siendo la Refinería del Pacífico, proyectos

104 Caso CIADI No. ARB/06/11, Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company c. La República Del Ecuador.

105 CEPAL, La inversión extranjera en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2007), pág. 9.

106 Véase, CEPAL, La inversión extranjera en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2006), pág. 60, "Los ingresos de IED en Ecuador durante 2006 sumaron 2.087 millones de dólares, un 27% más que en el año anterior".

que más adelante no se concretarían y terminarían en arbitrajes o disputas¹⁰⁷.

A finales de 2007, se emitiría el ya mencionado Decreto 662. Este cambiaría lo establecido en la Ley 42, estableciendo: “*En el artículo 2 en lugar de ‘50%’ deberá decir ‘99%’*”¹⁰⁸. Es decir, las contratistas petroleras reconocerían a favor del Estado ecuatoriano una participación de 99% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios del petróleo. Aquello aceleró arbitrajes existentes como aquellos de los casos *Burlington*, *Perenco*, *Repsol*, entre otros¹⁰⁹.

2.3. La primera denuncia de los tratados bilaterales de inversión y las primeras consecuencias del Decreto 662 (2008)

El 2008 fue un año hito respecto de la imagen de inversión extranjera directa en la región. En medio de la crisis económica mundial, Latinoamérica marcó un nuevo récord en la IED, recibiendo US\$ 128.301 millones de dólares en IED. Ecuador no sería la excepción, recibiendo US\$ 974 millones de dólares. La CEPAL indicó que:

En el caso del Ecuador, aproximadamente el 80% del aumento es atribuible al incremento de la inversión en los sectores de transporte, almacenamiento y comunicaciones, impulsado por las inversiones de América Móvil y Telefónica, lo que compensó el descenso en las corrientes de IED en sectores de recursos naturales y otros servicios públicos¹¹⁰.

El panorama de inversiones, sin embargo, no sería todo color de rosas. En febrero de 2008, Ecuador denunció sus primeros

107 CEPAL, *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe* (Organización de las Naciones Unidas, 2007), pág. 70; Véase también Caso CPA No. 2019-15, *WorleyParsons International, Inc. c. la República del Ecuador*.

108 Reforma al Reglamento de Aplicación de la Ley No. 42-2006 Reformativa a la Ley de Hidrocarburos, Decreto 662, R.O. No. 193, 18 de octubre de 2007. Artículo 1.

109 Caso CIADI No. ARB/08/5, *Burlington Resources Inc. c. la República del Ecuador*; Caso CIADI No. ARB/08/6, *Perenco Ecuador Limited c. la República del Ecuador*; Caso CIADI No. ARB/08/10, *Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros. c. la República del Ecuador*.

110 CEPAL, *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe* (Organización de las Naciones Unidas, 2008), pág. 27.

tratados bilaterales de inversión (“**TBI**s”) con Finlandia, Rumania, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay¹¹¹.

Empezarían, también, a visualizarse las primeras consecuencias de la emisión de la Ley 42 y el Decreto 662. Considerando que esta normativa ha expropiado sus inversiones, Perenco Ecuador Limited¹¹², Murphy Exploration and Production Company International¹¹³ y Burlington Resources Inc.¹¹⁴ presentarían en 2008 sus notificaciones de arbitraje de inversiones ante el CIADI. Como se verá más adelante, algunos de estos procesos resultaron no solo en un claro desincentivo a la IED en Ecuador, sino en indemnizaciones millonarias a favor de las inversionistas.

111 Véase, “Ecuador Denuncia TBIs Y Prepara Informe Sobre Arbitraje De Inversión”, CIAR GLOBAL, recuperado de: <https://ciarglobal.com/ecuador-denuncia-tbis-y-prepara-informe-sobre-arbitraje-de-inversion/>

112 Caso CIADI No. ARB/08/6, Perenco Ecuador Limited c. la República del Ecuador. En su laudo, el tribunal arbitral del caso estableció: “P. 1023 (a) Con motivo de los incumplimientos de sus obligaciones emanadas de los Contratos de Participación y del Tratado, la República del Ecuador deberá pagar a Perenco Ecuador Limited la suma de USD 448.820.400,00”. Cabe mencionar que en el arbitraje de Perenco, incluso se dictaron medidas cautelares a favor de la Inversionista. En su decisión sobre las medidas cautelares, el tribunal arbitral estableció: “P. 79. El Tribunal considera que las circunstancias le requieren recomendar, y así lo hace, medidas provisionales que impidan a las Demandadas: (1) demandar que Perenco pague cualquier monto presuntamente adeudado conforme a la Ley 42; (2) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, incluyendo las acciones descritas en las notificaciones del 19 de febrero y de 3 marzo de 2009, para cobrarle a Perenco cualquier monto que las Demandadas reclaman que Perenco o el Consorcio les adeudan conforme a la Ley 42; (3) instituir o continuar cualquier acción, judicial o de otro tipo, en contra de Perenco o cualquiera de sus directivos o empleados que surja de o en conexión con los Contratos de Participación; y (4) unilateralmente modificar, rescindir, dar por terminado o repudiar los Contratos de Participación, o emprender cualquier otra conducta que pueda, directa o indirectamente, afectar o alterar la situación legal bajo los Contratos de Participación, tal y como fue acordado por las partes”.

113 Caso CIADI No. ARB/08/4, Murphy Exploration and Production Company International c. la República del Ecuador.

114 Caso CIADI No. ARB/08/5, Burlington Resources Inc. c. la República del Ecuador. En su laudo, el tribunal arbitral manifestó: “P. 546 Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal Arbitral [...] C. Con respecto a la responsabilidad: 1. Declara que Ecuador violó el Artículo III del Tratado al expropiar de manera ilegítima la inversión de Burlington en los Bloques 7 y 21 a partir del 30 de agosto de 2009”

2.4. Denuncia al CIADI y las crecientes disputas en contra de Ecuador (2009)

El año 2009 siguió recibiendo las consecuencias negativas de la crisis monetaria de 2008. Esto se reflejó en la IED, que —como se mencionó antes— venía en ascenso desde 2004. En su informe anual, la CEPAL comentó: “[l]a caída de la IED fue notoria en cada subregión de América Latina y el Caribe, a pesar de la diferente especialización productiva de cada una de ellas. Las corrientes de IED hacia América del Sur cayeron un 40%, a 54.454 millones de dólares¹¹⁵”.

Ecuador también sufrió esta significativa disminución. En 2009 recibiría US\$ 311,7 como ingresos consecuencia de la IED, casi un tercio de lo recibido el año anterior.

Cabe mencionar que la creciente cantidad de arbitrajes en contra del Estado sería, como menos, notoria en 2009. Para este año, existían al menos nueve arbitrajes de inversiones en contra del Estado ecuatoriano. Notablemente Chevron presentaría su segundo arbitraje en contra de Ecuador, que varios años después terminaría en una indemnización a favor de la inversionista por casi US\$ 100 millones de dólares.

Probablemente a consecuencia de los numerosos arbitrajes, el 2009 marcaría otro hito respecto de la IED en Ecuador con su denuncia a la Convención del CIADI. Esto brindaría una perspectiva de inseguridad a los inversionistas extranjeros, lo que se reflejaría en la inversión de los siguientes años.

2.5. El Código Orgánico de la Producción y un declive en la inversión (2010)

El 2010 marcó un repunte en la IED de la región, y se presentaron datos más favorables en cara a la inversión extranjera. La CEPAL, en su informe anual, comentó:

En 2010 América Latina y el Caribe mostró gran resiliencia frente a la crisis financiera internacional y se convirtió en la región con

115 CEPAL, La inversión extranjera en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2009), pág. 11.

mayor crecimiento, tanto en la recepción como en la emisión de flujos de inversión extranjera directa (IED) a nivel mundial. La llegada de IED aumentó un 40% respecto del año anterior y totalizó 113.000 millones de dólares¹¹⁶.

Ecuador, sin embargo, no gozó de los beneficios de este repunte, presentando tan solo una IED de US\$ 164 millones de dólares, un 49% menos que en 2009. No parece, pues, coincidencia que este año haya entrado en vigor la denuncia a la Convención del CIADI.

En aras de promover la inversión y producción, en diciembre de 2010 se publicó el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (“COPCI”).

2.6. Aumento en la IED, y cinco arbitrajes internacionales más (2011)

En 2011 aumentó la IED en la región, por lo que “*América Latina y el Caribe recibió 153.991 millones de dólares de inversión extranjera directa (IED), un 28% más que en 2010*”. Si bien también aumentó la IED en Ecuador (que recibió ingresos por este concepto por US\$ 568 millones), las consecuencias de actuaciones anteriores se reflejaron en el país, quien recibió notificaciones de disputas en arbitrajes de inversiones por parte de Zamora Gold Corporation¹¹⁷, Murphy Exploration & Production Company (I)I¹¹⁸, Merck Sharpe & Dohme (I.A.) Corporation¹¹⁹ y Copper Mesa Mining Corporation¹²⁰. Se conoce que indemnizaciones millonarias también fueron pagadas en virtud de algunos de estos arbitrajes.

116 CEPAL, La inversión extranjera en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2010), pág. 9.

117 Zamora Gold Corporation c. la República del Ecuador.

118 Caso CPA No. 2012-16, Murphy Exploration & Production Company c. la República del Ecuador.

119 Caso CPA No. 2012-10, Merck Sharpe & Dohme (I.A.) Corporation c. la República del Ecuador.

120 Caso CPA No. 2012-2, Copper Mesa Mining Corporation c. la República del Ecuador.

2.7. Ecuador vuelve a alejarse de los Tratados Bilaterales de Inversión (2017)

Desde 2011 hasta 2016, Ecuador había mantenido una IED promedio de US\$ 797,83 millones de dólares. Después de un periodo con relativa poca variación en la IED, y con pocos hechos que afectaron la inversión extranjera, el 2017 en Ecuador se marcó otro punto de referencia, con la denuncia de doce tratados bilaterales de inversión.

A partir del informe general de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (“CAITISA”), que recomendó la denuncia de los TBI’s¹²¹ que aún quedaban en vigencia, Ecuador terminó los Tratados Bilaterales de Inversión con China, Chile, Venezuela, Países Bajos, Confederación Suiza, Canadá, Argentina, Estados Unidos, España, Perú, Bolivia e Italia¹²².

Así, en un año en el que Ecuador recibió ingresos de US\$ 606 millones de dólares correspondientes a IED, se marcaría otra afectación a la imagen de la inversión extranjera. Esto se vería reflejado en años posteriores, que mostraron una disminución a la IED.

2.8. Nuevas opciones con la Ley Orgánica de Fomento de la Inversión y el Empleo (2018)

Con la entrada de China como un nuevo protagonista en la inversión extranjera, y con crecientes tensiones geo-políticas, el 2018 comienza como un año complejo en cuanto a la inversión extranjera. En su informe, la CEPAL establece:

El escenario económico mundial se fue complejizando en 2018, en un clima de tensión que va más allá de los esfuerzos de los países

121 Véase, “Audit Commission President praises Ecuador’s termination of treaties”, The Transnational Institute, recuperado de: <https://www.tni.org/my/node/23499>

122 Véase, “El Parlamento ecuatoriano denuncia 12 tratados bilaterales de inversion”, *Agencia Efe*, recuperado de <https://www.efe.com/efe/america/portada/el-parlamento-ecuatoriano-denuncia-12-tratados-bilaterales-de-inversion/20000064-3255920>

para reequilibrar su balanza de pagos o promover sectores nacionales afectados por la competencia internacional. Las tensiones entre los Estados Unidos y China, así como con la Unión Europea, no se limitan a la imposición de restricciones comerciales o a un mayor escrutinio de las inversiones por razones de seguridad nacional, sino que de manera creciente están en juego la preocupación por el control de activos estratégicos, el dominio de las tecnologías avanzadas y la política de defensa. Las expectativas de las transnacionales no se orientan hacia una resolución rápida de los conflictos, lo que altera las decisiones en el mediano y largo plazo, y se traduce en que, por un lado, se posterguen o incluso se cancelen inversiones y, por otro, se modifiquen estrategias que afectan la estructura de cadenas globales de valor¹²³ (énfasis añadido).

En particular, Ecuador recibió en 2018 un aumento a la IED, percibiendo US\$ 1.408 millones de dólares en este concepto. Esto puede ser consecuencia de políticas de inversión más favorables, ya que, con el cambio de gobierno a Lenin Moreno, vino la emisión de la Ley Orgánica de Fomento de la Inversión, el Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Notablemente, mejoró el panorama respecto del sistema de resolución de disputas, estableciendo arbitraje obligatorio para los contratos de inversión¹²⁴.

Esta medida obedece a lo establecido por la CEPAL: los inversionistas buscan panoramas más seguros de resolución de disputas en sus inversiones. También se contemplaron exenciones tributarias en la Ley Orgánica de Fomento de la Inversión y el Empleo para las inversiones en aras de incentivar la inversión desde una óptima administración tributaria¹²⁵.

123 CEPAL. La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2019), pág. 11.

124 Ley Orgánica de Fomento de la Inversión, el Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal: "Art. (...) Contratos de inversión. - El estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley".

125 Eiusdem., Art. 26: "Exoneración del impuesto a la renta para las nuevas inversiones productivas en sectores priorizados.- (Reformado por el num. 1 del Art. 52 de la Ley s/n, R.O. 111-S, 31-XII-2019).- Las nuevas inversiones productivas, conforme las definiciones

2.9. El retorno al CIADI: una nueva esperanza para la inversión extranjera (2021).

El año 2021 se presentó con vientos de cambio en Ecuador. La llegada a la presidencia de Guillermo Lasso y la esperanza de un ambiente favorable para la inversión extranjera fue un punto clave para el Ecuador. El primer gran paso para devolver la confianza a los inversionistas extranjeros fue la vuelta al CIADI.

El 21 de junio de 2021, el boletín del CIADI publicó las buenas nuevas. Así, la Secretaria General del CIADI comentó:

Damos la bienvenida a la firma del Convenio del CIADI por parte del Ecuador. La firma de hoy confirma el compromiso del país para fortalecer su clima de inversión. Brindar acceso a un mecanismo imparcial para el arreglo de diferencias reduce el riesgo y brinda mayor confianza a los inversionistas, lo que conduce a la atracción de importantes flujos de inversión y la generación de más oportunidades de desarrollo para todos¹²⁶.

A pesar de que esta noticia fue recibida con opiniones mixtas en los diversos sectores políticos del Ecuador¹²⁷, la ratificación del Convenio CIADI el 16 de julio de 2021, y su posterior deposito en el

establecidas en los literales a) y b) del artículo 13 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, que inicien a partir de la vigencia de la presente Ley, en los sectores priorizados establecidos en el artículo 9.1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, tendrán derecho a la exoneración del impuesto a la renta, por 12 años, contados desde el primer año en el que se generen ingresos atribuibles directa y únicamente a la nueva inversión, y que se encuentren fuera de las jurisdicciones urbanas de los cantones de Quito y Guayaquil. Las inversiones realizadas en estos sectores en las áreas urbanas de Quito y Guayaquil podrán acogerse a la misma exoneración por 8 años. Para sociedades nuevas, así como para aquellas ya existentes, esta exoneración aplicará solo en sociedades que generen empleo neto, para lo cual el Reglamento a esta Ley establecerá las condiciones y procedimientos para la aplicación y verificación de este requisito, en atención al tamaño de las sociedades que quieran acceder al mismo. Las nuevas inversiones productivas que se ejecuten en los sectores priorizados industrial, agroindustrial y agro asociativo, dentro de los cantones de frontera, gozarán de la exoneración prevista en este artículo por 15 años”.

126 Véase, “Ecuador firma el Convenio del CIADI”, CIADI, recuperado en: <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/ecuador-firma-el-convenio-del-ciadi>

127 Véase, “Ecuador vuelve a ratificar la Convención del CIADI. Impacto de la ratificación en Ecuador y en la región”, Cleary Gottlieb, recuperado en: <https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/alert-memos-2021/ecuador-signs-the-icsid-convention.pdf>.

Banco Mundial el 4 de agosto, se llevaron a cabo con éxito. Asimismo, en julio y agosto de 2021 se emitieron los Decretos 95 y 151, que prevén reducciones de costos y buscan mayor eficiencia en el sector minero en Ecuador¹²⁸.

La perspectiva respecto del impacto que pueden tener el reingreso de Ecuador al Convenio CIADI son muy alentadoras. En su informe de 2021, la CEPAL manifestó:

Un aspecto relevante del panorama de inversiones en el Ecuador fue su reincorporación al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Con ello se busca atraer más inversiones al país y fortalecer las relaciones con los socios comerciales. Esta reincorporación se firmó en junio de 2021. El 30 de junio, la Corte Constitucional del Ecuador estableció que no se requiere aprobación legislativa antes de su ratificación. Cabe recordar que, desde la salida del Ecuador en 2009, el CIADI ha fallado en varias ocasiones a favor de empresas multinacionales, particularmente petroleras, con presencia en el país (énfasis añadido).

Ecuador cerró el 2020 con una IED de US\$ 1.190 millones de dólares, y se espera que la entrada de un gobierno favorable a las inversiones, y la nueva apertura a las inversiones extranjeras ayuden a que dichos números sean aún mayores en los años por venir.

3. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA: UNA BREVE COMPARATIVA

Está claro que la IED es un parámetro fundamental del desarrollo económico de los países latinoamericanos. Entonces, ¿cómo está Ecuador en relación a sus vecinos? Una breve comparativa de la IED

128 Véase, Decreto Ejecutivo No. 95 de 13 de julio de 2021, Art. 2 “El sector hidrocarburífero debe ser eficiente, competitivo, sostenible, ambientalmente responsable, basado en la innovación, garantizando la seguridad jurídica y potenciando la inversión nacional y extranjera y las exportaciones”. Véase también, Decreto Ejecutivo No. 151 de 5 de agosto de 2021, Art. 2 “El Estado será el generador y articulador de políticas públicas que impulsen el desarrollo del sector minero, la inversión nacional y extranjera, y el incremento de las exportaciones de productos mineros”.

del 2020 entre los países de la región y Ecuador da luces al camino que queda por recorrer.

Según la CEPAL, el año 2020 fue uno de los años más críticos para la IED en América Latina y el Caribe. Así, comenta:

En 2020 la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) tuvo un fuerte efecto negativo en las inversiones de las empresas transnacionales. En América Latina y el Caribe ingresaron 105.480 millones de dólares por concepto de inversión extranjera directa (IED), lo que representa unos 56.000 millones de dólares menos que en 2019. De esta forma, en 2020 se alcanzó el valor más bajo de la última década, y el descenso interanual solo es comparable al de 2009, cuando las entradas se redujeron un 37,1%, producto de la crisis financiera internacional¹²⁹ (énfasis añadido).

Pese al complejo panorama para la IED en 2020, Ecuador fue uno de los cinco países que recibieron más capitales extranjeros en 2020 en comparación a 2019¹³⁰. Sin perjuicio de esto, la IED de Ecuador es muy inferior a comparación de los demás países de la región. Esto puede evidenciarse en la siguiente matriz, en la que se realiza especial énfasis en la comparación entre Ecuador y Chile¹³¹:

129 CEPAL. La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2021), pág. 11.

130 Ibidem.

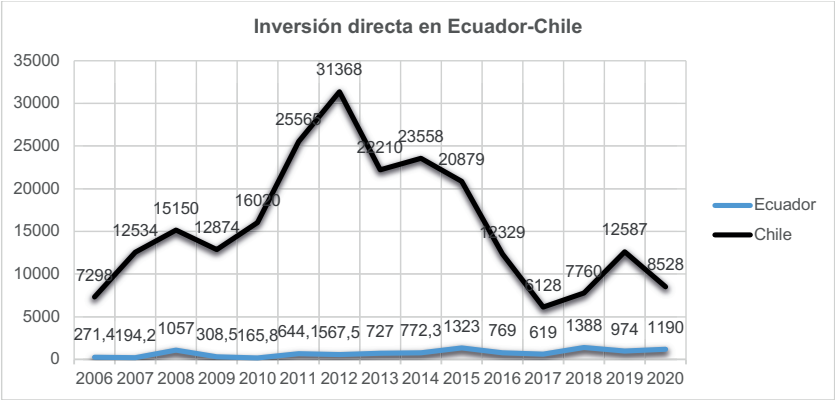
131 CEPAL. La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2019), pág. 27.

América Latina y el Caribe: entradas de inversión extranjera directa (IED), por país receptor y subregión, 2005-2020
(En millones de dólares)

País	2005-2009 ^a	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	Diferencia absoluta 2020-2019	Diferencia relativa 2020-2019 (en porcentajes)
América del Sur	68 302	129 761	171 492	182 615	139 669	141 334	123 042	112 535	111 712	120 949	113 380	67 505	-45 815	-40.4
Argentina	6 204	11 333	10 840	15 324	9 822	5 665	11 759	3 260	11 517	11 717	6 663	4 019	-2 644	-39.7
Bolivia (Estado Plurinacional de)	259	643	659	1 060	1 750	657	555	335	712	302	-217	-1 097	-881	-406.6
Brasil	32 321	82 300	102 427	92 588	75 211	87 114	64 738	74 295	68 885	78 163	69 174	44 651	-24 513	-35.4
Chile	12 170	16 020	15 535	31 368	22 210	23 535	20 815	22 376	23 729	27 760	22 367	8 528	-4 059	-32.7
Colombia	8 864	6 430	14 647	15 040	16 210	16 169	11 774	13 648	13 837	11 535	14 113	8 100	-6 214	-43.4
Ecuador	4 855	1 686	546	567	722	772	323	749	625	1 388	1 388	1 139	-216	-22.1
Paraguay	137	462	581	697	245	412	308	425	576	458	522	568	46	8.8
Perú	4 978	8 455	7 682	13 622	9 826	3 330	8 314	6 739	6 860	6 967	8 055	982	-7 074	-87.8
Uruguay	1 461	2 289	2 504	6 394	987	4 085	2 673	-520	2 640	1 773	1 307	614	-663	-53.0
Venezuela (República Bolivariana de)	1 403	1 574	5 740	5 973	2 680	-1 028	769	1 068	-68	886	...	...	...	...
México	25 742	30 477	23 035	18 207	50 791	28 631	35 789	38 861	33 122	37 676	29 424	31 365	1 941	6.6
Centroamérica	5 796	6 161	9 254	9 246	10 841	12 231	11 924	11 864	10 897	12 526	11 671	1 237	-10 434	-89.4
Costa Rica	1 584	1 907	2 733	2 696	3 205	3 342	2 956	2 620	2 925	3 015	2 719	2 103	-616	-22.7
El Salvador	662	-226	218	466	179	306	396	348	889	826	636	201	-435	-68.4
Guatemala	621	658	1 219	1 270	1 479	1 442	1 231	1 174	1 130	981	975	915	-60	-6.1
Honduras	742	969	1 014	1 059	1 069	1 104	1 317	1 147	941	1 380	947	224	-723	-76.3
Nicaragua	394	490	936	776	965	1 077	967	989	1 035	838	503	182	-321	-63.8
Panamá	1 782	2 363	3 132	2 980	3 943	4 459	5 058	5 585	3 977	5 487	5 891	-2 388	-8 280	-140.5
El Caribe^b	6 598	5 129	5 372	4 576	4 403	8 773	5 676	5 946	6 466	5 861	7 189	5 312	-1 822	-25.5
Antigua y Barbuda	237	101	68	138	101	46	114	97	155	205	96	22	-74	-76.8
Bahamas	1 265	1 097	1 409	1 034	1 590	3 551	713	1 260	901	947	611	897	286	46.8
Barbados	416	446	456	527	118	592	418	269	206	242	215	262	47	21.7
Belize	131	97	95	189	95	153	65	44	24	118	94	76	-18	-18.9
Brasil	45	43	35	59	25	12	7	42	22	77	59	25	-34	-57.6
Granada	117	64	45	34	114	107	156	110	156	176	215	146	-69	-32.1
Guyana	135	198	247	294	214	255	122	58	212	119	1 712	1 044	-669	-38.1
Haití	69	188	114	174	159	94	104	93	365	105	55	...	...	...
Jamaica	862	228	218	413	545	582	925	928	869	775	665	325	-340	-51.1
República Dominicana	1 782	2 024	2 277	3 142	1 991	2 209	2 205	2 407	3 571	2 535	3 021	2 554	-467	-30.2
Saint Kitts y Nevis	136	119	112	110	139	157	128	121	48	34	64	47	-17	-26.3
San Vicente y las Granadinas	108	97	86	115	160	124	124	80	163	42	82	73	-9	-11.1
Santa Lucía	183	127	100	78	95	65	152	162	49	57	30	15	-16	-51.1
Suriname	-141	-248	70	174	188	164	267	300	96	131	84	1	-83	-98.0
Trinidad y Tabago	1 222	549	41	-1 904	-1 130	661	177	-24	-471	-700	184	-175	-359	-195.2
Total^c	106 437	171 528	209 953	214 644	205 704	198 969	176 430	169 207	162 137	177 012	161 664	105 480	-56 130	-34.7

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de Fondo Monetario Internacional (FMI), *Manual de Balanza de Pagos y Posición de Inversión Internacional*; Sexta Edición (MBP6), Washington, D.C., 2003; y cifras y estimaciones oficiales al 27 de julio de 2021.

El promedio de los montos netos recibidos por concepto de IED en Ecuador desde el año 2006 al 2021 es de US\$ 799,92 millones de dólares, mientras que los montos recibidos por concepto de IED en Chile promedian US\$ 16.592,58 millones de dólares. Es decir, en promedio Chile recibe un 95,17% más de ingresos por IED que Ecuador. Esto se da a pesar de que solo en comparación a los últimos dos años, Chile ha disminuido sus ingresos por IED en US\$ 4.059,00 millones de dólares, mientras que Ecuador aumentó su inversión en US\$ 216,00¹³². Gráficamente, esta diferencia se presenta de la siguiente manera:



Es pertinente también mostrar la incidencia que tiene la IED en el Producto Interno Bruto (“**PIB**”) de Ecuador y Chile. Así, la CEPAL recoge los siguientes datos respecto del PIB de ambos países¹³³:

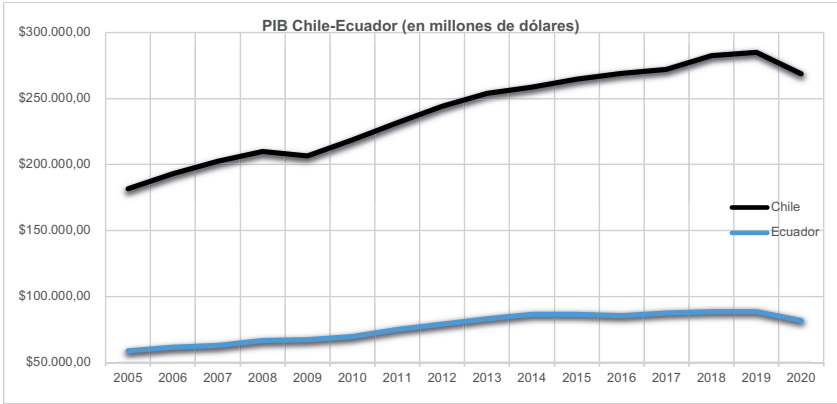
Año	PIB total anual a precios constantes en dólares	
	Chile	Ecuador
2006	US\$ 193.127,6	US\$ 61.468,92
2007	US\$ 202.601,2	US\$ 62.815,13

132 CEPAL. La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe (Organización de las Naciones Unidas, 2019), pág. 27.

133 CEPAL, CEPALSTAT. Producto interno bruto (PIB) total anual a precios constantes en dólares. Estimaciones propias con base en fuentes oficiales.

2008	US\$ 209.752,1	US\$ 66.808,37
2009	US\$ 206.471,0	US\$ 67.186,83
2010	US\$ 218.537,6	US\$ 69.555,37
2011	US\$ 231.892,2	US\$ 75.028,08
2012	US\$ 244.225,7	US\$ 79.261,14
2013	US\$ 254.104,6	US\$ 83.181,80
2014	US\$ 258.594,0	US\$ 86.333,45
2015	US\$ 264.551,4	US\$ 86.418,81
2016	US\$ 269.078,1	US\$ 85.358,98
2017	US\$ 272.265,5	US\$ 87.380,61
2018	US\$ 282.377,0	US\$ 88.507,20
2019	US\$ 285.037,0	US\$ 88.517,92
2020	US\$ 268.586,1	US\$ 81.657,67

Como puede verse, en este ámbito Ecuador también está por detrás de Chile. Ecuador tiene un promedio de US\$ 77.965,35 millones de PIB, mientras que Chile presenta un promedio de US\$ 244.080,09. Gráficamente, esto se representa de la siguiente manera:



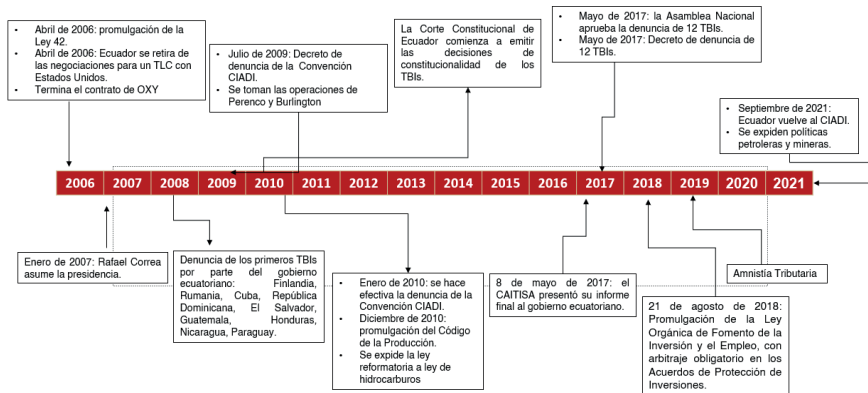
Tomando estos datos, en promedio, la IED representa el 6,8% del PIB de Chile, mientras representa tan solo un 1,02% en Ecuador. Es

por demás evidente, pues, que existe una diferencia significativa entre ambos países. Ecuador, aunque está encaminándose a un ambiente de inversión más amigable, tiene camino por recorrer.

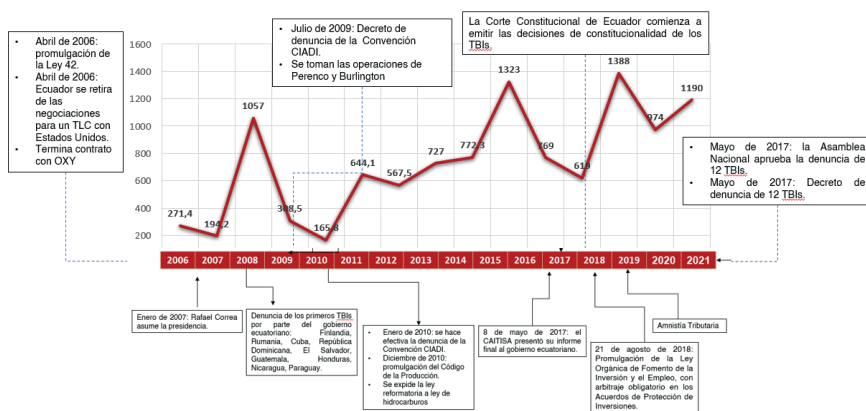
4. CONCLUSIONES: POCAS COINCIDENCIAS Y MUCHO POR HACER

La variación de la inversión extranjera directa en el Ecuador tiene poco de coincidencia. Un análisis empírico breve, como el realizado antes, evidencia una cosa: mientras mayores sean las restricciones, más expropiatoria parece la conducta del país en cuanto a sus inversionistas. La demostración de la variabilidad de la inversión extranjera directa en Ecuador puede evidenciarse, quizá con mayor facilidad, de manera gráfica.

Así, en aras de simplificar el análisis realizado antes, los principales hechos que afectaron la IED en Ecuador se presentan en la siguiente línea de tiempo:



Ahora, comparemos los hechos con la variación en la inversión extranjera directa en cada año:



Lo anterior es poca coincidencia. Mantener una política de inversión irresponsable tiene graves consecuencias económicas en un Estado, y está dentro de los mejores intereses del Estado ecuatoriano tener un ambiente de inversiones seguro y estable, que no desaliente al inversionista a emprender sus inversiones en el país. En un nuevo Ecuador, atraer la inversión extranjera es un gran punto de inicio.

El reingreso al CIADI y los decretos 95 y 151 son noticias emocionantes, que, en conjunto con políticas públicas estables, pueden llevar a la inversión extranjera directa a mejores puertos. Así, se ha mencionado que: *“El regreso de Ecuador al Convenio del CIADI permitirá al país reincorporarse a la comunidad internacional de inversores, y es probable que sea de gran valor para la reactivación de la economía tras la pandemia del COVID-19¹³⁴”* (traducción libre).

134 Daniela Páez Salgado, Emily Westphalen, “Ecuador Signs the ICSID Convention: Next Steps for Entry Into Force”, 30 de junio de 2021, Kluwer Arbitration Blog, recuperado de: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/06/30/ecuador-signs-the-icsid-convention-next-steps-for-entry-into-force/> [“Ecuador’s return to the ICSID Convention will allow the country to re-enter the international investment community, and is likely to be of great value for the restarting of the economy after the COVID-19 pandemic”].

La reincorporación al CIADI como método para atraer inversión ha sido analizado por Gustavo Prieto, que manifiesta:

Este giro de 180 grados [respecto de las nuevas políticas favorables al reingreso al CIADI] puede explicarse [...] [ya que] hubo un menor flujo de inversiones que llegaron a Ecuador durante el período de desvinculación con el régimen [del CIADI] (2006 a 2017). Durante la década anterior, en comparación incluso con otras economías más pequeñas de la región [...] la inversión extranjera directa (IED) que llegó a Ecuador representó solo el 0,5% del total de la inversión en Sudamérica. También fue una cantidad considerablemente menor que la de sus dos vecinos, Perú y Colombia, cuyas economías superaron ampliamente a la de Ecuador durante este período. Si bien esta reducción de las entradas de IED pudo haber sido influenciada por muchos factores, la reincorporación a la adjudicación internacional fue percibida por los dos últimos presidentes ecuatorianos como una forma útil de revertir esta tendencia negativa [...] En este contexto, Ecuador firmó el Convenio del CIADI hace unos días. Esto constituye el primer paso concreto para revertir su estrategia. Además, la Corte Constitucional decidió recientemente que esta adhesión entraba en el ámbito de los tratados que el Presidente podía firmar y ratificar sin la aprobación de la Asamblea Nacional. Determinó que el CIADI, como tal, no confiere competencias propias del ordenamiento jurídico interno a un organismo internacional, tal y como establece la Constitución. Sin embargo, el Tribunal aún no se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 422, que sigue pendiente¹³⁵ (traducción libre).

135 Gustavo Prieto, "Ecuador returns to the ICSID Convention: A brief assessment of its decade-long international investment law 'exit strategy'", 19 de julio de 2021, EJIL: Talk!, recuperado de: <https://www.ejiltalk.org/ecuador-returns-to-the-icsid-convention-a-brief-assessment-of-its-decade-long-international-investment-law-exit-strategy/> ["This 180-degree turn can be explained in part by two developments: first, there was a reduced flow of investments coming into Ecuador during the period of disengagement with the regime (2006 to 2017). Over the previous decade compared even to other smaller economies in the region. According to data released by UNCTAD [...] foreign direct investment (FDI) arriving in Ecuador represented only 0.5% of total investment in South America. This was also a considerably smaller amount than that of its two neighbors, Peru and Colombia, whose economies greatly outperformed that of Ecuador during this period. While this reduction of FDI inflows might have been influenced by many factors, re-engagement with

La inversión extranjera directa, y la decisión de Ecuador de volver al CIADI también fue analizada por Robert G. Volterra, que en su artículo “Ecuador: Back To The Future - Ecuador (re-)signs The ICSID Convention...” comenta:

La decisión de Ecuador se produce aproximadamente una década después de que denunciara el Convenio del CIADI y pusiera fin a la mayoría de sus tratados de protección de inversiones. Representa un giro radical respecto a las políticas de los gobiernos anteriores, que habían desestimado los tratados de inversión y el arbitraje internacional de disputas de inversión por considerarlos onerosos e innecesarios para atraer inversiones [...] Como resultado, desde entonces y a pesar de varias iniciativas bien publicitadas por los sucesivos gobiernos para interesar a los inversores extranjeros en su país, Ecuador ha experimentado una sequía de inversión extranjera directa. Los diversos intentos de Ecuador desde 2009 para contrarrestar los efectos negativos de su decisión de situarse fuera de la norma mundial de los tratados de protección de inversiones y del arbitraje internacional entre inversores y Estados han sido espectacularmente infructuosos. Sus intentos de mejorar el marco legislativo ecuatoriano y hacerlo más atractivo para los inversores extranjeros fracasaron repetidamente a la hora de ofrecer protección frente a los riesgos soberanos asociados a los proyectos a largo plazo y de gran intensidad de capital¹³⁶ (traducción libre).

international adjudication was perceived by the last two Ecuadorian presidents [...] as a helpful way to reverse this negative trend [...] In this context, Ecuador signed the ICSID Convention a few days ago. This constitutes the first concrete step towards reversing its strategy. Furthermore, the Constitutional Court recently decided that this accession fell within the scope of treaties that the President could sign and ratify without the approval of the National Assembly. It determined that the ICSID as such does not in itself confer competences inherent to the domestic legal system to an international body as established by the Constitution. However, the Court has not yet taken a position on the interpretation of Article 422, which is still pending”].

- 136 Robert G. Volterra, Ricardo Gerhard Tuma, “Ecuador: Back To The Future – Ecuador (re-)signs The ICSID Convention, Admitting The Failure Of Its Policy Of Trying To Attract Foreign Investment Whilst Simultaneously Rejecting Investment Treaties And International Arbitration”, 6 de Agosto de 2021, Mondaq, recuperado de: <https://www.mondaq.com/arbitration-dispute-resolution/1099594/back-to-the-future-ecuador-re-signs-the-icsid-convention-admitting-the-failure-of-its-policy-of-trying-to-attract-foreign-investment-while-simultaneously-rejecting-investment-treaties-and-international-arbitration>.

Como se puede evidenciar, queda trabajo por hacer. El reingreso al CIADI es un inicio para una política de inversión estable. Ecuador debe limpiar su imagen para nuevos y viejos inversionistas extranjeros, que pretenden encontrar en Ecuador un buen ambiente de inversión. Para esto, Ecuador debe aprender de los errores: las medidas arbitrarias, expropiatorias y el desconocimiento de las inversiones y de los derechos de los inversionistas no es la respuesta para un mundo que tiene más y más necesidad de cooperación entre inversionistas y Estados. Más aún, aquellas medidas, como se puede ver de este análisis empírico, solo afectan al propio Ecuador. El reto del país es dejar aquella recurrente actitud hobbesiana.

[“Ecuador’s decision comes approximately a decade after Ecuador denounced the ICSID Convention and terminated most of its investment protection treaties. It represents a dramatic volte-face from the policies of previous governments, which had dismissed investment treaties and international arbitration of investment disputes as being onerous and unnecessary to attract investment [...] As a result, ever since and despite several well-publicised initiatives by successive governments to interest foreign investors in their country, Ecuador has experienced a drought of foreign direct investment. Ecuador’s various attempts since 2009 to counter the negative effects of its decision to situate itself outside the global norm of investment protection treaties and international investor-State arbitration have been spectacularly unsuccessful. Its attempts to enhance the Ecuadorian legislative framework and make it more appealing to foreign investors repeatedly failed to provide protections from sovereign risks associated with long-term and capital intensive projects”].

REFLEXIONES SOBRE LA ADHESIÓN DEL ECUADOR AL CIADI

Centro Interamericano de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Ana María Larrea de Ortiz¹³⁷

Resumen

El Gobierno ecuatoriano del presidente Guillermo Lasso, suscribió, el 21 de junio de 2021, un instrumento de adhesión de Ecuador al CIADI, acto realizado menos de un mes después de asumir el cargo, evidenciando así, de manera decisiva y coherente, la intención reinserir al Ecuador en el contexto económico internacional; y la vocación de ser juzgados de forma independiente, para atraer así inversiones extranjeras que ayuden a concretar las aspiraciones de desarrollo y crecimiento económico.

Tal suscripción ha generado amplia polémica y debate, y es objetivo de este artículo presentar información objetiva sobre el CIADI; analizar el alcance de tal adhesión, desmitificar ciertas ideas preconcebidas sobre el tema, y las razones por las que Ecuador resultó recientemente condenado; y luego abordar decisión emitida por la Corte Constitucional del Ecuador y la posibilidad de celebrar Tratados Bilaterales de Inversión.

Abstract

The Ecuadorian Government of President Guillermo Lasso, signed, on June 21, 2021, an instrument of accession of Ecuador to ICSID, an act carried out

¹³⁷ Directora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil; Directora del Capítulo Guayaquil del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje; árbitro del CIAC Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

less than a month after taking office, thus evidencing, in a decisive and coherent manner, the intention to reinsert Ecuador in the economic international context; the vocation to be judged independently, and therefore attract foreign investment that will contribute to realize the aspirations for development and economic growth.

Such subscription has generated wide controversy and debate, and the objective of this article is to present clear information about ICSID, analyze the scope of such adhesion, demystify certain preconceived ideas on the subject and the reasons why Ecuador was recently condemned, providing some context on such ICSID decisions; mention the opinion issued by the Constitutional Court of Ecuador, and the possibility of further celebration of Investment Bilateral Treatys.

1. INTRODUCCIÓN

A la luz de la incorporación del Ecuador, que ya había sido parte del CIADI desde 1986 hasta el 2009, en que el tratado fuera denunciado por el ex Presidente Rafael Correa, ha surgido un importante debate entre sectores ideológicamente divergentes, respecto a la conveniencia o no de dicha suscripción, que se afirma, conllevaría inminentes condenas en contra del estado. También se ha alegado la inconstitucionalidad del otorgamiento del acto de adhesión al tratado, sin haber contado con la autorización previa de la Asamblea Nacional, y la inconstitucionalidad de cualquier tratado, e inclusive contratos, que contengan una cláusula de resolución de disputas ante el CIADI.

Los críticos sostienen que el sistema está inclinado a la protección de la inversión extranjera, en otras palabras, a la protección del capital por sobre los derechos de los estados y sus habitantes, siendo por obvias razones, los sectores menos favorecidos de la sociedad quienes más necesitan acceder a las prestaciones que el estado otorga, por lo que deben evitarse a toda costa procesos que puedan provocar responsabilidades contra los estados. Adicional a lo anterior, las críticas también apuntan a los Tratados de Libre Comercio o Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones¹³⁸, en cuanto que

¹³⁸ Ghiotto Luciana y Pascual Rodrigo, "El Ciadi y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas", (Pascual, 2008) [http://isds.bilaterals.org/IMG/pdf/ghiotto_y_pascual_sobre_ciadi_\(para_difundir\).pdf](http://isds.bilaterals.org/IMG/pdf/ghiotto_y_pascual_sobre_ciadi_(para_difundir).pdf)

estos, a decir de los críticos, protegen al inversionista hasta de riesgos de guerra o desórdenes civiles; no prevén la transferencia tecnológica de los inversionistas hacia los estados; no exigen la contratación de fuerza laboral local. En síntesis, los críticos ubicados en una línea clara de pensamiento, asimilan “el trato justo y equitativo” una protección plena del capital.

Conviene analizar objetivamente la información disponible sobre el CIADI a la que tenemos acceso, a fin de contrastar si efectivamente se trata de un foro abiertamente pro empresas, o si por el contrario, se trata de un sistema que ofrece garantías de transparencia, neutralidad y respeto al derecho aplicable, en el que prevalece quien está asistido de razón.

2. ANTECEDENTES

El CIADI fue creado en 1966, con la suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1966 por parte de 20 países. Hacia el 2006 ya eran 143 países quienes habían ratificado el tratado de constitución, y en la actualidad son 164 países los que lo han incorporado a su ordenamiento interno, esto es alrededor del 84% de los países reconocidos mundialmente¹³⁹, siendo el tratado internacional más exitoso, en términos de adhesiones después de la Convención de Nueva York y la que creó la Organización de las Naciones Unidas.

Es decir que no se trata de un club de países ricos que someten a otros, sino de una institución de la que forman parte la mayoría absoluta de los países del mundo, que buscan fomentar y atraer las inversiones entre sí, fortaleciendo la confianza en el proceso de resolución de disputas. En ese dato objetivo radica también la fuerza de este convenio y su marco normativo.

Durante la década de los ochenta, la mayor parte de los países de América Latina vivió un periodo de aplicación de políticas de

139 <https://icsid.worldbank.org>

regulación estatal, proteccionismo comercial y financiamiento externo; lo que significó déficit público, mercados financieros reprimidos, mercados cambiarios artificialmente controlados y cerrados a la competencia mundial, restricciones a la inversión extranjera y empresas estatales ineficientes. Sin embargo, tras sortear exitosamente la crisis financiera, la tendencia de los flujos anuales de inversión hacia América Latina cambió significativamente a finales de los noventa, sin perjuicio de diferencias significativas entre países de la región.¹⁴⁰

Esa situación motivó que países europeos, con España de líder, se convirtieran en importantes inversores de la región, desempeñando un rol destacado en el desarrollo económico, tecnológico y social, como evidencian los resultados positivos que ha experimentado la mayoría de países de América Latina¹⁴¹. A su vez, para las empresas europeas han encontrado en el mercado latinoamericano una salida para el estancamiento de la demanda interna en sus propios países. Por lo que se puede concluir que el desarrollo ha sido positivo para ambas partes.¹⁴²

Sostiene la autora que ha sido un elemento clave de este proceso los acuerdos comerciales entre países y los Tratados Bilaterales de Inversión, que han servido tanto para establecer mecanismos de solución de las controversias que surgieron, siendo el CIADI la institución de referencia para la administración de los arbitrajes entre partes.

La creación del CIADI tuvo por objeto promover las inversiones internacionales como complemento sustancial para el desarrollo económico y social. Para ello, teniendo en cuenta la fragilidad de los sistemas judiciales en la mayor parte de países en desarrollo, se consideró necesario crear un foro

140 Kuczynski Godard, PP y Williamson J, Después del Consenso de Washington: Relanzando el Crecimiento y las Reformas en América Latina, citado por Sarela Enríquez Perales, en "Las Empresas Europeas y el Arbitraje Internacional ante el CIADI: El caso de América Latina, Revista de Estudios Europeos no. 75, 2020.

141 Informe de la CEPAL sobre inversión extranjera directa 2018, Santiago, Secretaría de las Naciones Unidas 2018, sostiene que al 2017, el 41% de la inversión extranjera directa en AL es europea, y el 29% de este porcentaje española, 16% alemana, 13% del Reino Unido, 12% Italiana y 11% francesa.

142 Sarela Enríquez Perales, ob citada.

*competente e imparcial en el que se pudieran ventilar las disputas relativas a la inversión extranjera.*¹⁴³ Se creó entonces como un sistema diseñado para la conciliación y el arbitraje de las disputas que surjan directamente entre un estado contratante y el nacional de otro estado.

Uno de los objetivos de la creación del Banco Mundial fue motivar el flujo de inversiones y recursos de los países ricos hacia los países en desarrollo, mediante inversión extranjera, con lo cual, paralelamente se interesó en la promoción de este centro de administración de arbitrajes internacionales sobre inversión, del que forman parte los estados, y que se gobierna por un Consejo Administrativo en el que están representados los países, quienes a su vez pueden designar 4 árbitros, que a posteriori conforman la lista de árbitros disponibles para actuar en la solución de las controversias. Es decir, se trata de una organización conformada por países, que, si bien en sus orígenes estaba muy vinculada al Banco Mundial, en los más de 50 años de vida institucional se ha consolidado, y logrado autonomía financiera y administrativa, lo que lo fortalece institucionalmente.

El Convenio de Washington, además de crear el CIADI, introdujo un esquema integral y autosuficiente para la resolución de controversias y arbitraje para las disputas entre inversores internacionales y estados receptores. Cabe recordar que, durante muchos años primó la tesis que los conflictos entre un estado y un particular de otro estado, no eran conflictos internacionales y en consecuencia el foro competente eran los jueces del país anfitrión de la inversión. Con el aumento de las inversiones aumentaron los conflictos, y resultó que algunos conflictos comerciales terminaban en conflictos diplomáticos; no siendo deseable esto último, se pensó en otra vía intermedia que es la que existe desde 1966, limando la desconfianza de los inversionistas en cuanto que las cortes locales no serían neutrales o imparciales¹⁴⁴.

143 Roberto Dañino Zapata, "El CIADI 40 años después", Revista Jurídica Themis no. 53.

144 Hernán Pérez Loose, Adhesión del Ecuador al CIADI, organizado por el CAC CCG, julio 2021.

3. ALGUNAS PRECISIONES ESTADÍSTICAS DEL CIADI

Anualmente el CIADI recibe alrededor de 50 casos, según estadística de los últimos 5 años; sin embargo durante la década de los 90 eran menos de diez casos anuales. En el 2000, alrededor de 40. Los países más demandados son Argentina, Venezuela e India, producto de situaciones políticas conyunturales. El 30% de los casos que se discuten en el CIADI provienen de Latinoamérica. Los sectores involucrados petróleo, gas, minería; construcción, electricidad que son precisamente los sectores mas necesitados de inversión para el desarrollo.

El 65% de los casos obtienen una decisión del CIADI, y el porcentaje restante concluyen por inhibición del tribunal, retiro de la demanda y acuerdo voluntario de las partes. El 20% de las decisiones de todos los casos presentados ante el CIADI concluyen con una decisión contraria al estado.

En cuanto a la nacionalidad de los árbitros, Europa concentra el 41% de los árbitros; américa del norte, incluyendo México, tiene el 20% y Latinoamérica representa el 20% restante, es decir que es un jugador importante en el sistema, y de ahí lo positivo de incorporarnos a un esquema representativo, de acuerdo a los estándares del mundo.¹⁴⁵

4. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EXPERIENCIAS ECUATORIANAS ANTE EL CIADI

El CIADI ha estado muy presente en las noticias e información desde hace algunos años, a raíz de casos en los que el Ecuador obtuvo decisiones desfavorables a sus intereses. Puntualmente ciertos inversionistas en el área del petróleo se vieron afectados por la expedición de la ley no. 42, expedida en el 2006, durante el gobierno de Alfredo Palacios, que alteraba sustancialmente las condiciones contractuales vigentes a esa fecha. La realidad era que el petróleo experimentaba precios inusualmente altos a nivel internacional, y esto, si bien

¹⁴⁵ Torres Bejarano, Marcelo, Seminario sobre Incorporación del Ecuador al CIADI, organizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, julio del 2021.

también beneficiaba al Ecuador, lo hacía en una proporción inferior al beneficio que obtenían los inversionistas. Ecuador, en lugar de intentar la vía del diálogo, que si bien originalmente pudo generar resistencia en las compañías, que invocaban el principio de *pacta sunt servanda*, optó por expedir la ley, la que estuvo vigente por 18 meses, hasta que el gobierno de Rafael Correa, expidió el Decreto Ejecutivo No. 662, que elevó el porcentaje de participación del estado al 99%.

Según la Procuraduría General del Estado, Ecuador afrontó cuatro demandas por esas normas, aunque no todas se concretaron, es el caso de Repsol, que terminó renegociando su contrato. Las que demandaron fueron Perenco, Burlington y Murphy, y el estado ecuatoriano, en total ha sido condenado a pagar \$738 millones de dólares, sobre pretensiones iniciales totales por sobre US\$3.575 MM¹⁴⁶. De ese monto solo está pendiente de pago US\$374,3 millones que corresponden a reciente fallo a favor de la compañía Perenco, sobre el cual conviene detenerse un poco.

La francesa Perenco, si bien inicialmente estaba renuente a aceptar los cambios contractuales que ocasionó la ley 42, que preveía la posibilidad de vía reglamento, modificar dicho porcentaje a favor del estado, había entrado en negociaciones para modificar su contrato, que no preveía tales incrementos en el precio de petróleo, estimado en niveles de 15 a 17 dólares por barril para mantener el equilibrio en la ecuación económica financiera, y este excedente inusual no había sido previsto, terminó aceptado por escrito renegociar en los términos requeridos por el estado, lo cual consta en el expediente arbitral, en un proceso negociatorio que duró meses. Si embargo, como explicó Hernán Pérez Loose¹⁴⁷, el día anterior a la firma del contrato, se expidió el decreto ejecutivo 662 que modificaba el porcentaje a favor del estado en el 99%. Como es lógico, la compañía se sintió burlada, cerró operaciones, se fue del país y presentó su demanda, que al cabo de

146 Orozco Mónica y Pachecho Mayra, Diario El Comercio, 3 de junio del 2021, Sección Actualidad.

147 Pérez Loose, Hernán, webinar Incorporación del Ecuador al CIADI, CAC – CCG, 30 de junio del 2021.

varios años concluyó con la sentencia mencionada, y obtuvo sentencia por el monto indicado.

Cabe destacar que en ambos casos, tanto el de Burlington como el de Perenco, las petroleras fueron condenadas a resarcir al país por daños ambientales en un total US\$96MM, lo que, como cita Álvaro Galindo, especialista en arbitrajes internacionales de inversiones, es un primer precedente realmente destacable en beneficio del Ecuador, que un tribunal arbitral haya aceptado reconversiones en materia de daños ambientales, redujo significativamente el monto a pagar por el estado. Y citar que en el caso de la petrolera Burlington, se declaró que la ley 42 no era en sí misma expropiatoria. Es otro precedente valioso, pues finalmente termina aceptando argumentos del país en cuanto al derecho a participar en beneficios extraordinarios, aunque no hayan sido previstos contractualmente. Si bien se declaró imputable al Ecuador la terminación unilateral y anticipada del contrato, por razones acreditadas en el proceso, era previsible un escenario más complejo para el país, dada la arbitrariedad que implicó el decreto ejecutivo 662.

5. Características del sistema arbitral creado por el Tratado de Washington

Uno de los aspectos salientes es ser un sistema internacional y *autocontenido*, que se asienta exclusivamente en tratados, reglas y reglamentos adoptados con fundamento en el Convenio de Washington, por lo que no está supeditado a reglas adicionales a las contempladas en tal tratado. A la fecha, varios reglamentos dictados en cumplimiento del Convenio de Washington están vigentes, a saber¹⁴⁸: Reglamento de Iniciación de Arbitraje, Reglamento de Arbitraje (mecanismo complementario), Reglamento de Conciliación (mecanismo complementario), Reglamento de Comprobación de Hechos (mecanismo complementario) y Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. Las descritas son las reglas procesales.

148 <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas>

Otra característica relevante, destacada por Dañino Zapata, es que el inversionista que acude al CIADI, lo hace en representación propia, sin intervención o asistencia diplomática de su estado, lo que supone una protección para el estado anfitrión en cuanto no se ve expuesto a hacer frente a presiones políticas. Por el contrario, el convenio prohíbe al estado del cual es nacional el inversionista involucrarse en la disputa o presentar un reclamo internacional, salvo el caso que el estado parte en la diferencia decida desacatar el laudo.

Otra de sus peculiaridades es que el CIADI es una jurisdicción especializada, cuya competencia está circunscrita a controversias de orden público relativas a inversiones. Si bien el concepto de inversión no se encuentra definido en el convenio, lo que ha brindado cierta flexibilidad a los tribunales para determinar su competencia, se han ido delimitando en el transcurso de los años, mediante pronunciamientos de los tribunales, algunos criterios objetivos en cuanto a lo que se entiende por inversión, entre estos: *existencia de un riesgo, búsqueda de lucro o ganancia, una mínima duración temporal de la operación, una contribución o aporte al desarrollo del país receptor*.

El sistema se funda sobre la base del consentimiento de las partes involucradas en la disputa, el que no se da por la mera suscripción del convenio CIADI, si no por un acto posterior, que una vez otorgado no puede retirarse de forma unilateral. El arbitraje ante el CIADI prescinde casi por completo de los órganos judiciales de los estados contratantes, pues según determina el Convenio de Washington, el consentimiento para el arbitraje excluye acciones jurisdiccionales, pues los laudos son inapelables y no pueden ser revisados por cortes locales.

La única intervención de los estados se da para la ejecución de los laudos, sin que se requiera el exequátur, en razón de lo previsto en el art. 54.1 del Convenio. Los estados contratantes aceptan los efectos vinculantes de los laudos expedidos por el CIADI, asimilándolos a sentencias definitivas emanadas de Cortes locales.

El Convenio de Washington no produce como efecto inmediato, el sometimiento a arbitraje o conciliación ante el CIADI, si no que este requiere un consentimiento expresado en uno cualquiera de los instrumentos jurídicos para la protección de inversiones, que se mencionan a continuación.

6. INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Tradicionalmente, los instrumentos jurídicos a través de los cuales se han estructurado las relaciones internacionales de inversión son: el desarrollo de la legislación interna, los tratados de libre comercio, los tratados bilaterales de inversión y los contratos de estabilización.

Legislación interna

Los estados han venido promulgando leyes que tienen como objetivo incrementar la captación de inversión, a través de un marco jurídico previsible y que contemple principios y garantías tendentes a asegurar al inversor extranjero condiciones idóneas para el desarrollo de su inversión, mediante trato justo y equitativo. Los ejemplos más recientes de esta legislación los encontramos en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones COPCI, expedido en diciembre del 2010, y en la Ley para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones y Generación de Empleo, expedida en agosto del 2018.

Las leyes antes descritas contienen importantes incentivos y beneficios tributarios para las inversiones nuevas, así como la posibilidad de celebrar contratos de inversión. La ley de fomento que reformó parcialmente el COPCI, introdujo una importante innovación en lo atinente al arbitraje, pues reconociendo que el bloquear estos esquemas para la resolución de conflictos, trajo como consecuencia la casi nula captación de inversión extranjera, dispuso *que el estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas en contratos de inversión*, de conformidad con la ley.¹⁴⁹

149 Art. innumerado agregado a continuación del art. 17 del COPCI, por art. 37 de la Ley de Fomento Productivo, RO Suplemento 309 del 21 de agosto del 2018.

De igual forma, el artículo siguiente dispone que si el contrato de inversión supera los diez millones de dólares, el estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la ley. Y que, en tal supuesto, el arbitraje se regulará, entre otras, por las siguientes reglas vigentes: (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI Naciones Unidas, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Laya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC.

Esta normativa, además de contener beneficios claros en cuanto a política tributaria y consagrar en estos convenios la posibilidad de pactar cláusulas de estabilidad fiscal, incluyó disposiciones expresas en lo relativo a arbitraje, superando así una política adversa a estos sistemas.

Tratados de libre comercio

Son acuerdos comerciales vinculantes suscritos por dos o más estados a fin de acordar preferencias arancelarias mutuas así como la reducción de barreras no arancelarias para el comercio de bienes y servicios entre los suscribientes. También suelen incorporar normas relativas a inversiones, servicios financieros, propiedad intelectual, telecomunicaciones, entre otros, que por lo general tienen plazo indefinido, con lo que tienen vocación de perpetuidad para garantizar el libre comercio de bienes y servicios.¹⁵⁰ Los problemas mas frecuentes de este tipo de tratados vienen dados cuando las empresas de los sectores menos competitivos de algunos países no pueden competir en precios con las empresas de países más desarrollados, lo que genera una difícil disyuntiva entre la eficiencia comercial y el desarrollo local.

Tratados bilaterales de inversión

Son instrumentos del derecho internacional público, a través de los cuales dos estados determinan un marco legal para regular el flujo

150 Enriquez Perales, Sarela, "Las empresas europeas y el arbitraje internacional ante el CIADI" cita ut supra.

de inversión entre dos países, creándose condiciones de protección favorables a los inversores de ambos estados soberanos. La recurrencia de estos instrumentos viene dada por la necesidad de captar recursos que coadyuven al desarrollo de determinados sectores.

Los criterios generalmente contemplados que ambos países deben ofrecer a los inversores son: (i) tratamiento justo y equitativo de la inversión; (ii) tratamiento estatal no discriminatorio ni arbitrario contra inversores; (iii) una vez obtenido el permiso para operar, deben ser tratados igual que a los nacionales de ese estado o de otros estados más favorecidos; (iv) derecho a la libre transferencia de ganancias obtenidas; (v) el derecho a la compensación por pérdidas obtenidas con ocasión de guerras y hechos violatorios al orden público; y, (vi) el derecho a una justa, efectiva y adecuada indemnización por las medidas expropiatorias directas e indirectas realizadas por el estado inversor.

Los expresados son los principios más comunes contenidos en la gran mayoría de TBI, de lo que se ha obtenido una práctica arbitral consolidada y soluciones previsibles ante las situaciones expresadas.

Contratos de inversión o contratos de estabilización

Las relaciones económicas internacionales requieren minimizar los riesgos que implica la inestabilidad de las normas jurídicas y de las políticas económicas producto de los cambios de gobierno en los países. La seguridad jurídica es un derecho que no siempre se obtiene, por lo que para paliar deficiencias en dicho ámbito, los estados suelen suscribir contratos de estabilización, a efectos de, en determinadas circunstancias, el contrato salga del ámbito del derecho interno, para regirse por el derecho internacional, y cualquier controversia se sustancie ante un órgano jurisdiccional internacional¹⁵¹.

Las características de estos contratos hacen dudar de si se trata de un convenio o más bien un acuerdo internacional próximo a un tratado, a través del cual se procura evitar cambios drásticos

151 Hinojosa Martínez L y Roldán Barbero J, *Derecho Internacional Económico*, 1era edición Marcial Pons, Madrid, 2010, p 397.

en la legislación interna que comprometan la seguridad jurídica del inversionista.

7. DICTAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA ADHESIÓN DEL ECUADOR AL CONVENIO DE WASHINGTON

Producida la adhesión al Convenio, el gobierno del Ecuador, solicitó a la Corte Constitucional dictamen respecto si la suscripción del instrumento requiere o no aprobación legislativa, por enmarcarse en alguno de los casos contemplados en el art. 419 de la Constitución de la República. El análisis del Pleno de la Corte se centró en los numerales 6 y 7 del citado artículo que disponen que la ratificación o denuncia de los tratados internacionales requiere la aprobación previa de la asamblea nacional cuando:

i) comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio: y, ii) Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

De forma breve se analiza el contenido del convenio, a efectos de determinar si en su integralidad, o aisladamente, se adecuan a los supuestos expuestos. Así, analizan que en el preámbulo, entre otras cosas, los estados declaran la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones, atribuyendo importancia a la disponibilidad de medios de conciliación y arbitraje y deseando crear tales medios, para que, si así lo desean, puedan someter las diferencias relativas a inversiones, a estos métodos. La parte más relevante, a efectos del análisis, es que el preámbulo declara expresamente que *“la mera ratificación, aceptación o aprobación de este convenio por parte del estado contratante, no se reputará que constituye obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho estado”*.

La declaración anterior, en sí misma, desvanece la necesidad de aprobación previa de la Asamblea Nacional expuesta en los *amicus curiae* presentados ante la Corte, en cuanto manifestaban que se

estaría atribuyendo competencias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional -el CIADI-, siendo evidente que la mera suscripción no supone obligación de arbitrar, pues ésta se origina en un acto o más actos posteriores y no basta con el tratado, que es un marco facilitador, pero no contiene el consentimiento del estado ecuatoriano para someter las diferencias descritas en el art. 25, ante los árbitros y conciliadores del CIADI. Tal consentimiento se genera, normalmente, en un contrato que contiene la cláusula arbitral, o en alguno de los instrumentos para la protección de inversiones, ya analizados.

No se trata tampoco de un tratado que comprometa al país en acuerdos de integración o comercio, pues, como sostiene la Corte, *“si bien los estados consideraron la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones, esta consideración no implica que se esté adquiriendo algún compromiso de comercio o de integración; siendo conveniente distinguir el objeto de los convenios o tratados con los efectos que pudieren generar”*¹⁵².

En relación a la atribución de competencias a un órgano internacional o supranacional, *solo se observa que en el art. 64 del convenio, se reconoce la posibilidad de que se presenten diferencias entre los estados signatarios o miembros del convenio relativas a la interpretación y aplicación del convenio, y que en tal supuesto, se someterán a la Corte Internacional de Justicia. Al efecto, es claro y ha sido reconocido por la misma Corte que la resolución de disputas entre estados no es una competencia propia del orden jurídico interno, por lo que el sometimiento no conlleva el renunciar a una competencia propia del orden interno.* Por todo lo anterior, la Corte dictaminó que no se requiere aprobación legislativa previa para la suscripción del tratado.

8. ANÁLISIS DEL ART. 422 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

El voto salvado sostuvo que era necesario realizar una interpretación integral de la Constitución, y que ello, necesariamente concluiría,

¹⁵² Dictamen no. 5-21-TJ/21 Corte Constitucional del Ecuador, jueza ponente Dra. Teresa Nuques Martínez.

a la luz de la lectura del art. 422 ibídem, en la inconstitucionalidad de la adhesión del Ecuador al CIADI. Los dictámenes de emitidos por la anterior Corte Constitucional, entre el 2010 y el 2013, como sustento para la denuncia de 17 Tratados Bilaterales de Inversión, por solicitud del ejecutivo, concluyeron, mayoritariamente que el artículo 422 prohíbe la celebración de tratados bilaterales de protección de inversiones, así como todo tratado que contenga obligación de celebrar cláusulas arbitrales ante organismos internacionales.

Tal artículo 422, en una oscura y complicada redacción, constantemente criticada, en el primer párrafo dispone: *“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.”*

Respecto de tal artículo, existe aún pendiente una solicitud de interpretación constitucional solicitada por la entonces Presidente de la Asamblea, a la Corte Constitucional, el 16 de agosto del 2018, que defiende la tesis de la constitucionalidad de la celebración de tratados bilaterales de inversión que contengan una cláusula de arbitraje internacional. El criterio expuesto por el consultante es que la prohibición del primer inciso del artículo 422 no afecta los Tratados de Protección de Inversiones por cuanto la naturaleza de estos acuerdos es (...) *buscar el desarrollo para sus partes, entendiéndose como partes a una relación Estado o Estado -Inversionista a través de la figura de la inversión, misma que dentro del campo económico tiene una connotación única y diferente, pues la inversión no versa sobre asuntos contractuales o de índole comercial, sino de procesos, métodos técnicos, económicos y sociales, entre otros.*

En el trámite de interpretación constitucional se han presentado múltiples amicus curiae, que defienden la consticionalidad de la celebración de TBI's como en el sentido de ser manifiestamente inconstitucional, por lo que nos referiremos a algunos de ellos, a efectos de precisar lo mejor posible los aspectos discutidos.

El *amicus curiae* presentado por el Ministro de Relaciones Exteriores, José Valencia¹⁵³, deja constancia que, a pesar de existir grandes similitudes entre los textos de los convenios bilaterales de inversión que fueron denunciados por el anterior gobierno, los dictámenes de constitucionalidad no se sustentaron en fundamentos uniformes. De hecho, la mayor parte de los dictámenes no toman en cuenta todos los elementos constitutivos del art. 422 de la Constitución ni los aplica al texto en análisis. Así, la anterior Corte Constitucional en 12 de 17 dictámenes, declaró inconstitucionales las cláusulas relativas a la solución de controversias entre estados, mientras los cinco restantes, que contemplan cláusulas idénticas, no fueron objeto de dicha declaración. Incluso, en el caso del acuerdo suscrito con la República Popular China, la Corte dispuso que recurrir al mecanismo de solución de diferencias es completamente válido, sin que ello implique afectar la soberanía nacional¹⁵⁴. Lo que no ocurrió con el convenio de inversiones con Suiza, que contiene una cláusula similar, por lo que la falta de uniformidad en tales dictámenes impide que los precedentes constitucionales sean aplicables o adquieran carácter de vinculantes, al no proveer certeza sobre las actuaciones de la Corte Constitucional.

Y lo que es mas grave, es que en los dictámenes de los TBI de Canadá, Italia y Reino de España¹⁵⁵, el razonamiento de la Corte parecía responder a las afirmaciones del entonces Presidente, como refleja el *amicus curiae* presentado por el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje¹⁵⁶, pues las expresiones consignadas, textualmente son: *“Al someter jurisdiccionalmente al Ecuador a arbitraje internacional, no sería raro que se presenten experiencias como las que ha descrito el señor Presidente de la República, en el sentido que al resolver controversias entre*

153 Nota MREMH-MREMH-2019-24963-N, junio, 2019, Valencia José a Hernán Salgado, Presidente de la Corte Constitucional.

154 Corte Constitucional, Dictamen no. 027-10-CC- de 29 de julio del 2010, pág. 22.

155 Corte Constitucional Dictamen 035-DTI-CC, RO Suplemento no. 313 del 4 de noviembre del 2010; CC dictamen no. 022-13-DTI-CC, RO Suplemento no. 64 de 22 de agosto del 2013; y, CC dictamen no. 010-13-DTI-CC, RO Suplemento no. 956 de 17 de mayo de 2013.

156 *Amicus Curiae* Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, <https://iea.ec/pdfs/Amicus-Curiae-del-IEA-sobre-el-Art-422-Constitucion.pdf>

compañías extranjeras y el Estado, se priorice el concepto de la “inversión”, en menoscabo del ordenamiento interno, al considerar que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido arbitrarias o discriminatorias, o a pesar de que en la mayoría de los convenios se ha respetado la soberanía tributaria de los países receptores de la inversión, los tribunales arbitrales eventualmente las desconocen, al estimar que una medida tributaria es “confiscatoria”, lo que habría lesionado el interés nacional, justificándose de esta manera la intención denunciar el convenio en mención”.

Lo anterior evidencia que, igual que sostiene el amicus curiae del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, las razones constantes en los dictámenes de la anterior Corte Constitucional reflejan más bien criterios de políticas públicas, que argumentos jurídicos que lleven a una correcta interpretación del texto constitucional. La anterior Corte declaró la inconstitucionalidad de ciertos TBIs sobre la base de la prohibición de que el estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional. Estableció así mismo como cuestión determinante, el carácter comercial de la controversia, sin precisar ni analizar lo que debe entenderse por “controversia comercial” ni su relación con las inversiones.

Los tratados de Protección de Inversiones tienen como objeto establecer un paraguas general de garantías tendientes a proteger la seguridad jurídica de los inversores y promover la inversión extranjera directa mediante la creación de un entorno jurídico estable y favorable para la inversión, alejándose de aspectos netamente comerciales o contractuales. Pero aún la moderna teoría de arbitraje comercial internacional, que no es lo que nos ocupa en este momento, tiene una postura conforme a la cual cabe configurar una concepción transnacional o anacional, conforme la cual las controversias genuinamente internacionales deben ser resueltas por un método de solución de conflictos también genuinamente internacional, pues la jurisdicción estatal constituye un foro potencialmente inadecuado para conocer de controversias de índole internacional, y los ordenamientos jurídicos aplicables al fondo de la controversia no acaban de ofrecer las soluciones flexibles que demanda la *societas mercatorum*, a partir de

lo cual esta concepción se esfuerza por desvincular el arbitraje internacional de cualquier ordenamiento jurídico estatal.¹⁵⁷

Si bien el primer párrafo del art. 422 de la CRE se refiere a la prohibición de celebración de ciertos tratados o instrumentos internacionales, y tales términos son empleados como sinónimos, la primera precisión que cabe realizar es que los contratos celebrados entre una parte privada y un Estado, no son fuente de derecho internacional, por lo que la referida norma no abarca, de modo alguno, los contratos que puedan celebrarse, como lo reconoce la Ley de Fomento Productivo expedida en el 2018, al disponer que se pacten cláusulas arbitrales en contratos de inversión cuya cuantía supere los US\$10MM. En segundo lugar, como lo aclara el citado *amicus curiae* del IEA¹⁵⁸, en el derecho internacional público el concepto de jurisdicción soberana pertenece a la institución de la inmunidad. Sin embargo, el consentimiento otorgado para que un estado sea juzgado por un tribunal arbitral no se somete al principio de jurisdicción soberana, pues no supone que un estado juzgue a otro. Se trata más bien de la expresión de soberanía de que goza el estado, basada en la noción de consentimiento para ejercer jurisdicción. Al no existir inmunidad soberana, renuncia imposible que los estados renuncien a ella, en este tipo de procesos. En tercer lugar la anterior Corte Constitucional sostuvo que los TBIs implicaban comprometer al país en acuerdos de integración y comercio al abordar temática directamente relacionada con el ámbito comercial, como son las inversiones. Siendo errónea tal equiparación pues difieren en la fuente de la que provienen el derecho aplicable y la responsabilidad que se invoca.

En caso de existir controversias derivadas de un TBI, lo que se demanda no es un incumplimiento contractual o comercial, si no incumplimientos de garantías y protecciones que las partes acordaron cumplir, como por ejemplo la falta de un trato justo y equitativo.¹⁵⁹

157 Gómez Gene, Miguel, *Arbitraje Comercial Internacional*, Thompson Reuters, 2018, pág. 50.

158 Resumen Jaramillo Troya Javier y Toscano Andrade David, octubre 2020, <https://iea.ec/articulos/amicus-curiae-presentado-por-el-instituto-ecuatoriano-de-arbitraje-en-la-accion-de-interpretacion-del-articulo-422-de-la-constitucion1/>

159 Texto de la Acción de Interpretación Constitucional presentada por Asamblea Nacional del Ecuador.

Las controversias con inversores que suelen llevarse a arbitraje internacional no necesariamente versan sobre cuestiones comerciales o derivan de la violación de contratos. En realidad, en la gran mayoría de aquellos denostados arbitrajes internacionales se discute una cosa distinta: la violación o desconocimiento de las obligaciones que el estado ha asumido -en favor de la generalidad de los inversores de otro país- en los tratados de protección de inversiones. Entre esas obligaciones está por ejemplo asegurarles determinados estándares de tratamiento (no discriminatorio, justo y equitativo) o no expropiarles sin compensación justa pronta y en efectivo, y su violación puede producirse aún cuando el inversor no tenga contratos con el estado (caso de una industria expropiada sin compensación pronta, justa y en efectivo).¹⁶⁰

El *amicus curiae* presentado por el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, fundado en una interpretación exegetica, sistemática y volitiva sostiene que el alcance conceptual de la frase “instrumentos internacionales” es equivalente a tratados como fuentes formales del Derecho Internacional Público. Así mismo, el análisis de la frase “ceder jurisdicción soberana” no es aplicable al pacto arbitral para solucionar disputas que provengan de un TBI, al que le resultan aplicables las normas del derecho internacional público. Y finalmente, el texto “controversias contractuales o de indole comercial es también ajeno al ámbito de las controversias que surgen de los TBI, pues éstas son controversias del derecho internacional público, y particularmente del derecho internacional de inversiones.

En adición a los *amicus curiae*s citados, el presentado por las Cámaras de Comercio e Industrias de Guayaquil¹⁶¹, y a que apuntala la tesis de la constitucionalidad de la celebración de TBIs que contienen pactos arbitrales, es el del debido proceso, por cuanto uno de sus

160 Carmigniani Valencia, Eduardo, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje “Querían niño y les salió niña”, junio del 2008. <http://institutoecuatorianoDearbitraje.blogspot.com/2008/06/queran-nio-y-sali-nia.html>

161 Amicus Curiae Cámara de Comercio de Guayaquil y Cámara de Industrias de Guayaquil, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2VzY-3JpdG8nLCB1dWlkOicxMzQyNzEwNS01MDNmLTQ3ODQ0OWJlNC1lZTc0OTk1ZG-M2ZWmucGRmJ30=

elementos es la independencia del juez, que no se cumpliría si quien resuelve la controversia es el juez nacional del estado receptor de la inversión a quienes se considera “jueces propios”.

9. CONCLUSIONES

Estas breves reflexiones nos llevan a las siguientes conclusiones:

- El análisis de la estadística del CIADI no evidencia que la gran mayoría de decisiones de los tribunales arbitrales sean favorables a los inversionistas, siendo que un amplio porcentaje de casos concluyen por arreglos directos entre las partes, una vez presentadas por las partes las posiciones. Como en todo proceso en que se discuten derechos, prevalece la parte que mejor puede probar su postura, y además está asistida de la razón.
- El Ecuador ha sido condenado por montos muy inferiores a los demandados. Las últimas condenas corresponden a la denominada Ley 42 y Decreto Ejecutivo 662, que evidentemente implicaron actuaciones del estado contrarias a los tratados y convenios, pero que en términos monetarios, supusieron ingresos para el fisco muy superiores a los montos en que fue condenado. Errado fue, entonces, no provisionar los fondos para condenas que se avisoraban claras, por las actuaciones del estado.
- La clave está en negociar adecuadamente los contratos de inversión o tratados biltarerales de inversión, procurando prever la mayor cantidad de aspectos, pues ellos determinan el núcleo sólido sobre el que se adoptan de las decisiones por parte de los tribunales. De igual forma los gobiernos, cualquiera sea su ideología, deben ponderar el cumplimiento de la ley, y velar por los intereses del país, pero también respetar las obligaciones asumidas. Y, si se rompe el equilibrio económico de un contrato o relación de inversiones, actuar de buena fe y procurar el diálogo

por sobre las actuaciones arbitrarias; como esperaríamos que otro país trate a los ecuatorianos que inviertan fuera.

- El retorno del Ecuador al CIADI permitirá atraer inversiones y celebrar contratos que contengan la cláusula arbitral. Claramente el artículo 422 primer inciso de la Constitución de la República no limita la celebración de otros instrumentos que no sean tratados. Y aún, tampoco creemos que restrinja la celebración de Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, que no generan obligaciones contractuales o de índole comercial, sino obligaciones propias del derecho internacional público.
- La Corte Constitucional del Ecuador actuó dentro del marco jurídico constitucional al concluir que la adhesión al CIADI no requiere pronunciamiento previo de la Asamblea Nacional.
- Las inversiones éticamente canalizadas son una fuente de desarrollo y crecimiento de los países, y es necesario para atraerlas, ofrecer seguridad jurídica y someterse a un juez imparcial y no a los “propios”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional del Ecuador. Texto de la Acción de Interpretación Constitucional.

Cámara de Comercio de Guayaquil y Cámara de Industrias de Guayaquil. *Amicus Curiae*.

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2VzY3JpdG8nLCB1dWlkOicxMzQyNzEwNS01MDNmLTQ3ODQtOWJlNC1lZTc0OTk1ZGM2ZWMMucGRmJ30=

Carmigniani Valencia, Eduardo. Querían niño y les salió niña. Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. Junio 27, 2008. <http://institutoecuatorianodearbitraje.blogspot.com/2008/06/queran-nio-y-sali-nia.html>

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). La Carga de Casos del CIADI – Estadísticas. Julio 28, 2021. <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/publicaciones/la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas>.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Banco Mundial. 2021. <https://icsid.worldbank.org>
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI). Suplemento 309. Agosto 21, 2018.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen 035-DTI-CC, RO Suplemento no. 313 del 4 de noviembre del 2010; CC dictamen no. 022-13-DTI-CC, RO Suplemento no. 64 de 22 de agosto del 2013; y, CC dictamen no. 010-13-DTI-CC, RO Suplemento no. 956 de 17 de mayo de 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen no. 027-10-CC. Julio 29, 2010.
- Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen no. 5-21-TI/21. Jueza ponente Dra. Teresa Nuques Martínez. Quito. Junio 30, 2021.
- Dañino Zapata, Roberto. “El CIADI 40 años después”. *Revista Jurídica Themis*. 2007, no 53.
- Ghiotto, Luciana; Pascual, Rodrigo. El CIADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas. *Realidad Económica*. 2008, vol. 238. [http://isds.bilaterals.org/IMG/pdf/ghiotto_y_pascual_sobre_ciadi_\(para_difundir\).pdf](http://isds.bilaterals.org/IMG/pdf/ghiotto_y_pascual_sobre_ciadi_(para_difundir).pdf)
- Gómez Gene, Miguel. Arbitraje Comercial Internacional, Thompson Reuters, 2018.
- Hinojosa Martínez, Luis; Roldán Barbero, Javier. Derecho Internacional Económico. Marcial Pons, Madrid. 2010, 1era edición.
- Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. Amicus Curiae. Acción de Interpretación No. 0002-18-IC. Septiembre 8, 2020. <https://iea.ec/pdfs/Amicus-Curiae-del-IEA-sobre-el-Art-422-Constitucion.pdf>.
- Jaramillo Troya, Javier; Toscano Andrade, David. Amicus Curiae presentado por el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje en la Acción de Interpretación del artículo 422 de la Constitución. Resumen. *Instituto Ecuatoriano de Arbitraje*. Octubre 15, 2020. <https://iea.ec/articulos/amicus-curiae-presentado-por-el-instituto-ecuatoriano-de-arbitraje-en-la-accion-de-interpretacion-del-articulo-422-de-la-constitucion1/>

- Kuczynski Godard, Pedro Pablo; Williamson John. Después del Consenso de Washington: Relanzando el crecimiento y las reformas en América Latina. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2003, 1era edición.
- Orozco Mónica; Pacheco Mayra. Diario *El Comercio*, Sección Actualidad. Junio 3, 2021.
- Perales Enríquez, Sarela. Las empresas europeas y el arbitraje internacional ante el CIADI: el caso de América Latina. *Revista de estudios europeos*. 2020, no 75.
- Pérez Loose, Hernán. Adhesión del Ecuador al CIADI, organizado por el CAC CCG. Julio 2021.
- Pérez Loose, Hernán. Webinar Incorporación del Ecuador al CIADI, CAC – CCG. Junio 30, 2021.
- Secretaría de las Naciones Unidas. La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe. División de Desarrollo Productivo y Empresarial. CEPAL. Agosto 2018.
- Torres Bejarano, Marcelo. Seminario sobre Incorporación del Ecuador al CIADI, organizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Julio 2021.
- Valencia, José. Memorando MREMH-MREMH-2019-24963-N dirigido a Hernán Salgado, Presidente de la Corte Constitucional. Junio 10, 2019.

ECUADOR, ¿QUÉ PASÓ ENTRE LA SALIDA Y EL RETORNO DEL CIADI?

Diego García Carrión

Ecuador, en meses recientes, acaba de volver a ser un Estado suscriptor del Convenio CIADI, luego de un poco más de 10 años desde que el gobierno central de la época tomó la decisión de denunciar al Convenio mediante nota diplomática del 3 de julio de 2009, contestada por la Secretaria General del CIADI, dejando constancia que conforme al artículo 71¹⁶² del Convenio, la denuncia entraría en vigencia el 7 de enero de 2010.

En este artículo abordaré la experiencia del Ecuador en sus casos CIADI, para revisar cómo se ejerció la defensa del Estado y los resultados que se alcanzaron en los arbitrajes de inversión bajo tribunales CIADI, desde un punto de vista técnico jurídico, al margen de las decisiones políticas. El conocimiento de esta experiencia es indispensable para los nuevos actores de la política de inversiones del Ecuador.

CONTEXTO HISTÓRICO

Si queremos entender la decisión política adoptada por el gobierno nacional, debemos regresar un poco en el tiempo, al año 2006, aunque en otro gobierno, en que se tomaron otras dos decisiones que cambiarían las relaciones ente el Estado y los inversionistas extranjeros, particularmente las empresas petroleras que operaban en el Ecuador bajo contratos de participación para la exploración y explotación petrolera en los diversos bloques en la región amazónica del

162 “Artículo 71

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.”

país. Me refiero a la expedición de la Ley 42-2006 Reformativa de la Ley de Hidrocarburos, publicada en el Registro Oficial del 25 de abril de 2006, que permitía que el Estado comparta los excedentes por el aumento del precio del petróleo por sobre la tarifa fijada en los contratos, hasta en un 50 %, de acuerdo a lo previsto originalmente en el artículo 2 de su Reglamento de Aplicación, reformado mediante Decreto Ejecutivo N° 662 publicado en el Registro Oficial del 18 de octubre de 2007.

A ello se agrega la decisión de declarar la caducidad del contrato de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos entre el Estado y la empresa OCCIDENTAL (OXY) como consecuencia de una cesión de derechos sobre el contrato sin el consentimiento del Estado, resuelta por el Ministro de Energía y Minas dentro de un proceso administrativo de caducidad, el 15 de mayo de 2006.

En este contexto, frente al inicio de varios procesos de arbitraje internacional de inversiones bajo los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TBI) que tenían suscritos los Estados de donde provenían las inversiones y el Ecuador, en jurisdicción del CIADI, el gobierno nacional de la época tomó la decisión de denunciar el convenio CIADI y dejar de someterse a su jurisdicción en el futuro.

La decisión debe entenderse en el contexto del momento histórico de la experiencia del Estado ecuatoriano en materia de arbitraje de inversiones y, adicionalmente, como una decisión de política pública en materia de inversiones. Sus efectos pueden ser analizados por expertos petroleros y financieros, tanto desde el punto de vista objetivo de un análisis de ingresos versus egresos en los casos CIADI u otros casos de arbitrajes de inversión, como desde el punto de vista de un análisis subjetivo, analizando su incidencia en las inversiones en el Ecuador en los años siguientes a estas decisiones. Dejo a esos expertos su análisis.

Para enero de 2007, cuando OXY ya había notificado la controversia y planteado medidas provisionales en contra del Estado ecuatoriano, se produjo un cambio de gobierno; pero además se produjo

una transición entre el Procurador General del Estado que renunció a fines de 2006 y la designación del nuevo funcionario unos meses después, en 2007, a quien me tocaría reemplazar en abril de 2008.

Para entonces, algunos “expertos” en la materia, cercanos a la Procuraduría General del Estado, consideraban que el Estado ecuatoriano no tenía que comparecer a defenderse para no reconocer la competencia del CIADI y ceder soberanía a una jurisdicción internacional. En medio de esas circunstancias, el Ecuador no designó su árbitro para el tribunal del caso OXY, dejando que lo haga el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI en febrero de 2007¹⁶³. Esta era una responsabilidad que le correspondía al Procurador, en ese entonces un subrogante, pues no se había designado al titular. Me refiero a ello no tanto por que haya tenido un efecto negativo en el resultado del arbitraje, cuanto por destacar las circunstancias que rodeaban al manejo del caso.

Más adelante, los efectos de la Ley 42-2006 y su Reglamento, más el incremento del porcentaje de participación del Estado al 99 %, así como la migración de los contratos de participación a los de servicios, generaron controversias con otras empresas petroleras, entre ellas Perenco, Burlington, Murphy, Repsol y Petrobras, incrementando el ambiente litigioso del Ecuador a nivel internacional.

En medio del crecimiento del contingente litigioso del país, el gobierno nacional tomó la decisión de denunciar el convenio CIADI, al mismo tiempo que la Corte Constitucional empezó a hacer un control

163 Reglas de Arbitraje CIADI

“Regla 4

Nombramiento de árbitros por el Presidente del Consejo Administrativo

(1) Si el Tribunal no se constituyere a más tardar 90 días después de que el Secretario General haya enviado la notificación del registro, o dentro de otro plazo que las partes hubieren convenido, cualquiera de las partes podrá dirigir una solicitud escrita al Presidente del Consejo Administrativo, a través del Secretario General, para que nombre el árbitro o los árbitros que aún no hayan sido nombrados y para que designe a un árbitro para que actúe como Presidente del Tribunal.

(2) Lo dispuesto en el párrafo (1) se aplicará *mutatis mutandis* en caso de que las partes hayan convenido en que los árbitros elegirán al Presidente del Tribunal y no lo hubieren hecho.”

de constitucionalidad de los TBI, en discutibles decisiones de inconstitucionalidad, aplicando disposiciones de la nueva Constitución a convenios celebrados previamente.

LA DENUNCIA DEL CONVENIO CIADI

Desde el punto de vista del derecho internacional, la denuncia de un convenio se hace a través de la notificación de la decisión, en este caso, al Centro de Arreglo de Diferencias de Inversiones (CIADI o ICSID por sus siglas en inglés), como lo prevé el propio convenio o en la forma como lo dispone la Convención de Viena Sobre los Tratados¹⁶⁴, cuando el convenio no lo prevé. Más que un tema que tenga relación con la defensa del Estado, esta es una decisión de política internacional que corresponde al ámbito del gobierno central. En efecto, fue la Cancillería ecuatoriana la que notificó a la Secretaría General del CIADI la decisión del Estado ecuatoriano de denunciar al convenio, como lo señalé al inicio de este artículo. Posteriormente, la denuncia del Convenio CIADI le fue informada al Procurador General del Estado mediante nota del 9 de julio de 2009. Una vez notificada, la salida del Ecuador del CIADI surtió efectos seis meses después de notificado, conforme lo prevé el propio convenio.

Esto, por supuesto, no traía como consecuencia el que el Estado ecuatoriano evitara los arbitrajes CIADI, particularmente los casos Oxy, Perenco y Burlington, tres de los arbitrajes internacionales de inversión notificados antes de que entrara en vigencia la denuncia del convenio CIADI, entre los más importantes arbitrajes CIADI que le tocó enfrentar a la defensa del Estado. Murphy, con similar motivación planteó su controversia ante el CIADI ya fuera de tiempo, por lo que no prosperó en la etapa de jurisdicción, por lo que terminó en

¹⁶⁴ "ARTICULO 56 Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro 1. Un tratado que no contenga disposiciones sobre su determinación ni prevea la denuncia o retiro del mismo no podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos: a) que conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro; o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado. 2. Una parte deberá notificar con doce meses por lo menos de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él conforme al párrafo I."

un arbitraje ad hoc con reglas UNCITRAL en el que más adelante se obtuvo una sustancial reducción del valor reclamado.

Por su parte, los TBI que tenía suscritos el Ecuador, algunos de ellos denunciados en la misma época de la denuncia del Convenio CIADI y otros en 2017, siguieron protegiendo a los inversionistas que ya estaban en el país, de manera que, aún en los casos en que ya no podían acudir al CIADI, igual podían acudir a arbitrajes ad hoc bajo reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por siglas en inglés), sea porque así estaba previsto en sus contratos o en porque estaba previsto en los TBI.

ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LOS CENTROS Y LAS REGLAS DE ARBITRAJE Y SOBRE EL ARBITRAJE ADMINISTRADO O INDEPENDIENTE (AD HOC)

Aunque hoy muchos tienen claro cómo funciona el sistema de solución de controversias de inversión, aún persiste cierta confusión respecto de algunos aspectos importantes para entender que el problema real no está en los centros de arbitraje o en los árbitros con mayor influencia y participación en el sistema -por lo menos no totalmente- ni siquiera en las reglas de arbitraje aplicables, sino en los estándares de protección dados con mucha liberalidad por quienes negociaron y suscribieron los TBI de segunda generación, en los años 90 en el caso del Ecuador.

A medida que uno va conociendo más el mundo del arbitraje internacional de inversiones o comercial, se percibe que, finalmente, como en cualquier procedimiento, lo fundamental es el derecho sustantivo discutido. Luego, puede haber temas de procedimiento, que son importantes -por supuesto- pero lo principal es el derecho sustantivo. Y aquí reside la importancia de los términos en que el Estado suscriba sus convenios o contratos, porque ellos definirán el derecho sustantivo a aplicarse. En ese camino, más que las reglas de procedimiento, son los principios generales del derecho y los estándares de protección concedidos, donde se ancla el arbitraje, como cualquier sistema de justicia.

Ahora, empezaré por enunciar algunos conceptos importantes sobre los que debemos tener claridad en el análisis del arbitraje internacional de inversiones y, particularmente, sobre el arbitraje bajo reglas CIADI.

El arbitraje administrado¹⁶⁵ es el que se realiza bajo la conducción de un centro de arbitraje y se somete, además de al derecho escogido, a las reglas de procedimiento de dicho centro arbitral. En materia de arbitraje nacional, estas reglas se desarrollan dentro del marco de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). El arbitraje no administrado, independiente o ad hoc, en cambio, no incluye el acuerdo de que un centro de arbitraje lo administre, sino únicamente la legislación aplicable, las reglas bajo las cuales dicho arbitraje independiente se va a regir y, en muchas ocasiones, muy limitadas en cuanto a lo reglado expresamente.

Un centro de arbitraje, además de reglas de procedimiento, normalmente tendrá unas instalaciones para desarrollar el proceso, incluyendo salas de audiencias y su equipamiento, así como un personal que se encargará de la administración del procedimiento, incluyendo dactilógrafos y traductores simultáneos de manera que el texto del acta pueda ser seguido en tiempo real por los miembros del Tribunal y los abogados de las partes.

En el caso particular del CIADI, un aspecto importante tiene relación con los procedimientos de designación¹⁶⁶, según se hayan previsto o no normas para su designación en el acuerdo de arbitraje, de

165 Ley de Arbitraje y Mediación, “Art. 2.- El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.”

166 Reglas de Arbitraje CIADI

“Regla 1: Obligaciones generales

(1) Las partes, en cuanto se les notifique el acto de registro de la solicitud de arbitraje, procederán a constituir el Tribunal con toda diligencia y prestarán la debida atención a lo dispuesto en la Sección 2 del Capítulo IV del Convenio.

(2) A menos que la solicitud contenga la información, las partes comunicarán al Secretario General, lo antes posible, cualquier estipulación que hubieren convenido respecto al número de árbitros y al método de su nombramiento.

recusación de árbitros¹⁶⁷, así como del procedimiento de anulación del laudo¹⁶⁸, en el que puede haber diferencias sustanciales con otros procedimientos. Por ejemplo, en los arbitrajes no administrados, bajo reglas UNCITRAL, los procedimientos de anulación se desarrollan en

(3) La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante, salvo que el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal sean nombrados de común acuerdo por las partes. Cuando el Tribunal se integre de tres miembros, una parte no podrá nombrar como árbitro a un nacional de cualquiera de esos Estados salvo de común acuerdo con la otra parte en la diferencia. Cuando el Tribunal se integre de cinco o más miembros, una parte no podrá nombrar árbitros que sean nacionales de cualquiera de esos Estados si el nombramiento del mismo número de árbitros por la otra parte de cualquiera de esas nacionalidades resultare en una mayoría de árbitros de esas nacionalidades.

(4) No podrá ser nombrada miembro del Tribunal ninguna persona que haya actuado previamente como conciliador o árbitro en cualquier procedimiento para el arreglo de la diferencia.

167 “Regla 9

Recusación de los árbitros

(1) La parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el Artículo 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde.

(2) El Secretario General procederá sin dilación:

(a) a transmitir la propuesta a los miembros del Tribunal y, si se refiere a un árbitro único o a una mayoría de los miembros del Tribunal, al Presidente del Consejo Administrativo; y

(b) a notificar la propuesta a la otra parte.

(3) El árbitro a quien se refiera la propuesta podrá sin dilación ofrecer explicaciones al Tribunal o al Presidente, según fuere el caso.

(4) Salvo cuando la propuesta se refiera a la mayoría de los miembros del Tribunal, los demás miembros la considerarán y votarán con prontitud en ausencia del árbitro cuya recusación se ha propuesto. Si su voto resultare en un empate, notificarán con prontitud al Presidente, a través del Secretario General, la propuesta, la explicación presentada por el árbitro cuya recusación se ha propuesto y el hecho que no lograron tomar una decisión.

(5) Siempre que el Presidente deba decidir sobre una propuesta de recusación de un árbitro, hará lo posible para tomar la decisión dentro de 30 días contados desde que haya recibido la propuesta.

(6) El procedimiento se suspenderá hasta que se haya tomado una decisión sobre la propuesta.”

168 “Regla 52

Anulación: continuación del procedimiento

(1) En cuanto se registre una solicitud de anulación de un laudo, el Secretario General le solicitará de inmediato al Presidente del Consejo Administrativo que nombre un Comité ad hoc de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 52(3) del Convenio.

la jurisdicción ordinaria de la sede pactada, mientras que la anulación de los arbitrajes CIADI se desarrolla ante un Comité de Anulación integrado por árbitros CIADI.

Otra diferencia importante es que, mientras a la presentación de la demanda de anulación en un arbitraje CIADI, se produce automáticamente la suspensión de la ejecución del laudo¹⁶⁹, hasta que se pronuncie el Comité de Anulación, en los arbitrajes no administrados, esta suspensión solo se dará cuando la corte de justicia ordinaria que conoce del caso así lo disponga, según la norma aplicable en el país en el que se plantea la anulación.

Ahora, las reglas UNCITRAL, que han regido en muchos de nuestros arbitrajes internacionales de inversión, como los dos arbitrajes con CHEVRON, no van acompañadas de la intervención de un centro y su equipo administrativo, de manera que, en esos casos, se debe acordar cómo administrar el procedimiento. Siempre se pueden alquilar instalaciones en cualquier centro en el mundo; para eso hay instalaciones adecuadas en las principales ciudades europeas o norteamericanas, como también las hay en el Ecuador y en muchos países de Latinoamérica, pero además, en ocasiones pueden adecuarse instalaciones en hoteles u oficinas, como en los casos de Ecuador se

(2) El Comité se considerará constituido en la fecha en que el Secretario General notifique a las partes que todos sus miembros han aceptado su nombramiento. Antes de la primera sesión del Comité, o en ella, cada miembro firmará una declaración de acuerdo con lo dispuesto en la Regla 6(2).

169 “Regla 54

Suspensión de la ejecución de un laudo

(1) La parte que solicite la aclaración, revisión o anulación de un laudo podrá, en su solicitud, y cualquiera de las partes podrá en cualquier momento antes que se decida finalmente sobre la solicitud, pedir que se suspenda la ejecución de una parte o de todo el laudo al que se refiere la solicitud. El Tribunal o Comité considerarán de manera prioritaria dicha solicitud.

(2) Si una solicitud de revisión o anulación de un laudo contiene un pedido de suspensión de su ejecución, el Secretario General, al notificarle a ambas partes el acto de registro, les notificará la suspensión provisional del laudo. En cuanto se constituya, el Tribunal o Comité, a petición de cualquiera de las partes, decidirá dentro de 30 días, si debe mantenerse dicha suspensión; a menos que decida que la suspensión debe mantenerse, se la levantará automáticamente.”

dieron en Chevron II, caso en el que se celebró una audiencia en las oficinas de la firma Winston & Strawn o en un hotel en Washington, o como sucedió en Perenco, en el que se desarrolló una audiencia en un hotel en La Haya, ante la falta de espacio disponible en el Palacio de la Paz. Los temas secretariales también pueden ser acordados.

Este, un tema práctico, finalmente tiene más relación con los costos y las facilidades que pueden obtenerse para el desarrollo fluido del procedimiento. Los arbitrajes administrados presentan mayores facilidades desde el punto de vista logístico, pues un centro como el CIADI, tiene facilidades para el manejo adecuado de los procedimientos.

El arbitraje no administrado, obliga a las partes a una mayor coordinación o finalmente, a acordar que, pese a no haberse pactado la administración de un centro, optar por utilizar la administración secretarial de un ente administrativo como la Secretaría de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, Países Bajos, también con mucha experiencia en el apoyo para la administración del arbitraje.

En muchos de los casos del Ecuador sometidos a Reglas UNCITRAL, se utilizaron los servicios de la Secretaría de la CPA, para su mejor administración. Adicionalmente, las decisiones sobre designación y recusación de los árbitros estaban sometidas a la intervención del Secretario General de la CPA¹⁷⁰. Ello no implica, como muchos entendían, que estos casos estaban sometidos a la jurisdicción de la CPA y sus árbitros, aunque es común que en los medios de comunicación o en los comentarios de las redes sociales se haga referencia a decisiones de la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, algo ajeno a la realidad.

Tampoco existe vinculación alguna entre la CNUDMI y el manejo de los arbitrajes de inversiones bajo sus reglas. La Comisión de las

170 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010). "Autoridad designadora y autoridad nominadora Artículo 6 I. A menos que las partes hayan elegido ya la autoridad nominadora, una de ellas podrá proponer, en cualquier momento, el nombre o los nombres de una o más instituciones o personas, incluido el del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya ("Secretario General de la CPA"), para que una de ellas actúe como autoridad nominadora.

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) tiene un campo de acción mucho más amplio que las controversias de inversiones, pero dentro de este ámbito, genera reglas de arbitraje, entre otras, pero no es un centro de arbitraje, no los administra, ni tiene una lista de árbitros. Es decir, cuando nos referimos a arbitrajes CNUDMI (o UNCITRAL), nos referimos simplemente a su reglamento de arbitraje y no a un centro de arbitraje o una organización secretarial o administrativa que tenga participación alguna en los arbitrajes de inversión. Menos aún a alguna intervención de la ONU, sus funcionarios o sus miembros.

En el caso de los arbitrajes no administrados del Ecuador, la CPA se limitaba a la labor secretarial, pero los árbitros eran independientes, de ahí la identificación de estos como árbitros ad hoc, designados para el caso. Tampoco o rara vez se encontraban en La Haya, salvo en casos aislados, como cuando al mismo tiempo eran miembros de la Corte Internacional de Justicia o la Corte Penal Internacional, que tienen la misma sede.

El arbitraje o el litigio durante la pandemia nos permite tener más claro cómo funcionaba el arbitraje de inversiones, en los que cada árbitro o abogado de parte, pudiera permanecer en cualquier lugar del mundo y trabajar la mayor parte del tiempo en forma telemática, aún antes de la proliferación de las plataformas de video conferencia que han simplificado mucho la conectividad y por tanto el teletrabajo.

Los árbitros de los Tribunales CIADI, como los de los Comités de Anulación en arbitrajes CIADI, en cambio, siempre formaban parte de la lista de árbitros CIADI. En este caso, el centro, los árbitros y las reglas correspondían al CIADI. Ello sin perjuicio de que en los contratos o convenios de inversión se haya previsto la aplicación del derecho interno del Ecuador o que los estándares de protección estuvieran previstos en los TBI.

LA EXPERIENCIA DEL ECUADOR EN ARBITRAJES CIADI

Me hice cargo de la defensa del Estado en abril de 2008. Para entonces, se habían iniciado los casos MCI, Duke Energy y EMELEC,

entre otros, con resultados favorables o parcialmente favorables al Estado y se había desarrollado la etapa de medidas provisionales de OXY II (el caso de la caducidad del contrato), que le fueron negadas a la petrolera. Además, se habían notificado controversias con Perenco, Burlington, Repsol, Murphy y Petrobras, entre los casos principales, más algún otro que luego no avanzaron. Por razones de espacio y por su importancia, me voy a enfocar en Oxy II, Perenco y Burlington. Su análisis nos permitirá conocer brevemente cuáles fueron los temas discutidos, cómo se enfrentó su defensa y las decisiones que tuvieron.

Importante tener en cuenta que el Procurador General del Estado, más allá de haber salido de un terna presidencial, recibe casos que vienen litigándose por años, desde gobiernos anteriores, de manera que su labor como abogado de parte (del Estado en este caso) es autónoma del gobierno de turno, conforme lo prevé el artículo 235¹⁷¹ de la Constitución de la República. La defensa del Estado en cada caso, es institucional, no cambia porque cambia el Procurador; y por eso, en la mayoría de los casos, en los resultados favorables o desfavorables, uno recoge las actuaciones de quienes le precedieron y así sucesivamente. Entender esto es fundamental para el ejercicio del cargo.

El caso OXY II y la posterior anulación parcial del laudo

La controversia en el caso Oxy II tuvo relación con la declaratoria de caducidad del contrato de participación para la exploración y explotación del Bloque 15 en el mapa petrolero ecuatoriano, como consecuencia de la cesión de derechos sobre el contrato no autorizados por el Estado ecuatoriano. La cesión se produjo a través de una operación ‘farm out’ celebrada entre OXY y AEC Encana, en los términos siguientes:

“El artículo 2.01 del Contrato Farm-out aclaró además que “El interés Farm-out que se ha de transferir a (AEC) al (1 de octubre de 2000) incluye un ‘interés económico directo o interés de participación en los Contratos de Partición y el Bloque 15’, y que OXY debía

171 “Art. 235.- La Procuraduría General del Estado es un organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera, dirigido y representado por la Procuradora o Procurador General del Estado, designado para un período de cuatro años.”

“mantener el título legal de los contratos y el Bloque 15 en calidad de ‘tenedor nominativo del título’” en nombre de AEC. Esta disposición también indicaba que OXY estaba obligada a “actuar con respecto al Interés Farm-out de (AEC) según (AEC) ordenare cada cierto tiempo como si (AEC) fuere una parte en los Contratos de Participación que posee el título legal a un 40 % de interés de los Contratos de Participación y los intereses que allí otorgados en el Bloque 15’.”¹⁷²

Esto limitaba los derechos de OXY al 60 % de la operación, algo que permaneció oculto para el Estado hasta que fue descubierto en una auditoría contratada por la Dirección Nacional de Hidrocarburos. AEC, a su vez, cedió sus derechos a la petrolera china Andes Petroleum, en agosto de 2005, algo que tampoco fue revelado al Estado.

De acuerdo al contrato¹⁷³ y a la Ley de Hidrocarburos¹⁷⁴ ecuatoriana, dicha operación sin autorización del Ministerio de Energía y Minas, daba lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

El procedimiento de caducidad fue impulsado por el Procurador General del Estado en agosto de 2004 y concluyó con la declaratoria de caducidad del contrato y la reversión de todos los bienes destinados a la operación en mayo de 2006, declarada por el Ministro de

172 Caso Oxy, Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano, Procuraduría General del Estado, año 2014, página 17.

173 Texto del Contrato de Participación entre Ecuador y Oxy: “16.1. La transferencia de este Contrato de Participación o la cesión a terceros de derechos provenientes del mismo deberán ser autorizadas por el Ministro del Ramo, de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes; de manera especial se cumplirán las disposiciones previstas en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y en los Decretos Ejecutivos Nos. 809, 2713 y 1179. [...]”

21.1. Terminación: Este Contrato de Participación terminará: 21.1.1. Por declaratoria de caducidad emitida por el Ministerio del Ramo por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos setenta y cuatro (74), setenta y cinco (75) y setenta y seis (76) de la Ley de Hidrocarburos en lo que sean aplicables.

21.1.2. Por transferir derechos y obligaciones del Contrato de Participación, sin autorización del Ministerio del Ramo.”

174 Ley de Hidrocarburos: “Art. 74.- El Ministerio del Ramo podrá declarar la caducidad de los contratos, si el contratista: (...)”

11. Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio;”

Energía y Minas, conforme lo previsto en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos y las cláusulas del propio contrato de participación.

OXY y Andes Petroleum, por su parte, suscribieron un acuerdo por el que OXY se comprometió a reconocerle el 40 % de la indemnización que recibiera del Estado, algo que posteriormente se discutió en un arbitraje comercial, pero que no fue finalmente reconocido, considerando que el arbitraje CIADI entre OXY y Ecuador, se produjo la anulación parcial del laudo, precisamente en consideración a que Andes Petroleum tenía un 40 % de participación en el contrato, pero no era un inversionista protegido por el TBI con Estados Unidos, por ser una inversión de origen chino y no americano.

Pero yendo en orden, comienzo por referirme al tema de la jurisdicción. El argumento de falta de jurisdicción era un tema de legalidad, al considerar que la decisión de caducidad no era arbitrable, por no ser materia transigible al tratarse de un aspecto de derecho sancionatorio y cuestiones de orden contractual, puesto que el propio contrato en su cláusula 22.2.1. expresamente excluía la caducidad de la posibilidad de someterla a arbitraje. Sorprendentemente, el Tribunal¹⁷⁵ consideró que no era aplicable porque la previsión contractual estaba fuera de la cláusula de sometimiento a arbitraje.

En cuanto a la responsabilidad, el Tribunal CIADI, en su laudo final del 5 de octubre de 2012, consideró que la no divulgación de la verdadera naturaleza del Acuerdo de Cesión de Derechos que OXY hizo a AEC, fue simplemente negligente y que, en consecuencia, la

¹⁷⁵ “73. Dado su texto, la Cláusula 22.2.1 no puede interpretarse como excepción o renuncia a la jurisdicción del CIADI con respecto a diferencias relacionadas con la caducidad. El Contrato de Participación contiene toda clase de referencias expresas y amplias a la caducidad, en la sección inmediata anterior a aquella en que se encuentra la Cláusula 22.2.1. Las partes conocían cabalmente el significado del término “caducidad” en relación con la potencial renuncia a mecanismos del Contrato de Participación, y las diferencias consiguientes. Si hubieran querido exceptuar esas diferencias de la jurisdicción del CIADI y conferir competencia exclusiva a los Tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos en esa materia, podrían haberlo hecho. Como no lo hicieron, el Tribunal no admite que esa exclusión esté implícita en la referida cláusula” (el resaltado me pertenece).” Párrafo 73 del laudo de jurisdicción citado en el libro “Caso Oxy, Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano”, Procuraduría General del Estado, año 2014, páginas 34 y 35.

decisión de declarar la caducidad y revertir los bienes al Estado, sin una compensación, fue una medida desproporcionada. Esto a pesar de que el Tribunal CIADI reconoció que OXY sabía que la transacción era contraria a la ley ecuatoriana.

“(...) El hecho de que OXY no obtuvo la autorización necesaria de parte de las autoridades ecuatorianas en octubre de 2000, si bien no equivale a mala fe, fue negligente (...)”

“(...) El Tribunal también determinó que para ese traspaso era necesaria la autorización de las autoridades ecuatorianas, que no se buscó esa autorización, pero que el hecho de que OXY no obtuviera esa autorización en octubre de 2000, aunque fue imprudente y desacertado, no equivalió a mala fe”.

“(...) el hecho de que OXY no divulgó la verdadera naturaleza del Acuerdo de Cesión de Derechos a Ecuador y no obtuvo la autorización ministerial en 2000 fue un ‘error grave’; OXY aunque no actuó de mala fe, fue negligente (...).¹⁷⁶

El Tribunal CIADI, además, al dictar su laudo final, concede a OXY el 100 % de la indemnización, desconociendo el hecho de que OXY solo era titular del 60 % de los derechos sobre el contrato de participación, algo que motivó un categórico rechazo de la árbitra Brigitte Stern, en un contundente voto disidente, en el que expresa su desacuerdo de la siguiente forma:

“(...) me resulta fundamentalmente imposible aceptar las distintas conclusiones del Laudo respecto de los efectos que el Tribunal debe adscribir al Acuerdo de Farm-out. En mi opinión, la posición de la mayoría respecto de los efectos del Acuerdo Farm-out es tan escandalosa en términos jurídicos y tan contradictoria que no tengo otra alternativa que manifestar mis discrepancias. En mi opinión, el enfoque de la mayoría a la efectividad del acto jurídico conforme al derecho ecuatoriano, que se basa en una falta absoluta de

¹⁷⁶ Extractos de los párrafos 383, 384 y 662 del laudo de responsabilidad citado en el libro *Caso Oxy, Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano*, Procuraduría General del Estado, año 2014, página 64.

fundamentación, tanto así que no logre seguir el “razonamiento” del punto A al punto B, y presenta groseros errores jurídicos en la propuesta de interpretación del contenido del derecho ecuatoriano. El segundo, y, en mi opinión, el más grave, es el manifiesto exceso de poder del Laudo al anular un contrato relativo a una sociedad que no solo no era parte del arbitraje, sino que, incluso si hubiera sido parte, no podría haber sido considerada, ya que se trata de un inversor chino, como un inversor respecto del cual el Tribunal no tenía jurisdicción conforme al TBI Estados Unidos/Ecuador”.¹⁷⁷

Posteriormente, un Comité de Anulación CIADI, anuló el laudo de responsabilidad, en forma parcial, aceptando el argumento del Estado ecuatoriano y el criterio del voto disidente, respecto a la imposibilidad de que OXY sea indemnizada en el 100 % cuando había cedido el 40 % a otros inversionistas, de nacionalidades diferentes y, por tanto, no protegidas por el TBI con Estados Unidos. La claridad de la divergencia de criterios entre los propios árbitros hace innecesario mayores argumentos sobre la inconsistencia que un laudo puede tener en un arbitraje internacional. Es decir, no se trata de un sistema de justicia perfecto y requiere de un análisis crítico desde el propio sistema.

OXY y Ecuador llegaron a un acuerdo de pago en los meses siguientes a la expedición del laudo de anulación, a efectos de programar los pagos y compensar obligaciones, evitando un procedimiento de ejecución.

Los Casos Perenco y Burlington, frente a frente

Me referiré brevemente a los casos Perenco y Burlington en conjunto, dadas las similitudes existentes entre ellos. Basta para ello, hacer referencia a tres aspectos que confluyen:

1. Burlington y Perenco fueron parte de un consorcio que operó los bloques 7 y 21 en Ecuador, hasta julio de 2009.

¹⁷⁷ Extracto del voto disidente de la árbitra Brigitte Stern, párrafo 5, tomado del libro Caso Oxy, Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano, Procuraduría General del Estado, año 2014, página 187.

2. Burlington y Perenco demandaron por separado, en base a los TBI suscritos por el Ecuador con Estados Unidos y Francia, respectivamente, ante tribunales CIADI. Se resolvieron con laudos parciales sobre responsabilidad en 2012 y 2014, respectivamente.
3. La controversia fue la misma: La aplicación de la Ley 42-2006 al 50 % y al 99%, la toma de los campos luego de su abandono por la operadora y la declaratoria de caducidad de los contratos como consecuencia de su abandono.

La Ley 42-2006, en vigencia desde abril de 2006, fue dictada a fin de que el Estado tuviera una participación en las ganancias extraordinarias por el aumento del precio del petróleo con relación al precio referencial pactado en los contratos de participación para la exploración y explotación petrolera. La Ley previó una participación mínima del Estado en el 50 % de dichos excedentes, porcentaje que podía variar conforme al Reglamento a la Ley, como efectivamente aumentó a un 99 % en el año 2007.

La Ley 42-2006 se sustentó en la ‘teoría de la imprevisión’ contractual, de conformidad con la cual existen circunstancias que pueden afectar de tal modo al equilibrio económico de un contrato por condiciones extraordinarias del mercado, que obligan a renegociar las condiciones del mismo o a modificarlas, de manera que pueda restablecerse tal equilibrio. Esta teoría se enfrenta, sin embargo, al principio ‘pacta sunt servanda’¹⁷⁸, de acuerdo con el que lo acordado en el contrato es ley para las partes y que no puede modificarse por decisión unilateral de una de dichas partes.

La controversia, entonces giró respecto de si el Estado ecuatoriano podía modificar los contratos a través de una ley, amparado en la teoría de la imprevisión o si, por el contrario, tal decisión podría ser expropiatoria.

178 Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados: “ARTICULO 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Se agregan a la controversia, el abandono de los bloques por parte de la operadora, en julio de 2009 y la consecuente declaratoria de caducidad.

Pese a las similitudes entre los dos casos, sometidos a diferentes tribunales CIADI, por tratarse de inversionistas de diferentes nacionalidades, las decisiones no fueron iguales. Detallo brevemente algunas diferencias:

- Sobre la Ley 42-2006 al 50 %: Los 2 Tribunales resolvieron que no violaba las protecciones establecidas en los TBI.
- Sobre la Ley 42-2006 al 99 %: En Burlington se resolvió que no se probó un daño que genere una violación del TBI; mientras en Perenco fue considerada una violación del TBI.
- Sobre la intervención en los campos: En Burlington se la consideró expropiatoria; mientras en Perenco, el mismo hecho fue considerado justificado.
- Sobre la caducidad: En Burlington, se consideró que solo materializó la intervención; mientras que en Perenco, se consideró que la declaratoria de caducidad condujo a la violación del TBI.

Es decir, frente a los mismos hechos y los mismos contratos, con previsiones similares en los TBI, dos Tribunales CIADI, tuvieron visiones diferentes, lo que refleja cierta inconsistencia en las decisiones en casos paralelos, algo que el sistema de solución de controversias sigue revisando a nivel mundial, como uno de los aspectos que debe ser reformado.

Un tema de singular importancia en estos dos arbitrajes CIADI fue las contra demandas planteadas por la defensa del Estado ecuatoriano con motivo del daño ambiental causado por las operadoras al abandonar los campos. Ecuador obtuvo, en ambos casos, indemnizaciones por daño ambiental que se descontaron o se deberán descontar

de las indemnizaciones a pagar. Las recon convenciones por temas ambientales planteadas por la defensa del Estado¹⁷⁹ ecuatoriano en estos arbitrajes, sustentadas en pericias técnicas, marcan un hito histórico en el arbitraje de inversiones pues son los dos primeros casos en que los inversionistas se ven obligados a pagar una indemnización por daño ambiental.

Los procedimientos de anulación planteados posteriormente por la Procuraduría General del Estado en estos dos casos, no tuvieron éxito, pues las causales para la anulación no permiten una revisión de los laudos, como en un recurso de apelación.

“La anulación como tal es un recurso de revisión limitado, ya que solamente procede bajo ciertas causales, analiza exclusivamente la legitimidad del proceso y no sus méritos. En ello difiere de la apelación en donde el examen de la decisión que viene en alzada es integral, en tanto en cuanto que lo que se revisa es la justicia de la decisión y su legitimidad, examen que lo realiza un solo ente controlador que al ser único puede garantizar la consistencia de las decisiones y su consecuente coherencia.”¹⁸⁰

Resuelto el caso Burlington, al igual que se lo hizo con Oxy, Ecuador y Burlington llegaron a un acuerdo para el pago, una vez agotadas todas las instancias jurisdiccionales. Perenco se resolvió recientemente en la etapa de cuantificación de la indemnización y aún se desconocen los términos de un eventual acuerdo de pago anunciado por el Procurador General del Estado.

La consistencia de los laudos arbitrales es uno de los temas que se discute desde hace varios años en el Grupo de Trabajo creado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) para la revisión de las posibles reformas al sistema de solución de controversias de inversión. No

179 Planteadas el 17 de enero de 2011 en el caso Burlington y en diciembre de 2011 en el caso Perenco, ambas con resultados favorables al Estado ecuatoriano.

180 Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la experiencia del Ecuador, Procuraduría General del Estado, 2016, página 145.

obstante, los tiempos de las discusiones a nivel internacional son largos y pasarán algunos años antes de ver cambios a nivel general, aunque pueden irse incorporando cambios en negociaciones bilaterales a nivel mundial.

La necesidad de reformas al Sistema de Solución de Controversias de Inversiones o de renegociar los términos de los acuerdos de inversión (TBI).-

La celebración, reforma o denuncia de instrumentos internacionales corresponden al ámbito del gobierno central, por ser cuestiones de política internacional. En ello, la defensa del Estado a cargo de la Procuraduría General del Estado puede opinar, pero no tiene la rectoría para tomar decisiones vinculantes.

A partir de 2013, como Procurador General del Estado, a pedido del gobierno central, dentro del marco de coordinación institucional previsto en el artículo 226 de la Constitución, junto con el equipo de Asuntos Internacionales y Arbitraje, y equipos de la Cancillería, el Ministerio de Comercio Exterior y la Secretaría Nacional de Planificación, tuve la oportunidad de hacer varios aportes a posibles modelos de acuerdos a ser propuestos y negociados con los países con los que se tenían suscritos acuerdos de inversión, algunos ya denunciados y otros que estaba previsto que sean denunciados, como efectivamente ocurrió en mayo de 2017, poco antes del cambio de gobierno.

La necesidad de reformas al sistema de arbitraje de inversiones no era una iniciativa aislada del Ecuador, producto de su situación litigiosa, sino una necesidad vista desde varios Estados, incluso de países desarrollados, como la propia Unión Europea. La iniciativa de la UNCTAD, surge de esas preocupaciones y se refleja así:

“Por consiguiente, los gobiernos han entrado en una fase de evaluar los costos y los beneficios de los AII y de reflexionar sobre los objetivos y estrategias futuras respecto de esos tratados. También tienen un papel importante las crecientes críticas de la sociedad civil, por ello, varios países han iniciado el proceso de reformar

los AII revisando sus modelos de TBI con miras a celebrar una “nueva generación” de AII y renegociar sus TBI existentes. Esta movida se basa en parte en el Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible (IPFSD por sus siglas en inglés) de la UNCTAD, que se elaboró para brindar guías para la reforma de políticas de inversión a los niveles nacional e internacional, y que los países en vías de desarrollo y los países desarrollados están empleando cada vez más. Los países han comenzado a clarificar y “afinar” el significado de las disposiciones individuales de los AII, y a mejorar los procedimientos de arbitraje de diferencias entre inversionistas y Estados, con el objetivo de que el proceso sea más elaborado, predecible y transparente y de dar a las partes contratantes una función más sólida. Una mayor transparencia es también el resultado de las Reglas sobre Transparencia en el Arbitraje entre inversionistas y Estados por Tratados de la CNUDMI y el Convenio sobre Transparencia de las NN.UU. Algunos, un grupo muchísimo más pequeño, han anunciado una moratoria sobre negociaciones futuras de AII, mientras que otros han escogido el enfoque más drástico de empezar a dar por finalizados los AII existentes. Unos cuantos países también han renunciado a ser miembros del CIADI (UNCTAD, 2010).¹⁸¹

Entre los temas que se proponía modificar estaban los siguientes:

- Una definición más clara del término inversión, describiendo el alcance de la protección desde el punto de vista de lo que comprende una inversión, es decir un real aporte económico, con las responsabilidades y el riesgo propios de ella, así como desde el punto de vista de su origen, de manera que no se produzca una ‘pesca’ de nacionalidades a efectos de generar una protección que no corresponda.
- Una definición más clara de los estándares de protección por trato justo y equitativo, seguridad y protección plenas y de expropiación directa o indirecta.

181 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Informe Sobre las Inversiones en el Mundo 2015, New York y Ginebra, 2015.

- Una mejor delimitación del alcance de la capacidad regulatoria del Estado, de manera que exista un equilibrio entre la capacidad del Estado de fijar o modificar la política pública, sin desestabilizar los objetivos de promoción y protección de las inversiones.
- Generar una mayor consistencia en las decisiones de los árbitros, en la interpretación de los tratados y de los contratos de inversión, incluyendo la posibilidad de generar Tribunales Permanentes de Arbitraje o mecanismos de revisión de laudos, pero sin los límites aplicables a los procedimientos de anulación.
- Previsión de obligaciones no solo para los Estados sino también para los inversionistas en temas de responsabilidad social, ambiental o de desarrollo sostenible que eviten impactos negativos.

En definitiva, desde el punto de vista de la defensa del Estado, estaba claro que el arbitraje internacional de inversiones era una necesidad prácticamente inevitable para la promoción de inversiones en el Ecuador. La economía del Ecuador y su capacidad de consumo o producción no le permiten un desarrollo aislado de la economía mundial, como pudiera ser la situación de otros países, de manera que, sus contrapartes siempre exigirían un nivel de protección que incluyera la solución de controversias a través de arbitraje internacional, sea con un TBI o con un contrato de inversión, como de hecho se suscribieron muchos después de la denuncia del Convenio CIADI y de algunos de los TBI. En estos casos, ya no sometidos a arbitrajes CIADI, sino a arbitrajes no administrados bajo reglas UNCITRAL.

Los límites impuestos por el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y la interpretación de la Corte Constitucional

Si el gobierno ecuatoriano quiere firmar nuevos convenios de inversiones o acuerdos comerciales que contengan capítulos de inversión, sigue en el aire la necesidad de una reforma o enmienda del

artículo 422 de la Constitución de la República, para incluir el arbitraje internacional como vía para la solución de controversias comerciales o de inversión.

En realidad, si no fuera tan complejo e impredecible el resultado de intentar una reforma o enmienda del artículo 422 de la Constitución, o al menos una nueva interpretación de su texto actual, lo ideal sería abordar las dificultades e imprecisiones que presenta dicha norma constitucional, muchas de las cuales se han resuelto –hasta ahora– a través de la suscripción de contratos de inversión y el uso de sedes en la región, aunque no sean realmente sedes regionales.

Recordemos que, si bien el artículo 422 de la Constitución prohíbe la celebración de “tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”, en su inciso segundo “Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

Para superar esta limitación, una alternativa es que los nuevos Convenios de Inversiones prevean como alternativa de solución de controversias disponibles para el inversionista, un mecanismo de arbitraje propio que se conforma en el propio acuerdo bilateral o multilateral, de manera que se ajusten a la excepción del segundo inciso del artículo 422, creando un órgano jurisdiccional entre los propios países signatarios.

Las posibilidades de generar este nuevo órgano jurisdiccional y sus reglas, no implicaría necesariamente la creación de un órgano permanente ni de una estructura administrativa. Al contrario, el órgano jurisdiccional puede funcionar con listas de árbitros aceptadas por las partes a la suscripción del acuerdo y utilizar estructuras ya

existentes para la administración secretarial del arbitraje o asumir la función de autoridad nominadora de los árbitros, inclusive prever reglas o utilizar las ya existentes.

Si esta fuera una alternativa que pueda ser aceptada por otros países fuera de la región, siempre será un reto de los expertos negociadores de la Cancillería o el Ministerio de Comercio Exterior del Ecuador.

Respecto del regreso al CIADI, a través de una nueva suscripción del Convenio, desde mi punto de vista, no es inconstitucional, pues no se someten controversias contractuales a una instancia internacional. Por lo menos no directamente. El Convenio CIADI no prevé un sometimiento directo, el que tampoco es posible hacerlo vía convenio internacional por las ya referidas limitaciones del artículo 422 de la CRE.

Pero la realidad es que sí podría generarse un sometimiento indirecto, pues ya siendo parte del CIADI, sí podrían suscribirse contratos de inversión o comerciales que estén sometidos a arbitraje CIADI, pero que, al no ser un instrumento internacional entre dos o más Estados, no es inconstitucional, porque lo que prohíbe la Constitución es suscribir convenios internacionales que se sometan a arbitraje internacional en materia contractual, pero no suscribir contratos entre el Estado y particulares de otras naciones que se sometan a arbitraje internacional. De hecho, se ha venido haciendo durante la vigencia de la actual CRE, solo que no sometidos a arbitraje CIADI. Aquí es importante tener presente la diferencia entre un convenio internacional suscrito por Estados parte que protegen a todos los nacionales de dichos Estados suscriptores y los contratos suscritos con un inversionista que solo protegen a los contratantes.

De ahí que, en mi opinión, la suscripción del Convenio CIADI, debía pasar por la Asamblea Nacional¹⁸², puesto que, si bien no se

182 Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

somete a jurisdicción internacional en forma directa, permite que se lo haga en forma indirecta. La Corte Constitucional¹⁸³ no lo vio así y resolvió que no requería de ser conocido por la Asamblea Nacional. Algunas reflexiones interesantes sobre la forma de analizar la constitucionalidad de la norma se encuentran en el voto salvado¹⁸⁴ de los Jueces Constitucionales Ramiro Ávila Santamaría y Enrique Herrería Bonnet.

CONCLUSIONES

El arbitraje de inversiones, sea a través de convenios de inversión o de contratos de inversión, seguirá siendo un mecanismo válido de solución de controversias, como lo establece el artículo 190 de la CRE. De ahí que, a más de ser una señal para los inversionistas, sobre la posibilidad de resolver controversias ante tribunales CIADI, la sola suscripción del convenio no genera efecto alguno, sin que se suscriban posteriormente convenios o contratos que se sometan a su jurisdicción.

Lo fundamental es que el Estado tiene el conocimiento que le ha dado la experiencia de haber litigado internacionalmente tanto en controversias bajo los TBI como en controversias contractuales, ante Tribunales CIADI o Ad hoc, que le permiten estar en una mejor posición que hace 30 años o más, a efectos de negociar adecuadamente los estándares de protección que conceda a los inversionistas, así como las obligaciones que estos deben contraer con el Estado, de manera

183 Dictamen N° 5-21-TI/21 del 30 de junio de 2021.

184 “23. Si bien la petición presidencial solicita el dictamen de la Corte Constitucional en lo relativo al artículo 419 de la CRE, sobre la aprobación de los tratados internacionales por parte de la Asamblea, es imprescindible leer a la Constitución como un todo. Ergo, en aras de respetar una comprensión integral de este cuerpo, esta Corte Constitucional estaba obligada a analizar si el Convenio CIADI requiere o no aprobación legislativa previa, al amparo del numeral 7 del artículo 419 de la Constitución y en concordancia con el artículo 422 *ibidem*.

24. La decisión adecuada para resolver la petición presidencial relativa al regreso del Ecuador al CIADI, era acudir a los mecanismos dialógicos y participativos que reconoce la Constitución. Un tema de tanta trascendencia debe ser tratado y discutido en el foro estatal que permite la más elevada y mayor deliberación pública, esto es la Asamblea Nacional, órgano, por antonomasia, representante de la sociedad ecuatoriana.”

que en el futuro, sus expectativas en una eventual controversia, que siempre pueden darse en cualquier relación contractual o de inversiones, puedan partir de cláusulas y previsiones mejor redactadas.

Lo inaceptable sería que, pese a esa experiencia, se vuelvan a firmar convenios no discutidos a profundidad, a manera de contratos de adhesión.

Quito, 26 de octubre de 2021

ANÁLISIS DEL DICTAMEN NO. 5-21-TI/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA NECESIDAD DE APROBACIÓN LEGISLATIVA DEL CIADI

Jorge G. Alvear Macías

Resumen

La Corte Constitucional sentó que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), no requiere de aprobación legislativa, previo a su ratificación. Esto, porque en opinión de la Corte, tal instrumento solo se trata de un convenio marco en el que sólo se establece la posibilidad para que el Estado acuda al arbitraje internacional o procesos de conciliación internacional. De tal manera que para que pueda concretarse dicha posibilidad, previamente deberían celebrarse convenios específicos con tal finalidad. Asimismo, determinó que en caso de que el Estado ecuatoriano suscribiera tratados en materia de protección de inversiones en la posterioridad, cada uno de ellos tendrá que ser objeto del pronunciamiento de la Corte Constitucional, previo a comprobar si corresponde su aprobación legislativa y su posterior ratificación.

En dictamen del 30 de junio de 2021, la Corte Constitucional se pronunció señalando que el “Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” suscrito en la ciudad de Washington D. C. el 18 de marzo de 1965, NO se encuentra incurso en los supuestos contenidos en el artículo 419 de la Constitución de la República, por lo cual, no requiere aprobación legislativa ni dictamen previo y vinculante de constitucionalidad. Tal dictamen se originó tras una solicitud del Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, para que la mencionada Corte

emita el informe de constitucionalidad respecto de si el indicado instrumento requiere o no aprobación legislativa. Se trata del Dictamen No. 5-21-TI/21, en el que se identifica a Teresa Nuques Martínez, como Jueza Ponente. El texto completo se encuentra en:

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidINDJlOD-MyYy01MDc4LTQxMDktYWMwMy0xOTc2YzdiNzUyNTUucGR-mJ30=

En el trámite compareció el delegado del Procurador General del Estado y presentó un análisis del tratado de la presente causa, manifestando que el Convenio no se enmarca dentro de los casos establecidos en el artículo 419 de la Constitución; y, por tanto, solicitó a la Corte Constitucional que se emita dictamen concluyendo que dicho Convenio no requería aprobación legislativa¹⁸⁵

La Corte también consideró los *amici curiae* presentados por los señores Katherina Yuliana Chamba Yugcha, Mónica Estefanía Palacios Zambrano y Alex Flores Álvarez, quienes manifestaron que el Convenio materia del dictamen requiere aprobación legislativa y otros argumentos sobre su incompatibilidad con la Constitución¹⁸⁶;

¹⁸⁵ El delegado del Procurador General del Estado, señala: “En vista a que el Convenio CIADI no se enmarca dentro de los casos establecidos en el artículo 419 de la Constitución, y siendo estos casos los únicos que atribuyen a la Asamblea General la facultad para pronunciarse sobre un tratado o instrumento internacional, la Procuraduría General del Estado considera que para la ratificación del Convenio CIADI se requiere únicamente cumplir con los pasos determinados en el artículo 418 (...) En atención a estos argumentos, la Procuraduría General del Estado, solicita al Pleno de la Corte Constitucional emitir Informe conforme los artículos 107 y 109 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determinando que no se requiere aprobación previa de la Asamblea Nacional para la ratificación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (...)”.

¹⁸⁶ El 25 de junio de 2021, la señora Katherina Yuliana Chamba Yugcha por sus propios derechos y manifestando que tiene la calidad de asambleísta presentó ante este Organismo el escrito de *amicus curiae* suscrito por la abogada Adoración Guamán mediante el cual se solicita que se tome en consideración que, a su criterio, la aprobación legislativa del tratado bajo análisis es procedente y en ese sentido señala que “la ratificación de dicho Convenio, por un lado requiere aprobación de la Asamblea Nacional ex art. 419 y, por otro, resulta constitucionalmente imposible dada la incompatibilidad entre dicho Tratado Internacional y el artículo 422 de la Constitución del Ecuador”; El 28 de junio de 2021,

así como los escritos de Sam Cossar, Alejandra Porras Rozas, Lucía Ortiz, Danilo Urrea, Viviana Barreto, Muthucumaraswamy Sornarajah y María Cecilia Olivet y otros.¹⁸⁷

Una vez que el Pleno de la Corte confirmó su competencia para conocer y emitir el dictamen de necesidad de aprobación legislativa del Convenio mencionado, conforme al artículo 438 (1) de la Constitución y los artículos 75 (3) (d) y 107 (1) y 109 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”), analizó si el contenido del Convenio CIADI se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 419 de la Constitución, cuyo tenor dispone:

“Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares.

Mónica Estefanía Palacios Zambrano por sus propios derechos y manifestando que tiene la calidad de asambleísta por los Estados Unidos y Canadá, presentó escrito de amicus curiae ante la Corte mediante el cual solicitó a este Organismo que, al emitir su pronunciamiento sobre el tratado bajo análisis, se tome en consideración el contenido de la disposición constitucional contenida en el artículo 422. En la misma fecha, el coordinador general de la Plataforma “Va por ti Ecuador”, Alex Flores Álvarez, presentó ante este Organismo el escrito de amicus curiae suscrito por el señor Alejandro Olmos Ganoa de nacionalidad argentina, en donde solicita que “se concluya con la necesidad de que la Asamblea Nacional tome la intervención que le corresponde en la aprobación del referido Convenio (...)”.

¹⁸⁷ El 29 de junio de 2021, Alejandra Porras Rozas señala principalmente que: “En su oficio, el gobierno argumenta que no presta consentimiento al momento de adherirse al Convenio de Washington. Ese consentimiento se prestaría en un momento posterior. Pero si Ecuador suscribe al Convenio del CIADI, entonces una funcionaria o funcionario civil podría aceptar arbitrar en el CIADI sin los procedimientos constitucionales necesarios para renunciar a la jurisdicción nacional. Esto supondría una contradicción evidente y la omisión de todo el artículo constitucional”. En idéntico sentido y con un contenido altamente similar, se presentaron escritos individuales por parte de Sam Cossar el 29 de junio de 2021, de Lucía Ortiz el 29 de junio de 2021, de Danilo Urrea el 29 de junio de 2021 y de Viviana Barreto el día 29 de junio de 2021. El 29 de junio de 2021, Muthucumaraswamy Sornarajah manifiesta que es “su humilde opinión que la Corte debería ordenar que la cuestión de la ratificación del arbitraje CIADI sea discutida en el Parlamento (...)”. El 29 de junio de 2021, María Cecilia Olivet y otros solicitan que “se decida, conforme el artículo 419, numeral 7 de la Constitución, en el sentido de que la Asamblea Nacional debe decidir (...)”.

3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.
6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético”.

Continuando el análisis del contenido del Convenio CIADI, la Corte, entre otros extremos de importancia, destacó lo siguiente:

- La declaración que consta en el Preámbulo del indicado convenio, que reza: *“la mera ratificación, aceptación, o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”*.
- Que el Capítulo I del Convenio determina que el objeto del CIADI es facilitar procedimientos de conciliación y arbitraje para resolver diferencias relativas a inversiones.
- Que en el Capítulo II del Convenio se estableció el ámbito de la Jurisdicción del CIADI para diferencias relativas a inversiones siempre que: *“(1) (...) las partes hayan consentido por escrito en someter [las] al Centro”*. Asimismo, se dispuso que los Estados *“(4) (...) podrán al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias*

que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados contratantes; pero ello no se entenderá que constituye el consentimiento de las partes para someterse al CIADI.” La Corte también observó, que en ese texto se señala la posibilidad de estipular en contrario; y, que el Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de vías administrativas o judiciales, como condición al consentimiento al arbitraje y reglas sobre la concesión de protección diplomática y promoción de reclamaciones.

- Que el CIADI tiene la capacidad para facilitar la Conciliación, de acuerdo al Capítulo III del Convenio, previa solicitud con los requisitos referentes al *“objeto de la diferencia, identidad de las partes y al consentimiento de éstas a la conciliación (...)*”. Dicho apartado, también está relacionado con la constitución de la Comisión de Conciliación y el nombramiento o designación de sus miembros; con los conciliadores; con el procedimiento de conciliación; y, con la competencia, reglas para su tramitación, los puntos controvertidos, fórmulas de avenencia, posibles acuerdos y resultados de la conciliación.
- Que el Capítulo IV del Convenio está dedicado al Arbitraje. Con detalles como la solicitud de arbitraje, requisitos, registro y notificación. También las reglas para la constitución del Tribunal de Arbitraje, nombramiento de árbitros; las facultades y funciones del Tribunal, las reglas para resolver sobre su competencia; así como las normas de derecho para decidir la diferencia, las que pueden ser acordadas por las partes y a falta de acuerdo, *“... el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudiesen ser aplicables”*. También destacó, que el artículo 54 del Convenio no puede interpretarse en el sentido de que

derogue las leyes vigentes del Estado relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado.

- Que en los Capítulos V, VI, VII, VIII, VIII, IX y X del Convenio, constan las reglas para la sustitución y recusación de conciliadores y árbitros; las reglas para la fijación y pago de costas del procedimiento; las reglas para el lugar del procedimiento; sobre solución de diferencias entre Estados surgidas de la interpretación del Convenio; para la propuesta e incorporación de las enmiendas del Convenio; sobre la firma del Convenio, ratificación, aceptación o aprobación y su entrada en vigor, aplicación territorial; la potestad de denuncia del Convenio de los Estados, el depósito de los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación del Convenio (artículo 73), registro del Convenio en el Secretariado de las Naciones Unidas y las reglas de notificación del depositario a los Estados.
- Sobre la base del contenido del tratado antes resumido, la Corte (Apartado IV del dictamen -Consideraciones y fundamento-) llegó a las conclusiones principales siguientes:
- El objetivo del tratado internacional CIADI es la creación de una institución para facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones;
- La creación del CIADI en 1966 fue promovida por el Banco Mundial, para que exista un marco en el que las controversias relativas a inversiones puedan ser resueltas de manera pacífica. Esto es, un foro para resolver controversias internacionales. En referencia a lo anterior se menciona un oficio del Secretario General CIADI del 17 de junio de 2021, que es parte del expediente constitucional;
- Que del análisis de las disposiciones del Convenio “... *que tratan sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), reglas sobre la jurisdicción, la conciliación, el arbitraje, la sustitución y recusación de*

conciliadores y árbitros, costas... no tienen relación alguna con los supuestos establecidos en los numerales 1, 2, 3, 5, y 8 del artículo 419 de la Constitución pues no se refieren a materia territorial o límites, no establecen alianzas políticas o militares, no contienen un compromiso legislativo, no comprometen la política económica del Estado ecuatoriano ni tampoco comprometen el patrimonio cultural ni agua, biodiversidad ni su patrimonio genético."

- Que el convenio no contiene cláusulas que modifiquen el régimen de regulación de derechos o garantías establecidos en la Constitución; por tanto, para la Corte tampoco se afectaría la previsión del numeral 4 del artículo 419 de la Constitución, esto es, que los tratados no *"se refieran a los derechos y garantías establecidos en la Constitución"*.
- Que el convenio no contiene cláusulas en las que se generen obligaciones, compromisos o disposición alguna destinada a regular el comercio entre los estados signatarios o miembros, ni tampoco se observan disposiciones que sometan a dichos Estados a un proceso de integración económica. Así, la Corte encontró que el numeral 6 del artículo 419 de la Constitución, no constituye un imperativo para que el Convenio requiera la aprobación previa de la Asamblea Nacional. Lo cual ocurriría si se comprometiera *"al país en acuerdos de integración y de comercio"*, como en efecto condiciona el indicado numeral 6. Sin embargo, la Corte se aseguró en esta conclusión cuando de seguido reflexionó: *"26... si bien los estados consideraron 'la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones (...)'... esta consideración no implica que se esté adquiriendo algún compromiso de comercio o de integración. En este punto es importante distinguir el objeto de los convenios o tratados con los efectos que pudieran generar y recordar que la sola relación del tema de un tratado internacional con cuestiones de cooperación o desarrollo económico o afines no deriva*

en que requiera aprobación legislativa por la causal establecida en el numeral 6 del artículo 419 de la Constitución, pues ésta exige que del tratado deban surgir compromisos, obligaciones o disposiciones de integración y comercio...”

- Que en relación con el numeral 6 del artículo 419, las demás disposiciones del Convenio analizadas, tampoco involucran “...algún compromiso de comercio y de integración, más bien, como se ha expuesto, el convenio establece un marco normativo por el cual se crea un Centro (CIADI) que facilita la resolución de diferencias relativas a inversiones a través de la conciliación o arbitraje.” La Corte también aclara que los procedimientos mencionados son realizados por tribunales arbitrales o por conciliadores.
- Que el Convenio con sus disposiciones, no atribuye competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; por tanto, tampoco inobserva el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución. Para esa conclusión la Corte reiteró que el Convenio tiene por objeto brindar un marco de facilitación de arbitrajes y conciliaciones cuando surjan diferencias relativas a inversiones ante el CIADI; y que, además, los Estados reconocieron en el Preámbulo del Convenio que: “la mera ratificación, aceptación, o aprobación de este convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”.

En consonancia con lo hasta aquí expuesto, la Corte confirmó que el Convenio CIADI no obliga a los Estados miembros ante ese Centro por las diferencias mencionadas en el artículo 25 del Convenio, dado que la sola aprobación o ratificación de ese instrumento no atribuye competencias al CIADI ni a sus árbitros o conciliadores para conocer diferencias relativas a inversiones; “...y en dicha medida no es posible afirmar que se está ‘atribuyendo’ alguna competencia.” Además, la Corte en su análisis recalcó el carácter voluntario y de origen convencional

de los métodos alternativos para la solución de conflictos, carácter que ya ha destacado en los dictámenes sobre otros tratados; insistiendo que, en lo pertinente al convenio CIADI, *“su preámbulo reconoce que los Estados no se encuentran obligados a someter las diferencias relativas a inversiones a conciliación y arbitraje ante el CIADI y que ello también se desprende de las reglas de los procedimientos de arbitraje y conciliación, (ya que) estos no son obligatorios si las partes no han consentido en someterse a estos (artículos 25, 28, 36)”*.

En la misma línea de reflexión la Corte también puntualizó que el Convenio si bien constituye *“... un marco facilitador para arbitrajes y conciliaciones para diferencias relativas a inversiones mencionadas en el artículo 25 del Convenio, pero en ninguna de sus disposiciones contiene el consentimiento del Estado ecuatoriano para someter dichas diferencias ante los árbitros y conciliadores del CIADI”*; pues para que se concrete tal sometimiento, los Estados miembros deben consentir que las disputas sean resueltas bajo dicho marco y en otros actos -distintos al convenio CIADI-, por ejemplo, una cláusula de arbitraje incluida en un contrato de inversión, en un tratado bilateral o multilateral de inversión o en una ley de protección de inversiones. Esto resulta así, en opinión de la Corte, debido al carácter convencional de los métodos alternos de solución de conflictos, los que, *“... por regla general, exigen un acuerdo de voluntades o consentimiento para someterse a estos métodos y que los centros no realizan procedimientos de conciliación y arbitraje por sí mismos”*. Para desarrollar esta última consideración, la jueza ponente Teresa Nuques acogió un informe del 18 de marzo de 1965, de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (actualmente Banco Mundial). En dicho informe se clarifica lo establecido en el preámbulo del Convenio CIADI en el sentido de que el mencionado Centro *“... en sí no se dedicará a actividades de conciliación o arbitraje. Éstas corresponderán a las comisiones de conciliación y a los tribunales de arbitraje que se constituyan de conformidad con las disposiciones del convenio...”*.

Para la Corte, sólo se observa -en relación a atribuir competencias a un órgano internacional o supranacional- que en el artículo 64 del Convenio (párrafo 19 supra) se prevé la posibilidad de que se

presenten diferencias entre los Estados miembros del CIADI, pero relativas a la interpretación y aplicación del Convenio. En ese caso, de no lograrse un acuerdo, los Estados se someterán a la Corte Internacional de Justicia. Este aspecto, hizo necesario determinar si la competencia otorgada a la mencionada Corte Internacional, corresponde al orden jurídico interno. Con esa consideración la ponente planteó la interrogante: ¿El convenio atribuye “*competencias propias del orden jurídico interno*” a algún organismo internacional o supranacional? La respuesta a la pregunta fue desarrollada en estos términos:

- La resolución de disputas entre Estados no es una competencia propia del orden jurídico interno de un Estado, conclusión vertida previamente en el dictamen número 34-19-TI/19 (del 4 de diciembre de 2019, párrafo 17). Por tanto, el sometimiento a la Corte Internacional de Justicia referido en el artículo 64 del Convenio CIADI, no implica atribuir una competencia del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
- Que el control constitucional o los dictámenes que emite la Corte Constitucional, se realiza caso a caso y de acuerdo al contenido en los tratados. En el presente caso, la Corte no observó que el Convenio atribuya competencias propias del orden jurídico interno y así, descartó el presupuesto normativo del numeral 7 del artículo 419 de la Constitución.
- En la valoración de los pedidos consignados en los *amici curiae*, insistió en que el Convenio analizado no requiere aprobación legislativa, de acuerdo a la motivación expuesta. Que las normas del artículo 419 de la Constitución y del artículo 109 de la LOGJCC, facultan a la Corte Constitucional para determinar si los convenios o tratados internacionales requieren de aprobación legislativa sobre la base de causales específicas; y, el análisis efectuado en este dictamen se circunscribió a dicho fin; resultando impertinente la realización de valoraciones adicionales. El dictamen se circunscribió a las causales

específicas del artículo 419 de la Constitución y no tiene como objeto analizar la constitucionalidad de actuaciones presentes o futuras de servidores públicos, pues para tales fines existen los mecanismos y garantías previstas en la Constitución y en la ley de la materia.

Con tales consideraciones la Corte Constitucional dictaminó con seis votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Carmen Corral Ponce, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes, que el Convenio analizado no se encuentra incurso en los supuestos contenidos en el artículo 419 de la Constitución de la República, por lo cual, no requiere aprobación legislativa ni dictamen previo y vinculante de constitucionalidad.

Cabe mencionar que los Jueces Ramiro Ávila Santamaría y Enrique Herrería Bonnet salvaron su voto; y, el Juez Agustín Grijalva Jiménez quien solo manifestó estar en contra, no presentó sustentación.

COMENTARIOS SOBRE EL DICTAMEN

Una vez efectuado el repaso del pronunciamiento de la mayoría, mis comentarios sobre los argumentos que lo sustentan, son los siguientes:

PRIMERO. Si no aparecen dudas o ambigüedades respecto a la aplicación de un texto normativo en la solución de un problema jurídico, no es necesaria su interpretación en sentido estricto. Tampoco sería pertinente la interpretación cuando las prescripciones constitucionales son unívocas, menos aún dentro de un proceso de comprensión estructuralmente sencillo. Además, si bien una Corte Constitucional está facultada para asignar a una norma un contenido obligatorio a través de sus sentencias o dictámenes, de ninguna manera significa que dicha Corte en su ejercicio “se sitúa por encima de la Constitución, a la que debe su existencia”. Lo reflexionado, parafraseando a Aníbal Quiroga León¹⁸⁸ docente de la Pontificia Universidad Católica del

188 LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084957.pdf>

Perú. Es decir, un juez de constitucionalidad, por los límites jurídicos superiores establecidos en ella, no podría reformar ninguna norma de la Constitución, incluyendo o suprimiendo requisitos expresos, por la vía del disfraz de la interpretación constitucional; impedimento que incluye a aquellas normas contempladas en la parte orgánica (organización de los poderes públicos, competencias, soberanía nacional y la forma de gobierno, etc.) que por lo general son más específicas que abstractas, por ende involucran menos posibilidad de ambigüedades; y,

SEGUNDO. A la Corte se le pidió dictaminar en el respectivo informe de constitucionalidad respecto de si el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), no requería de aprobación legislativa, previo a su ratificación. En ese cometido la ponencia de la jueza Teresa Nuques adoptada por la mayoría, confirmó que ninguna de las estipulaciones o compromisos del Convenio CIADI se encuadran en los supuestos condicionantes de las taxativas 8 causales que prescribe el artículo 419 de la Constitución, que conduzcan a la obligatoria aprobación previa de la Asamblea Nacional (condicionantes que aplican cuando se trata de materia territorial o de límites; alianzas políticas o militares; compromiso de expedir, modificar o derogar una ley; convenir sobre derechos y garantías establecidas en la Constitución; cuando comprometan la política económica del Estado establecida en el Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales; comprometan en acuerdos de integración y de comercio; atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; o, comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético).

En el examen, el pronunciamiento de mayoría determinó con especial énfasis, que el Convenio CIADI no atribuye competencias propias del orden jurídico interno a dicho organismo internacional, por tanto, tampoco inobserva el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución. La Corte reiteró que el Convenio tiene por objeto brindar un marco de facilitación de arbitrajes y conciliaciones cuando

surjan diferencias relativas a inversiones ante el CIADI; aclarando que en el Preámbulo del Convenio se advierte que: *“la mera ratificación, aceptación, o aprobación de este convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado”*.

La Corte también reafirmó que el Convenio CIADI no obliga al Estado ante ese Centro por las diferencias mencionadas en el artículo 25 del Convenio, pues la sola aprobación o ratificación del instrumento no le atribuye competencias al CIADI ni a sus árbitros o conciliadores para conocer diferencias relativas a inversiones; *“...y en dicha medida no es posible afirmar que se está ‘atribuyendo’ alguna competencia.”* Resaltó el carácter voluntario y de origen convencional de los métodos alternativos para la solución de conflictos, carácter que ya ha destacado en los dictámenes sobre otros tratados; insistiendo que, en lo pertinente al convenio CIADI, los Estados no se encuentran obligados a someter las diferencias relativas a inversiones a conciliación y arbitraje ante el CIADI, y que ello, también se desprende de las reglas de los procedimientos de arbitraje y conciliación, que tampoco son obligatorios sin el consentimiento previo de las partes.

En la misma línea de reflexión la Corte también puntualiza que el Convenio si bien constituye un marco facilitador para arbitrajes y conciliaciones para diferencias relativas a inversiones mencionadas en el artículo 25 del Convenio, ninguna de sus disposiciones expresa el consentimiento del Estado ecuatoriano para someterse a los árbitros y conciliadores del CIADI. Tal sometimiento, en opinión de la Corte, solo ocurrirá cuando el Estado consienta que las disputas de su interés sean resueltas bajo dicho marco y en otros actos -distintos al convenio CIADI- tales como una cláusula de arbitraje incluida en un contrato de inversión, en un tratado bilateral o multilateral de inversión o en una ley de protección de inversiones. Para la Corte, debido al carácter convencional de los métodos alternos de solución de conflictos, por regla general, también se precisa el consentimiento para someterse a estos métodos, ya que *“los centros no realizan procedimientos de conciliación y arbitraje por sí mismos”*.

COMENTARIOS SOBRE EL VOTO SALVADO

Para la tarea, primero paso a resumir los argumentos del voto de disenso, para a continuación expresar las observaciones a cada uno de ellos:

- I. Que el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución, establece que los tratados internacionales que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional, requerirán la aprobación previa de la Asamblea Nacional.

COMENTARIO: Tanto el voto de mayoría así como este autor, coincidimos con el disenso en el entendido del claro alcance de esa previsión constitucional. No cabría obviar la aprobación de la Asamblea, si el Convenio CIADI contuviera compromiso alguno que se adecúe al texto de la citada regla que obliga a la aprobación legislativa.

- II. Para los jueces disidentes, la adhesión del Ecuador al CIADI plantea dos posibles consecuencias:

II.I) Que con la sola suscripción y aprobación por parte del Estado ecuatoriano se constituya un compromiso que, en conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, obligaría a que el Estado ecuatoriano acepte acordar que sus diferencias con inversionistas se resuelvan frente a esta institución. Pues la contraparte de un proceso contencioso puede ampararse en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, que establecen que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno (incluso normas de rango constitucional) para evadir el cumplimiento de obligaciones internacionales. Así, con la sola firma del Convenio CIADI y la falta de ratificación previa por parte de la Asamblea Nacional, surge el riesgo de que al Ecuador se le exija arreglar sus diferencias en materia de inversiones en la sede del CIADI.

COMENTARIO: Los procesos de razonamiento para proveer una solución justa a los problemas jurídicos no deben esquivar los escollos que se encuentren en la tarea, pero tampoco cabría ponerlos donde no estaban para desviar el curso que anima la ideología o la preferencia de una posición política. Sobre todo, si la norma constitucional del análisis de que se trate, establece reglas concretas o fijas, a diferencia de las que configuran principios abstractos. De ahí que “la posible” consecuencia de la adhesión al Convenio del CIADI que plantea el voto disidente, de que el Ecuador sea obligado a someterse a dicho organismo por efecto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no constituye una posibilidad concreta actual entre las previstas estipulaciones del Convenio CIADI sino media la voluntad del Estado miembro para tal sometimiento; además, las prescripciones limitativas del Art. 419 de la Constitución atienden a situaciones específicas y no a posibilidades determinadas por otros actos jurídicos no analizados, que además estarían sujetos a otros controles impuestos por distintas exigencias constitucionales como las del Art. 422. El voto de disidencia, encuentra un sometimiento inminente a la jurisdicción del CIADI en donde no lo hay, pese a la explicación del voto de mayoría de que la sola adhesión al CIADI no supone sometimiento del Estado miembro a ese Centro y que *“en el Capítulo II del Convenio se estableció el ámbito de la Jurisdicción del CIADI para diferencias relativas a inversiones siempre que: “(1) (...) las partes hayan consentido por escrito en someter [las] al Centro”. Asimismo, se dispuso que los Estados “(4) (...) podrán al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados contratantes; pero ello no se entenderá que constituye el consentimiento de las partes para someterse al CIADI.”*

La luminiscencia de la explicación, de la reproducida reflexión de la mayoría, no da espacio a la afirmación del voto salvado, sobre un eventual riesgo de que se le exija al Ecuador arreglar

sus diferencias en el CIADI en materia de inversiones, tanto más que los artículos de la Convención de Viena que se aluden en el voto de disidencia, no se contraponen con la referida explicación. Además, la regla general de interpretación de los tratados (artículo 31, Convenio de Viena¹⁸⁹), que debió analizarse para emitir el voto disidente (“...2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:”) precisamente dispone lo que hizo la jueza ponente del Dictamen de mayoría, que consistió en valorar en el contexto del instrumento, el prólogo del Convenio CIADI, que hemos comentado previamente.

II.II) La segunda consecuencia que pudiere presentarse es que, siendo el numeral 7 del artículo 419 precedente al artículo 422, se intente desestimar la expresa prohibición contenida en este último de ceder jurisdicción al arbitraje internacional.

COMENTARIO: La posibilidad de un eventual intento a eludir la expresa prohibición del artículo 422, no es parte del claro relato de las 8 específicas reglas del artículo 419 de la Constitución,

189 CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS: Art. 31.-Regla general de interpretación

Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; y,

b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) Toda practica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; y,

c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un termino un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

para determinar que procede la aprobación de la Asamblea Nacional previo a la ratificación de un tratado internacional, las cuales aplican a casos particulares, exigen fidelidad a su texto y requieren de decisiones actuales.

- III. Que la adhesión al CIADI devendría en inoficiosa, puesto que las dos normas constitucionales referidas (419 y 422) guardan perfecta armonía en cuanto a la prohibición para que el Estado ecuatoriano se someta a arbitraje internacional en sede extranjera, con la excepción de controversias entre Estados y nacionales de Latinoamérica.

COMENTARIO: La calificación de “inoficiosa” genera inseguridad respecto al sentido que quiso darle su autor, puesto que el Diccionario de la RAE, indica que su acepción es la de un “... *Dicho de un acto de última voluntad, de una dote o de una donación: Que lesiona los derechos de herencia forzosa...*”. Empero, si lo que se quiso advertir fue la eventual falta de valor jurídico o inutilidad de la adhesión, por la imposibilidad de acudir al CIADI para resolver controversias sobre inversiones, desde que el artículo 422 de la Constitución impide celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que se pacte arbitraje internacional para controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, debemos recordar que la decisión de mayoría dejó suficientemente aclarado que la adhesión al Convenio constituye el reconocimiento de ese organismo como un Centro administrador de procesos de mediación y arbitraje; y, que los Estados miembros solo se someterían a la jurisdicción de los árbitros de ese Centro, luego de haber convenido tal sometimiento en otro instrumento distinto a ese Convenio. En todo caso, la Corte no estaría facultada, para establecer la utilidad del Convenio dentro de un examen concreto para determinar su aprobación previa o no por parte de la Asamblea, que solamente obligaría a verificar cada una de las 8 causales específicas del artículo 419 tantas veces citado.

- IV. Para el pronunciamiento disidente, el voto de mayoría no habría observado el numeral 8 del artículo 3 de la LOCJCC, y entre sus reglas y principios de interpretación constitucional el de unidad y eficacia integradora. Los jueces indicados estiman que la interpretación constitucional “tiene que estar orientada siempre a preservar la unidad de la Constitución como punto de partida de todo el ordenamiento jurídico” aludiendo a la concepción de Javier Pérez Royo y a Manuel Carrasco Durán en el libro “Curso de Derecho Constitucional”. Insistiendo en que la interpretación constitucional no debe ser aislada, pues ésta podría contradecir “otras normas constitucionales, generando consecuencia nefasta para el orden constitucional, como que se vacíe el contenido constitucionalmente protegido”, pensamiento de Efraín Javier Pérez Casaverde, tomado de su obra “Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional”.

COMENTARIO: Desde nuestra visión y por las reflexiones hasta ahora expuestas, el dictamen en comento, no genera escisión alguna de la integridad de la Constitución y menos en su parte orgánica. El dictamen, al atender cada una de las específicas reglas de control del artículo 419, de ninguna manera reflexionó en contra del mandato del artículo 422 que únicamente condiciona los instrumentos internacionales que contienen un objetivo distinto del Convenio CIADI. A la vista de la acusación impetrada en el voto disidente, cabría señalar también para desvirtuarla, la concepción de quien fuera el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos Antonin Scalia: *“... Frecuentemente se dice que el objetivo de la interpretación de la norma es darle efecto a la voluntad del legislador; sin embargo, este principio no encaja con algunas de las pocas reglas concretas generalmente aceptadas acerca de la aplicación de las normas. Una de estas reglas señala que cuando el texto normativo es claro, este es el fin de la cuestión.”* Ese es el caso del artículo 419, su texto normativo es claro y su comprensión no obliga a conectar tal operación a otra norma que en nada se asocia o contrapone ni indirectamente.

- V. Para los jueces discrepantes la Constitución no es una norma sino un sistema normativo, que da unidad y sentido a cada norma que la conforma, apoyándose en tal aserto en el mismo autor Carrasco Durán para sostener que desde esa perspectiva: *“el operador jurisdiccional, al interpretar cada una de las cláusulas, no ha de entenderlas como si cada una de ellas fueran compartimentos estancos o aislados, sino cuidando de que se preserve la unidad de conjunto y de sentido, cuyo núcleo básico lo constituyen las decisiones políticas fundamentales expresadas por el poder constituyente.”*

COMENTARIO: Aunque las normas de la Constitución en efecto constituyen un sistema normativo, por lo general cada una de ellas no tienen el mismo efecto complementario como es el caso de las dogmáticas, sino que son específicas y acotadas; tal es el caso de las orgánicas, que configuran reglas expresas. Es por ello que el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Anonin Scalia¹⁹⁰ sostenía: *“...Cuando se nos pide decidir, no con base en lo que el legislador dice, sino con base en lo que él quiso decir y se nos asegura que no existe una conexión necesaria entre lo que el legislador dice y lo que él quiso decir, nuestra mejor oportunidad para descifrar cual fue la intención del legislador es preguntarnos qué es lo que una persona sabia e inteligente debería haber querido decir. Esto seguramente nos conducirá a la conclusión de que la ley quiere decir lo que uno piensa que ella debe decir –esto es precisamente la forma conforme a la cual los jueces deciden los asuntos en el common law-. En la búsqueda de la intención del legislador existe el peligro que con el triunfo de esa intención se halle disfrazada la intención del juez, sobre el texto de la ley...”*. Ese es el peligro que entrañaría, en nuestra opinión, la crítica de la disidencia a la obligatoria aplicación literal del 419 que efectuó el dictamen de mayoría.

- VI. Los disidentes recuerdan que la Corte Constitucional no debe rebasar los límites impuestos por el poder constituyente al interpretar y aplicar las normas. Dado que su función es (aludiendo a una sentencia del Tribunal Constitucional español) *“custodiar*

190 Un ensayo de Antonin Scalia, Una cuestión de interpretación, Palestra Editores, Lima – 2015.

la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, los cuales nunca podrán rebasar los límites y las competencias establecidas por aquél”.

COMENTARIO: Coincidimos con el parecer expresado por los jueces en este apartado, sin perjuicio de nuestras divergencias en relación con otros conceptos.

- VII.** Los jueces aludidos encuentran que la doctrina que invocaron tiene una clara concreción con el artículo 427 de la CRE, que dispone que las normas constitucionales deben interpretarse por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Y en caso de duda, efectuar dicha interpretación en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

COMENTARIO: Como ya reflexionamos, de la lectura de los considerandos del dictamen de mayoría se aprecia que los autores centraron su análisis en el contenido del Convenio, para establecer si dicho contenido “...se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 419 de la Constitución...”. Cumplieron así, acatando el tenor literal de la norma específica y concreta que debían aplicar en el examen del Convenio y en esa labor no aparece que haya surgido duda alguna.

- VIII.** Los disidentes también advierten, que más allá de si el arbitraje internacional es un mecanismo conveniente para la resolución de conflictos, los jueces y juezas de la Corte Constitucional están obligados a prescindir de sus apreciaciones personales para ejercer a cabalidad las obligaciones como custodios o garantes de la Constitución. Que este deber se acentúa, considerando que la Constitución ecuatoriana es de las que en doctrina se denomina rígida, esto es, que no puede reformarse por el mismo trámite que una ley ordinaria, pues esa rigidez tiene por fin impedir que los poderes constituidos puedan corregir la Constitución a su antojo. Por ende, opera como tope o límite al quehacer de éstos.

De hecho, ello importa una suerte de desconfianza hacia los excesos de los poderes constituidos (reflexión de Néstor Pedro Sagüés en el libro *Teoría de la Constitución*).

COMENTARIO: En este párrafo se insinúa sin fundamento alguno, que los jueces de mayoría en su dictamen habrían reformado y corregido a su antojo la Constitución, cuando es de toda evidencia en dicha opinión de mayoría, que efectuaron la verificación a manera de “*check list*” de todos y cada uno de los 8 condicionantes del artículo 419, que los condujo a concluir que el Convenio CIADI no requería aprobación de la Asamblea Nacional, previa a su ratificación. Es decir, la tarea de custodios o garantes de la Constitución, si que fue cumplida por ellos, sin que haya mediado ningún viso de apreciaciones extrañas al ejercicio de sus magistraturas.

- IX. Para los jueces autores del desacuerdo, la finalidad de la Constitución es la construcción jurídica de un orden político, su creación o aprobación es una manifestación del conjunto social, y, que, si bien puede ser cambiante, toda modificación debe realizarse por los causes reconocidos en la propia norma.

COMENTARIO: El dictamen no entrañó modificación de norma constitucional alguna, ni expresa ni tácitamente, dado que las claras reflexiones del voto de mayoría no permiten espacio a la insinuación “depositada” en el disenso.

- X. Los autores del voto salvado, expresaron que, pese a que el momento político actual pudiere ser diferente, el juez constitucional, como guardián de la Constitución, no puede interpretarla con visiones que respondan a un momento coyuntural de la democracia ecuatoriana. Las distintas percepciones o realidades políticas que pueden presentarse en una democracia, como regla general, no pueden constituir argumento para adecuar las actuaciones de los jueces fuera de los límites que le impone la norma constitucional y el sistema jurídico aplicable. En este sentido, los jueces discordantes sostuvieron, apoyándose en

Ricardo Guastini¹⁹¹ (“Teoría e ideología de la interpretación constitucional”) que: Los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por vía de interpretación. Que, la adaptación de la Constitución a la realidad (política, social, etcétera) es tarea de la revisión constitucional, no de la interpretación. Que la tarea de adaptar un viejo texto constitucional al cambio de las circunstancias, le corresponde al poder de revisión constitucional y no a los intérpretes.

COMENTARIO: Los apuntes tangenciales de la crítica, si bien podrían aplicar a jueces que sobrepasan los límites normativos, (para ejemplo de aplicación refiero un concreto razonamiento de mayoría en la Sentencia¹⁹² No. 10-18-CN/19), tales apuntes

191 Ricardo Guastini, Teoría e ideología de la interpretación constitucional.

192 CASO N° 10-18-CN (Matrimonio entre personas del mismo sexo) 12 de junio de 2019. En efecto, la mayoría interpretó en el párrafo 29, página 7 de la sentencia, que el tenor literal del segundo inciso del artículo 67 de la Constitución tiene un significado que no es unívoco (“... El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.”): “podría afirmarse, por ejemplo, que como él (segundo inciso aludido) no dice que el matrimonio es “solamente” la unión entre un hombre y una mujer, dicho artículo no prohíbe al legislador instituir el matrimonio entre personas del mismo sexo.”. A continuación paso a transcribir sus reflexiones: “...el argumento intencionalista no es claro en identificar de qué se habla cuando se alude a la intención del constituyente. ¿Hablamos, quizá, de la intención de órganos colectivos como la Asamblea Constituyente o el mismo pueblo (manifestado en referéndum aprobatorio)? De ser así, ¿cuál sería tal intención colectiva? Si fuese, sin más, la de poner en vigencia el texto del inciso segundo del citado artículo 67, entonces, el argumento intencionalista no consistiría en nada distinto al argumento literalista, con los problemas -ya indicados- que este presenta; y si, en cambio, la intención del órgano colectivo fuese la de prohibir, bajo cierta interpretación de aquel texto, el matrimonio entre parejas del mismo sexo, ¿dónde estaría, entonces, la base fáctica para acreditar dicha intención (dado que, empíricamente, un ente tal carece de intención)? ¿acaso en las intenciones individuales, en su gran mayoría no expresadas, de los asambleístas constituyentes y de los votantes que apoyaron el texto del citado inciso segundo?, ¿o acaso en las intenciones individuales de los pocos asambleístas y ciudadanos que sí las expresaron en los debates correspondientes?; y, en ambos casos, ¿cómo identificar la intención del constituyente si, como ocurre en todo órgano colectivo, las intenciones individuales de sus miembros son heterogéneas e, incluso, divergentes? Del hecho de que varios asambleístas constituyentes y ciudadanos hayan aprobado el texto del señalado inciso segundo no se sigue lógicamente que todos ellos hayan tenido la intención de prohibir el matrimonio entre personas del mismo sexo; por ejemplo, algunos lo habrán hecho asumiendo una interpretación del texto que no implique tal prohibición, y otros ni siquiera se lo habrán planteado (...)

no se justifican en las circunstancias en que fue elaborado escurpulosamente el Dictamen sobre el Convenio CIADI comentado. La opinión mayoritaria de las juezas y jueces, fue el resultado de una adecuada contrastación de los compromisos del indicado Convenio con las claras reglas del artículo 419 de la Constitución. El análisis no evidencia que haya existido esfuerzo alguno de adaptación de la indicada norma constitucional, por vía de interpretación de ninguna de sus reglas, “al cambio de circunstancias”, circunstancias que además no se concretan en el disenso. La reticencia de los disidentes ante los efectos de la literalidad del artículo 419 de la Constitución y de los compromisos del Convenio CIADI, cae dentro de la descripción que el mismo Ricardo Guastini¹⁹³ esboza en la obra citada por aquellos: *“... De forma más general, en un ordenamiento jurídico constitucionalizado está difundida entre los operadores jurídicos (en jurisprudencia y en doctrina) la tendencia a la ‘sobre-interpretación’ del texto constitucional. Me refiero a aquel conjunto de técnicas de interpretación -o, para decirlo mejor, de integración del Derecho- que consisten en manipular un texto normativo para así obtener gran cantidad de normas inexpressas...”*. Eso es precisamente lo que aflora en la crítica comentada: sobre-interpretación de los artículos 419 y 422 de la Constitución.

- XI.** Los disidentes sostienen, que, bajo sus consideraciones anteriores, el dictamen de mayoría no realizó una interpretación acorde con la integralidad del texto constitucional. Afirman que el artículo 419 debió ser analizado de forma concordante con el 422 de la CRE, pues éste último contiene una prohibición expresa para la suscripción de tratados internacionales en que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias del arbitraje regional, excepto cuando éste fuere entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica en instancias arbitrales de la región.

33. De lo expuesto en los párrafos anteriores se sigue que los argumentos literalista e intencionalista no son aptos para dilucidar, sin más, cuestiones constitucionales como las que este caso plantea...”

193 Ricardo Guastini, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, página 2026, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

COMENTARIO: En puridad, el artículo 419 es el único artículo de la Constitución dedicado al trámite de aprobación previo a la ratificación o denuncia de tratados internacionales por parte de la Asamblea. Por otro lado, como ya se estableció en los comentarios previos, en el análisis del Dictamen, los jueces de mayoría confirmaron que ninguna de las estipulaciones del Convenio CIADI compromete la sumisión de los Estados miembros a la jurisdicción de ese Centro, para lo cual se requiere de una expresa clausula compromisoria; por tanto, ninguna de las cláusulas del Convenio infringe la prohibición del artículo 422 de la Carta.

- XII.** Que, si bien la petición presidencial solicita el dictamen de la Corte Constitucional en lo relativo al artículo 419 de la CRE, sobre la aprobación de los tratados internacionales por parte de la Asamblea, es imprescindible leer a la Constitución como un todo. Ergo, en aras de respetar una comprensión integral de este cuerpo, esta Corte Constitucional estaba obligada a analizar si el Convenio CIADI requiere o no aprobación legislativa previa, al amparo del numeral 7 del artículo 419 de la Constitución y en concordancia con el artículo 422 *ibídem*.

COMENTARIO: Los disidentes giran su cuestionamiento sobre la misma idea ya diseccionada y saturada de evidencias contrarias a su conclusión de que el Convenio CIADI requiere de aprobación de la Asamblea Nacional previo a su ratificación. El dictamen fue suficientemente explícito y minucioso al justificar que ninguno de los compromisos del Convenio estaba incurso en el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución.

- XIII.** Para los jueces discordantes, la decisión adecuada para resolver la petición presidencial relativa al regreso del Ecuador al CIADI, era acudir a los mecanismos dialógicos y participativos que reconoce la Constitución. Que un tema de tanta trascendencia debió ser tratado y discutido en el foro estatal que permite la más elevada y mayor deliberación pública, esto es la Asamblea Nacional, órgano, por antonomasia, representante de la sociedad

ecuatoriana. En esa consideración el regreso al CIADI SI requiere aprobación previa de la Asamblea Nacional.

COMENTARIO: La aspiración de los autores del voto salvado, contradice precisamente su advertencia señalada en el número 15 de su análisis: *“...la Corte Constitucional no debe rebasar los límites impuestos por el poder constituyente al interpretar y aplicar las normas” de la Constitución; y complementan a continuación en el número 17 del mismo análisis: “...los jueces y juezas de la Corte Constitucional estamos obligados a prescindir de nuestras apreciaciones personales para ejercer a cabalidad nuestras obligaciones como custodios o garantes de la Constitución...”*. Sobre la premisa de esas advertencias, ¿cómo llevar a efecto un debate de aprobación del Convenio CIADI que no habilitan o que no lo exigen las reglas específicas del artículo 419 de la Constitución? La indicada aspiración de un debate democrático del Convenio, que según la disidencia debió realizarse, está divorciada del texto del tantas veces mencionado artículo 419 de la Constitución y nuevamente nos recuerda al Juez Scalia¹⁹⁴ y su concepto al respecto: *“... es simplemente incompatible con la teoría de democracia que las leyes signifiquen lo que ellas deberían significar y que sean los jueces, que no son electos, los que decidan lo que eso significa... El texto es la ley y es el texto el que debe ser respetado.”* Para Scalia, *“...en la interpretación textual el contexto lo es todo, pero el contexto de la constitución nos dice que no debemos esperar detalles precisos y que debemos dar a las palabras y frases una interpretación expansiva en lugar de una restringida -aunque si bien no una interpretación que el propio lenguaje no pueda soportar-.”*

194 Un ensayo de Antonin Scalia, Una cuestión de interpretación, Palestra Editores, Lima – 2015.

CONCLUSIONES

Después de haber realizado la revisión del Dictamen de la Corte con su voto de minoría, con el riguroso método escogido, llegamos a dos conclusiones:

1. Que, la Corte en su Dictamen cumplió debidamente su labor cuando sometió el Convenio CIADI al estricto examen de los 8 condicionamientos del artículo 419 de la Constitución, lo que motivó exhaustivamente como lo habrá podido constatar el amable lector.

2. Que, tanto el artículo 419 como el artículo 422 de la Constitución, normas que comparten el ámbito de validez, nunca constituyeron una antinomia en el análisis del Dictamen -como contrariamente sugiere el voto salvado-, pues pueden ser aplicadas sin provocar un conflicto; de tal manera que el cumplimiento de la primera no podría suponer el incumplimiento de la segunda, ni por el acto propio de decisión del Dictamen, ni en lo posterior, cuando el artículo 422 tenga que confrontar un tratado que no se someta a su mandato, si fuere el caso.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República del Ecuador 2008, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Registro Oficial Segundo Suplemento No. 549, 30 de septiembre de 2021.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Registro Oficial 134 de 28 de Julio del 2003, Modificación Registro Oficial 6 de 28-abr.-2005.

Dictamen de la Corte Constitucional No. 5-21-TI/21, CASO No. 5-21-TI.

La interpretación constitucional, Aníbal Quiroga León, Aníbal, Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista de la Facultad de Derecho, N^o. 39, 1985, págs. 323-343.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

Ricardo Guastini, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx

Una cuestión de interpretación, un ensayo de Antonin Scalia, Palestra Editores, Lima – 2015.

EL RETORNO DEL ECUADOR AL CIADI ANÁLISIS DESDE LAS PERSPECTIVAS JURÍDICA Y POLÍTICA

Juan Manuel Marchán¹⁹⁵

Michelle Vasco¹⁹⁶

1. INTRODUCCIÓN

Ecuador denunció el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Internacionales - CIADI (el Convenio), que proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes.¹⁹⁷ La denuncia se sustentó en una supuesta prohibición constitucional. En la práctica, esta renuncia obedeció a una agenda política. Con el último cambio en la línea gubernamental sucedido en 2021, producto de las últimas elecciones, el retorno del Ecuador al Convenio CIADI es un hecho. Este análisis explorará las implicaciones de dicha decisión en el plano jurídico, así como las razones políticas por las que el Ecuador denunció el convenio y aquellas para volver a él.

2. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DEL RETORNO AL CONVENIO CIADI

El Convenio CIADI es un instrumento internacional que requiere dos instancias de aprobación para ejercer pleno efecto: firma y

¹⁹⁵ Socio, Pérez Bustamante & Ponce. Profesor de Arbitraje Internacional, Miembro del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje IEA, Vicepresidente del Comité Nacional de la CCI Ecuador, Máster en Derecho por Columbia University School of Law, Arbitro nacional e internacional.

¹⁹⁶ Asociada Senior - Almeida Guzmán & Asociados, Miembro del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Miembro del Comité Ejecutivo de ECUVYAP (Ecuador Very Young Arbitration Practitioners), Máster en Derecho por Leiden University Law School, programa avanzado de Solución de disputas Internacionales y Arbitraje, Mediadora.

¹⁹⁷ Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (1966) Artículo 1.

ratificación. La primera puede ser considerada una expresión de legítimo interés en formar parte del instrumento que, por lo general, se ejerce por la máxima autoridad del poder ejecutivo, el ministro de Relaciones Exteriores o un delegado autorizado. Sin embargo, el poder ejecutivo no es el único que compone la administración pública en la mayoría de los Estados modernos. Por ello, la segunda instancia de aprobación, la ratificación, constituye un reenvío a otros organismos nacionales competentes para ejercer un control que confirme que el instrumento firmado no se contrapone con el ordenamiento jurídico interno, cuenta con aprobación del resto de poderes del Estado, aprobación popular, entre otros.

El proceso bifásico de integración del Convenio que comprende la firma y ratificación por parte de los Estados miembro está detallado en su articulado. Luego, el proceso interno de cada Estado para llevar a cabo dichas fases corresponde a su ordenamiento jurídico. Los pasos por seguir del Estado ecuatoriano para la firma y ratificación de instrumentos internacionales, como el Convenio, están previstos en la Constitución de la República y desarrollados en la normativa infra constitucional. Las regulaciones mencionadas serán estudiadas en esta sección.

2.1. Proceso de incorporación según el Convenio CIADI

El artículo 71 del Convenio establece el procedimiento para que un Estado pueda denunciarlo, es decir, cesar de pertenecer al Convenio, en los siguientes términos:

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación dirigida al depositario del mismo, la denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

El Ecuador denunció el Convenio mediante el Decreto Ejecutivo No. 1823 de 2 de julio de 2009¹⁹⁸ con base en la interpretación de que este instrumento internacional era contrario a los preceptos constitucionales ecuatorianos. Hoy, doce años después, el Ecuador decide

198 Decreto Ejecutivo 1823 (2 de julio de 2009) Registro Oficial No.632 de 13 de julio de 2009.

volver. Sin embargo, el Convenio no prevé el procedimiento a seguir en el caso específico de Estados anteriormente signatarios que pretenden retornar a ser miembros. Por ello, lo más adecuado es aplicar el procedimiento general de suscripción y ratificación. Este proceso está regulado en los siguientes artículos del Convenio:

Artículo 68

(1) Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

(2) Este Convenio entrará en vigor (...) respecto a cada Estado que con posterioridad deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, 30 días después de la fecha de dicho depósito.

Artículo 69

Los Estados Contratantes tomarán las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios.

Artículo 73

Los instrumentos de ratificación aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositarán en el Banco, quien desempeñará la función de depositario de este Convenio. El depositario transmitirá copias certificadas del mismo a los Estados miembros del Banco y a cualquier otro Estado invitado a firmarlo.

Dado que no existe un procedimiento especial para los casos en que un país signatario decide denunciar el Convenio y, luego, decide volver a firmarlo, se deberá aplicar el procedimiento regular de entrada. De acuerdo con el Artículo 69 citado arriba, ello implica la suscripción y ratificación de conformidad con las normas constitucionales de cada Estado. Es decir, existe una remisión a la normativa interna del Estado signatario para la ratificación. En el caso de Ecuador, dicho proceso esta contenido en la Constitución y otras normas, como se verá a continuación.

2.2. Proceso de incorporación acorde a la normativa ecuatoriana

El procedimiento general para la firma y ratificación de instrumentos internacionales se encuentra previsto en la Constitución de la República y desarrollado en diferentes cuerpos normativos del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Los puntos más relevantes del proceso son:

- a) la suscripción del instrumento por el Presidente de la República;
- b) el dictamen de constitucionalidad de la Corte Constitucional;
- c) de ser aplicable, la aprobación por parte de la Asamblea Nacional; y
- d) la ratificación del instrumento.

Respecto del primer paso, el Presidente de la República es la autoridad facultada para suscribir -y ratificar- tratados.¹⁹⁹ La suscripción como tal no implica requerimientos adicionales; sin embargo, la ratificación está sujeta al dictamen de la Corte Constitucional sobre la conformidad del instrumento a la Constitución de la República.²⁰⁰ El pronunciamiento de la Corte, a su vez, deberá establecer si la materia del instrumento se enmarca en los supuestos contenidos en el Artículo 419 de la Constitución pues, de ser el caso, el instrumento deberá ser revisado y aprobado también por parte de la Asamblea Nacional. La participación de la Corte y de la Asamblea será desarrollada con más detenimiento a continuación.

2.2.3. Dictamen por parte de la Corte Constitucional

Una vez que el Presidente de la República suscribe un instrumento internacional, este debe ser enviado a la Corte Constitucional para que se examine su conformidad con la Constitución mediante un dictamen vinculante.²⁰¹ Dicho dictamen implica “la verificación

199 Constitución de la República del Ecuador (2008) Artículos 147.10 y 418.

200 Id. Artículo 417.

201 Id. Artículo 438.

de la conformidad de su contenido con las normas constitucionales, el examen del cumplimiento de las reglas procedimentales para su negociación, suscripción y aprobación”.²⁰² Además, este pronunciamiento deberá decidir sobre la necesidad de aprobación legislativa de conformidad con lo establecido en el Artículo 419 de la Constitución.

Si el instrumento no recae en esta previsión, el pronunciamiento de la Corte será el único requisito para que proceda su ratificación. Si, por el contrario, la materia del instrumento efectivamente se enmarcase en los supuestos citados, la Asamblea Nacional también deberá analizar el instrumento en cuestión.²⁰³ Es importante destacar que en ambos supuestos el dictamen de la Corte debe darse inmediatamente después de la suscripción. Así, la participación de la Asamblea, de ser necesaria, constituye un paso posterior.

2.2.4. Aprobación por parte de la Asamblea Nacional

Respecto de la participación de la Asamblea Nacional en el proceso de firma y ratificación de instrumentos internacionales, el Artículo 418 de la Constitución establece que, en general, el ejercicio de la potestad de ratificación solo requiere notificación a la Asamblea Nacional. Transcurridos diez días desde esta notificación, el Presidente podrá ratificar el tratado.²⁰⁴

Por excepción, sólo si un instrumento internacional versa sobre la materia detallada en el Artículo 419 de la Constitución, es competencia de la Asamblea Nacional analizar y aprobar el instrumento.²⁰⁵ Esto responde a que los supuestos del artículo referido contemplan materias cuyos efectos se consideran de especial relevancia e interés nacional como, por ejemplo, materia territorial o alianzas políticas o militares. Por ello se considera la participación de los representantes

202 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009) Registro Oficial Suplemento 52 de 22-oct-2009, Artículo 108.

203 Id. Artículo 112.

204 Id. Nota 3, Artículo 418.

205 Id. Nota 3, Artículo 120: “La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: [...] 8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda”.

del pueblo en una tarea que normalmente no está dentro del ámbito de sus competencias. El procedimiento interno de la Asamblea para este asunto es el siguiente:

- a) Se remite el instrumento que requiera aprobación de la Asamblea a una de sus comisiones especializadas.
- b) La comisión especializada emite un informe para cuya elaboración puede solicitar información adicional.
- c) El informe y el instrumento son tratados por el Pleno de la Asamblea, que también puede solicitar información adicional.
- d) La aprobación está sujeta al voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros.

Así, el procedimiento regular de suscripción y ratificación de un tratado comienza con la firma del Presidente o su delegado, pasa por el informe vinculante de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional y regresa a la presidencia para la ratificación. Excepcionalmente, sólo en los supuestos taxativos contenidos en la Constitución, la ratificación dependerá también de que el poder legislativo, la Asamblea Nacional, apruebe el instrumento. Una vez que se ha esclarecido el procedimiento ecuatoriano de ratificación de instrumentos internacionales, a continuación, se analizará el proceso que el Ecuador ha seguido en el caso puntual del Convenio CIADI para consolidar su retorno y su conformidad con la normativa aplicable.

2.3. Proceso de firma y ratificación del Convenio CIADI

Ecuador ha suscrito el Convenio nuevamente, lo que activa el proceso interno para su ratificación. Con base en lo expuesto en secciones anteriores, una vez suscrito, sigue el dictamen vinculante de la Corte Constitucional sobre la pertinencia de la participación de la Asamblea Nacional y la conformidad del instrumento con la Constitución. La Corte ha emitido el Dictamen No. 5-21-TI/21²⁰⁶ en el que estableció

206 Corte Constitucional, Dictamen No. 5-21-TI/21 (30 de junio de 2021).

que el Convenio CIADI no requiere aprobación del legislativo para ser ratificado porque la materia sobre la que versa el instrumento no recae en los casos previstos en el Artículo 419 de la Constitución. Este documento analizará los supuestos contenidos en este Artículo en contraste con la naturaleza del Convenio, para tratar brevemente este punto que se tornó controversial en el Ecuador.

Supuestos contenidos en el Artículo 419 para la revisión excepcional de instrumentos internacionales por la Asamblea Nacional	Sujeción del Convenio CIADI a los supuestos del Artículo 419
Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:	Artículo 1. (1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro). (2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.
1. Se refieren a materia territorial o de límites;	El CIADI de ninguna manera se refiere a materia de límites.
2. Establezcan alianzas políticas o militares;	No establece alianzas sobre estas materias, el objetivo, establecido en su artículo 1, es claro: creación de un centro.
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley;	No crea un compromiso de ningún tipo respecto de las leyes del Ecuador.
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución;	La creación de un centro no se refiere a derechos ni garantías constitucionales del Ecuador.
5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales;	No trata materia sobre política económica ni establece condiciones al respecto.

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio;	La creación del Centro no <u>compromete</u> al Ecuador a suscribir ningún tipo de acuerdo. No existen obligaciones, compromisos, o disposición alguna destinadas a regular el comercio ni las relaciones entre los Estados signatarios. Por otra parte, es posible que acuerdos de integración y comercio sí contemplen como mecanismo de solución del controversias al Convenio CIADI ²⁰⁷ , por lo que ratificarlo podría ser un requisito para suscribir acuerdos de este tipo en los que Ecuador tenga interés.
7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional;	El Convenio crea un centro para <u>facilitar</u> la resolución de disputas, pero el Centro en ningún caso <u>resuelve</u> las disputas. Esta no es siquiera una posibilidad bajo las previsiones del Convenio. Por lo tanto, el Convenio no atribuye competencias a organismos ni autoridades de ningún tipo.
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genérico.	No trata materia relacionada con estos supuestos.

El Convenio CIADI es un instrumento internacional cuyo objeto es la creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas.²⁰⁸ Su contenido está estrictamente ligado a este objetivo, esto es, crear el organismo de solución de controversias y establecer las normas bajo las cuales operará. Formar parte del Convenio únicamente implica que el Estado signatario puede participar en la administración del Centro y que, potencialmente, podría hacer uso de los servicios que ofrece, sin embargo, para ello los Estados parte del Convenio deben suscribir

²⁰⁷ Ver Convenio de la Alianza del Pacífico, TBI modelo de México.

²⁰⁸ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (ahora Banco Mundial), Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, (18 de marzo de 1965) pág. 9.

un instrumento posterior e independiente en el que se consienta el sometimiento de determinadas disputas a arbitraje administrado por el CIADI y/o bajo su reglamento. El consentimiento posterior, del que depende la aplicación de arbitraje y/o conciliación bajo administración del CIADI, puede ser otorgado en un tratado de inversiones, en contratos internacionales, en una ley o norma interna que prevea su uso. Sobre este punto es importante precisar que el CIADI, al ser una institución administrativa, no resuelve por sí mismo controversias. La resolución de disputas es competencia de un tribunal arbitral independiente, designado por las partes de la controversia.²⁰⁹ Por ello, que el Ecuador ratifique el Convenio CIADI no es equivalente a suscribir un instrumento con cláusula arbitral, ni cede 'jurisdicción' alguna.

Con base en estas consideraciones, se puede concluir que la ratificación del convenio CIADI no debe estar sujeta a la aprobación de la Asamblea Nacional y que el Dictamen No. 5-21-TI/21 ha sido emitido en apego a las disposiciones de la normativa ecuatoriana para el procedimiento de ratificación, acorde a la naturaleza del Convenio²¹⁰.

3. CONSIDERACIONES POLÍTICAS DEL RETORNO AL CIADI

Una vez analizados los requerimientos jurídicos que el retorno al Convenio supone, desde el punto de vista procedimental se concluye que dicha reintegración es posible de acuerdo con el Convenio y viable mediante el proceso general de firma y ratificación de instrumentos internacionales, de conformidad con la normativa Ecuatoriana. Sin embargo, la firma y ratificación del CIADI no está basada únicamente en criterios normativos, sino que implica consideraciones políticas sobre su conveniencia para los intereses del Estado ecuatoriano, más allá de la sola factibilidad procedimental. Ahora bien, ¿si el Ecuador denunció del Convenio bajo consideraciones de inconveniencia y

209 Id. Nota 1, Artículo 1(2).

210 Se interpuso una acción de constitucionalidad contra el Convenio CIADI que implica un control posterior y material del tratado, más allá del Dictamen referido. A la fecha de elaboración de este artículo, esta acción sigue pendiente de resolución. La Corte deberá pronunciarse definitivamente acerca de la conformidad del Convenio con el ordenamiento jurídico interno y en especial con el artículo 422 de la Constitución.

‘opresión’²¹¹, por qué retornar? Para responder esta pregunta cabe analizar con cierto detenimiento las circunstancias de denuncia del Convenio y compararlas con el escenario actual.

3.1. Contexto en que se dio la denuncia del CIADI

Ecuador suscribió el Convenio CIADI por primera vez el 15 de enero de 1986; el 7 de febrero de 2001, el Congreso Nacional lo aprobó. Finalmente, el Convenio se ratificó mediante el Decreto Ejecutivo 1417-B de 6 de abril de 2001. Desde entonces, el Ecuador ha enfrentado 14 arbitrajes administrados por el CIADI, de los cuales:

En ocho casos el país tuvo que pagar indemnizaciones a las compañías petroleras, eléctricas y de otros sectores, aunque por montos menores a los planteados en las demandas. Estas [alcanzan en conjunto] un total de USD 9 928 millones, pero al final el Ecuador terminó pagando 1 929,6 millones. El país obtuvo fallos a favor en dos casos y en el resto, [hubo desistimientos] o se llegó a un acuerdo amistoso. El último arbitraje que enfrentó el país en el marco de este centro de resolución de disputas fue con la petrolera Perenco, a la cual tendrá que pagar 374 millones.²¹²

En 2008, el país celebró elecciones democráticas y la línea del gobierno del economista Rafael Correa, el presidente a la época, optó por la preferencia de medios y recursos internos frente a aquellos externos y por la integración regional como prioridad sobre aquella de mayor alcance internacional. Consecuentemente, buena parte de la agenda política del gobierno de la época tenía como uno de sus pilares la ‘no intervención’ de influencias extranjeras y el ‘resguardo’ de la soberanía ecuatoriana. En el mismo año, el Ecuador tuvo un cambio de carta magna a la Constitución de 2008 vigente a la fecha. Esta incluye provisiones que limitan la participación del Ecuador respecto

211 Bretton Woods Project, “ICSID en crisis ¿Camisa de fuerza o protección a la inversión?” (27/07/2009) Disponible en: <https://www.brettonwoodsproject.org/es/2009/07/art-564989/>

212 Aquaintel, Informe Express, “Ecuador suscribió convenio para arbitraje internacional en inversión extranjera” (23/06/2021) Disponible en https://www.aquaintel.com.ec/public/reports/20210623_Informe_Express_Ecuador_suscribio_convenio_CIADI_para_arbitraje_inversion_extranjera.pdf

de la suscripción de instrumentos internacionales. El Artículo 422 de la Constitución, actualmente sujeto a una acción constitucional de interpretación que está pendiente, en su primer párrafo reza:

Artículo 422 (Constitución de la República).- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. (énfasis añadido)

Este Artículo fue uno de los principales fundamentos del Decreto Ejecutivo 1823 de 2 de julio de 2009 mediante el que se denunció el Convenio. No obstante, el contenido del Convenio no implica cesión alguna como se estableció en secciones anteriores. Por ello, es importante comprender la aproximación del gobierno de la época respecto del Convenio y de los instrumentos internacionales relativos a arbitraje en general:

A finales de mayo de 2009, el presidente ecuatoriano, Rafael Correa denunció públicamente al ICSID y dijo que Ecuador se retiraría del ICSID si fuera necesario “para la liberación de nuestros países porque el ICSID significa colonialismo, esclavitud con respecto a las transnacionales, con respecto a Washington, con respecto al Banco Mundial.” Luego, en la conferencia de la ONU sobre la crisis económica a finales de junio de 2009, los presidentes de Bolivia y Ecuador pidieron el cierre del ICSID y retaron los acuerdos existentes sobre el mercado libre. La amenaza de parte de Ecuador de abandonar la organización respaldó la decisión de Bolivia el cual se retiró del ICSID en 2007.²¹³

Así, con varios procesos arbitrales adversos, una línea política contraria al sistema CIADI y una reforma constitucional limitante en cuanto a la celebración de instrumentos internacionales, el gobierno de turno usó el Artículo 422 como vehículo para la aplicación de

213 Bretton Woods Project, “ICSID en crisis ¿Camisa de fuerza o protección a la inversión?” (27/07/2009) Disponible en: <https://www.brettonwoodsproject.org/es/2009/07/art-564989/>

su ideología y denunció varios tratados bilaterales de inversiones y el Convenio.

La evolución del CIADI a partir de la denuncia de Ecuador

Desde la denuncia del Convenio del CIADI por parte de Ecuador en el año 2009, este instrumento no ha sufrido cambios sustanciales en su estructura ni en sus reglas generales, pero sí en su eficiencia operacional, transparencia y alcance. Ecuador fue el segundo Estado en abandonar el CIADI después de Bolivia, seguido por Venezuela que fue el tercero en hacerlo.

El funcionamiento del sistema CIADI en el año anterior a la denuncia del Convenio por el Estado ecuatoriano estuvo marcado por un incremento porcentual del 12% en el número de casos. De los casos pendientes en dicho período, 28 fueron concluidos. De ellos, 17 concluyeron en laudos de los cuales (i) 9 aceptaron la pretensión del inversionista al menos parcialmente; (ii) 6 rechazaron el reclamo sobre el fondo o declinaron la jurisdicción; y, (iii) 2 incorporaron los acuerdos de conciliación de las partes. Además, el 49% de los casos involucraron a Estados de la región de América Latina y el Caribe.²¹⁴

Por otro lado, durante este mismo año el CIADI fue protagonista de una importante renovación en cuanto a su eficiencia operacional, a pesar de que sufrió cambios en su conformación debido a, por ejemplo, la denuncia del Convenio del CIADI por parte de la República de Bolivia que marcó el primer retiro de un Estado contratante y redujo el número de miembros a ciento cuarenta y tres.²¹⁵ Parte de la mejora en la eficiencia del Centro fue el resultado de innovación tecnológica, primero, con la implementación de un nuevo sitio web que permitió la visualización digital de contenido disponible del organismo, así como el acceso a materiales e información sobre el CIADI. Es decir, se dio el primer paso hacia la transparencia dentro del sistema.

214 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informe Anual 2008, <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2008-annual-report-spanish.pdf>> (Última visita: 17/8/2021).

215 Id.

Además, se creó un sistema electrónico de administración de casos, lo que permitió mayor publicidad y acceso de las partes a las piezas procesales de sus casos.²¹⁶

En cuanto a la cooperación con otras instituciones, se evidenciaron relaciones como la celebración de audiencias de casos CIADI en la Corte Permanente de Arbitraje y el Centro Internacional de Singapur, así como colaboración con el Consejo Internacional de Arbitraje Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)²¹⁷.

En 2009, el año de la denuncia ecuatoriana del Convenio, hubo 24 nuevos casos registrados de los cuales 9 correspondieron a arbitrajes que involucraron a Estados de América Latina y el Caribe. En 14 de los casos administrados por el CIADI durante este periodo, las partes involucradas eran países en vías de desarrollo o inversores provenientes de estos países. La mayoría de las controversias versaron sobre inversiones relativas a los sectores de energía y servicios públicos. Además, durante este período se registraron 6 solicitudes de anulación de laudos emitidos en el marco del Convenio del CIADI.²¹⁸

Fue en este contexto que Ecuador denunció el Convenio del CIADI.²¹⁹ Es presumible que, con la denuncia al Convenio por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela, estos Estados buscaban limitar la aplicación del arbitraje internacional en disputas contra Estados en vías de desarrollo, pues el fundamento utilizado para tales denuncias esgrimía una supuesta falta de imparcialidad y manifiesta favorabilidad hacia los inversores en perjuicio de tales Estados. Tales alegaciones se basaron en los varios procesos y fallos en contra de Bolivia, Ecuador y Venezuela en aquella época. En todo caso, el Centro y los tribunales arbitrales conformados conforme al mecanismo CIADI conservan

216 Id.

217 Id.

218 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informe Anual 2009, <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2009-annual-report-spanish.pdf>> (Última visita: 17/8/2021).

219 Id.

su competencia para administrar y resolver aquellas controversias y procesos arbitrales nacidos durante la vigencia del Convenio; por lo que los procesos que se estaban sustanciando contra estos Estados se mantuvieron hasta su resolución años después, sin perjuicio de su denuncia.

Además, como se desprende de los datos expuestos en los párrafos anteriores, las estadísticas no apuntaban a una situación particularmente desfavorable o alarmante para los Estados miembro cuyas economías estuvieran en vías de desarrollo. De hecho, en el mismo año en el que Ecuador denunció el CIADI, Kosovo²²⁰ y Haití²²¹, Estados con economías en desarrollo, ratificaron el Convenio. Luego, desde 2010 hasta 2020, más de una docena de Estados firmaron y ratificaron el Convenio, entre ellos México, Irak, Canadá y Sudán del Sur.²²² Como se puede observar, varios países, incluyendo algunos en vías de desarrollo, decidieron suscribir y ratificar el Convenio pese a la campaña perjudicial que implicó -o quiso implicar- la triple denuncia ocurrida en América Latina. La tendencia de aumento de suscripciones y ratificaciones después de tales denuncias ha sido marcada. En suma, sólo Bolivia, en 2008, Ecuador, en 2009 y Venezuela, en 2012, han denunciado el Convenio hasta el momento.

Naturalmente, con la llegada de más Estados miembro con economías en vías desarrollo, esta institución experimentó un incremento de los casos en contra de dichos Estados y también de casos iniciados por inversores nacionales de los mismos. De esta manera, aproximadamente el 25% de los nuevos casos registrados en 2010, luego de la denuncia del Ecuador, estuvieron relacionados con Estados en vías de desarrollo y el 37% de las controversias resueltas correspondían a disputas relacionadas con los sectores petrolero, energético y

220 Id.

221 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informe Anual 2010, <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2010-annual-report-spanish.pdf>> (17/8/2021).

222 Ver Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informes Anuales de 2010 a 2020, disponibles en: (<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2010-annual-report-spanish.pdf>) (última visita: 17/8/2021).

minero,²²³ comúnmente estratégicos para las economías en referencia. No obstante, este porcentaje decreció en un 10% entre 2011 y 2013.²²⁴

En 2014, la cantidad de casos administrados por el CIADI aumentó. Sin embargo, de los casos nuevos, solo el 7% involucraba a Estados de América del Sur.²²⁵ En este período, el CIADI también celebró acuerdos de cooperación con instituciones de arbitraje en todo el mundo, se propuso reducir los tiempos de administración y conducción de casos, y tomó acción para transparentar los procedimientos a través de la publicación de las decisiones emitidas en el contexto del Convenio.²²⁶

Para 2015, el CIADI logró reducir sus tiempos de registro y administración de nuevos casos, acelerando así los procesos de resolución de controversias, además, el organismo generó herramientas para facilitar el entendimiento del arbitraje de inversiones bajo reglas CIADI. Bajo este contexto, el inicio de nuevos procedimientos arbitrales administrados por el CIADI aumentó, alcanzando 52 casos nuevos en ese año. Solo el 4% de ellos involucraron a Estados de América del Sur. Asimismo, las solicitudes de anulación de laudos arbitrales se redujeron exponencialmente, alcanzando sólo la cantidad de 6. Por otro lado, es necesario mencionar que, para 2015, la conformación de los tribunales arbitrales y comités ad hoc se diversificó, incluyendo a un 20% de designaciones de nacionales de países en vías de desarrollo.²²⁷

En 2016, si bien la cantidad de solicitudes de nulidad aumentó a 12, aquello, según el Informe Anual de ese año, “refleja en gran medida la mayor cantidad de laudos dictados en los años anteriores”.²²⁸

223 Id. Nota 25.

224 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informe Anual 2011, <<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2011-annual-report-spanish.pdf>> (Última visita: 17/8/2021)

225 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informe Anual 2014, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2014-icsid_ar14_spa.pdf> (Última visita: 21/8/2021).

226 Id.

227 Id. Informe Anual 2015.

228 Id. Informe Anual 2016.

Durante este año, de los 25 casos resueltos, los tribunales arbitrales declinaron jurisdicción en cinco, rechazaron las pretensiones del inversionista en seis y aceptaron parcial o totalmente las reclamaciones en catorce.²²⁹ Hasta este punto, las controversias sometidas a la administración del CIADI versaron predominantemente sobre materia relativa a petróleo, gas y minería.

Entre 2016 y 2017 el CIADI fue la institución administradora de más del 70% de los procedimientos arbitrales internacionales conocidos en materia de inversión. Solo en 2017, se registraron 49 nuevos casos y se dictaron 32 laudos en el marco de esta institución. De esos laudos, 6 fueron una declinación de jurisdicción, 11 fueron un rechazo de las reclamaciones del inversionista y 12 acogieron las reclamaciones total o parcialmente, incluso, un caso fue desestimado por falta de mérito jurídico. Durante el período reportado en el Informe Anual de 2017, los casos iniciados en contra de Estados de América del Sur aumentaron a un 21%. Asimismo, se presentaron 13 solicitudes de anulación, pero esto también es un reflejo del aumento en la emisión de laudos frente a los años anteriores. De estas solicitudes, siete fueron presentadas por Estados y seis por inversionistas.²³⁰

En 2018, el CIADI fue seleccionado como “registro administrativo en los capítulos de inversión de [...] tratados de libre comercio” y coadyuvó con organizaciones como la UNCTAD, la CNUDMI y la OCDE en la promoción de las inversiones y el desarrollo sostenible. En ese contexto, alcanzó los 279 casos administrados. En este mismo período registró 57 nuevos casos y 46 casos concluidos. Los tribunales arbitrales bajo administración CIADI dictaron 24 laudos, de los cuales 6 declinaron jurisdicción, 3 rechazaron las reclamaciones del inversionista y 15 admitieron sus reclamaciones al menos parcialmente. Durante este año, la tendencia de casos en contra de Estados de América del Sur se redujo nuevamente a un 12% del total. Se presentaron 17 solicitudes de anulación de laudos arbitrales, de las cuales 10 fueron presentadas por los Estados y 7 por los inversionistas,

229 Id.

230 Id. Informe Anual 2017.

alcanzando el punto más alto de solicitudes de anulación hasta ese momento²³¹.

En 2019, hubo 306 casos administrados por el CIADI y 24 laudos dictados en este contexto. De ellos, en 4 se declinó la jurisdicción del tribunal, en 8 se rechazó la totalidad de las reclamaciones del inversionista y en 11 se admitieron al menos parcialmente sus pretensiones. Durante este período se registraron solo 8 solicitudes de anulación.²³²

Durante 2020, el CIADI administró 303 casos, de los cuales el 32% correspondió a casos que involucraron a Estados de América del Sur. Se dictó un total de 35 laudos y se registraron 19 solicitudes de anulación. De los laudos resueltos, 4 declinaron la jurisdicción del tribunal, 2 rechazaron las pretensiones por falta de mérito jurídico, 12 rechazaron la totalidad de las pretensiones del inversionista y 15 admitieron parcial o totalmente las reclamaciones contra el Estado. En el contexto de las medidas tomadas a raíz de la pandemia del COVID-19, durante 2020 se realizó una transición tecnológica que permitió la presentación y emisión electrónica de documentos y laudos y la virtualidad en la conducción de las audiencias y sesiones.

Los registros expuestos, correspondientes a cada año desde la denuncia del Ecuador al Convenio, demuestran que la tendencia integrativa del CIADI se mantuvo. Además, no existe indicio alguno que permita concluir que el CIADI se había convertido en un organismo fútil o poco utilizado al momento de la salida ecuatoriana ni en los años siguientes. Tampoco se puede colegir que la Comunidad Internacional haya demostrado falta de confianza alguna en los mecanismos de resolución de disputas que administra el CIADI, sino lo contrario.

Cabe puntualizar que el aumento o decrecimiento de casos confiados a la administración del CIADI no tiene nada que ver con el

231 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informe Anual 2018, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/ICSID_AR18_Interior_Spanish_CRA_web.pdf> (Última visita: 21/8/2021).

232 Id. Informe Anual 2019.

Convenio que crea a la entidad. La pieza clave y fuente directa del incremento de casos sometidos al arbitraje en el marco del Convenio del CIADI durante todos estos años es la suscripción de TBIs. El aumento en la suscripción de estos instrumentos, además, no es sorprendente. En vista del avance de la economía globalizada, es indispensable contar con un sistema eficaz y especializado en la materia de inversión transfronteriza que dé respuestas adecuadas a las necesidades que devienen de ella.²³³

Por otra parte, en octubre de 2016 inició el cuarto proceso de enmiendas a las reglas del CIADI, en el cual participan tanto los Estados parte del Convenio como el público en general.²³⁴ Dicho proceso²³⁵ incluye cuestiones relativas a la digitalización de los procedimientos, la introducción de nuevos plazos y la posibilidad de contar con procedimientos expeditos en aras de conseguir la reducción de tiempos y costos. Se ha propuesto reformas sobre el nombramiento y la recusación de árbitros²³⁶, la obligación de revelar la obtención de financiamiento de terceros, la garantía por costos, la acumulación de casos, la transparencia, así como la participación de partes no contendientes.²³⁷ En el proyecto constan las reglas para objetar reclamaciones sin mérito legal manifiesto y para solicitar la conducción bifurcada del procedimiento, lo cual resulta particularmente beneficioso para los Estados inmersos en un procedimiento arbitral de inversiones.²³⁸

También se sugiere la celebración de reuniones sobre manejo de casos para poder aclarar y determinar con especificidad la materia de cada disputa, a fin de reducir los tiempos de los procedimientos arbitrales.²³⁹ Asimismo, una de las propuestas que forma parte de las

233 A, POLANÍA, "El arbitraje en América Latina: ¿hay futuro!", Revista Perspectiva Edición 24, 2010.

234 Id. Nota 34.

235 Id. Informe Anual 2018.

236 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Updated Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules of June 15, 2021, < https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Backgrounder_WP_5.pdf > (Última visita: 21/8/2021).

237 Id. Nota 35.

238 Id. Nota 40.

239 Id.

posibles enmiendas es el establecimiento de reglas para la asignación de costos, a fin de que se tome en cuenta el resultado del proceso, la conducta de las partes (actuaciones costo-efectivas y cumplimiento de las reglas y las órdenes del tribunal arbitral), la complejidad del caso y la razonabilidad de los costos reclamados. Incluso se plantea reglas relativas a la asignación de costos en los casos de manifiesta falta de mérito para que, como regla general, se otorguen la restitución de costos a la parte vencedora.²⁴⁰

De igual forma, se propone el desarrollo de reglas relativas a la mediación²⁴¹ y al mecanismo de *fact-finding*, “que permite a los Estados y a los ciudadanos extranjeros la oportunidad de constituir un Comité para realizar hallazgos objetivos de hechos que podrían resolver la controversia entre las partes.”²⁴² Finalmente, el CIADI se encuentra trabajando en cooperación con la CNUDMI en un proyecto de Código de Conducta para árbitros y otras personas que ejerzan funciones de adjudicación en la Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados²⁴³.

Dada su reintegración al Convenio CIADI, el Ecuador podrá participar activamente en el proceso de enmienda anteriormente detallado y podrá proponer sugerencias para una mejor adecuación del sistema a sus necesidades, como país suramericano en vías de desarrollo.

Los beneficios que trae el CIADI al Ecuador tras su retorno

El Convenio tiene como uno de sus objetivos evitar riesgos no comerciales que obstaculizan la libre circulación de la inversión privada internacional como, por ejemplo, el riesgo político. Uno de los factores que colabora con este objetivo es la formación de jurisprudencia con base en las resoluciones emitidas por los tribunales arbitrales que funcionan bajo el mecanismo CIADI. Por ejemplo, las resoluciones

²⁴⁰ Id.

²⁴¹ Id.

²⁴² Id.

²⁴³ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informe Anual 2020, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/ICSID_AR20_Spanish_CRA_Web.pdf> (Última visita: 21/8/2021).

respecto de las expropiaciones sin compensación adecuada constituyen precedentes para casos análogos posteriores, ayudan a consolidar el Derecho Internacional de Inversiones y permiten la revisión de la vigencia de las reglas jurídicas respectivas. Formar parte del Convenio y tener acceso al sistema implica colaborar con y beneficiarse de la consecución del objetivo señalado.

Ahora bien, existen otras ventajas que vendrán con el retorno del Ecuador al Convenio. En líneas generales, esto probablemente conlleve una gran oportunidad para la promoción del país como receptor de la inversión de fuente extranjera. Lo anterior podría resarcir el impacto del pronunciamiento unilateral que realizó el Ecuador en diciembre del 2007, que no podría considerarse como una estrategia de atracción de la inversión extranjera. Mediante este pronunciamiento, el país notificó la exclusión de las controversias “en materias relativas al tratamiento de una inversión que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros”²⁴⁴ de la jurisdicción del CIADI.

Sin embargo, con la denuncia del Convenio en 2009 esta notificación pierde vigencia, pues, en su calidad de instrumento accesorio, sólo podía tener efecto mientras estuviera vigente la relación principal. Así, la declaración unilateral del Ecuador cesó sus efectos con la denuncia al Convenio. La nueva adherencia del Ecuador al CIADI está aislada de toda declaración anterior. Además, la promoción de las inversiones de fuente extranjera —motivo principal que impulsó al Ecuador a re-adherirse al Convenio— perdería todo sentido si se priva el acceso a este sistema de solución de disputas de inversión precisamente a los sectores más susceptibles de atraerla tratándose de un país exportador de materias primas como el petróleo y el gas, y donde la generación termoeléctrica ha impulsado —y seguirá impulsando— proyectos de gran magnitud.

244 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Database of ICSID member States: Ecuador, <<https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>> (Última visita: 18/8/2021).

De forma específica, el retorno del Ecuador al CIADI implica que el Estado tendrá representación en el Consejo Administrativo²⁴⁵, organismo encargado de adoptar todo reglamento administrativo, financiero e incluso procedimental relativo a los métodos de solución de conflictos que el Centro administra, entre otras funciones.²⁴⁶ El Ecuador tendrá un voto con el mismo valor que el de cualquier otro miembro, independientemente de su antigüedad o de su contribución al Banco Mundial.²⁴⁷ Asimismo, el Ecuador tendrá la potestad de designar a cuatro personas para conformar la Lista de Conciliadores y la Lista de Árbitros.²⁴⁸ Sin embargo, como se expuso en secciones anteriores, el Ecuador solo podrá sujetar sus controversias en materia de inversiones a arbitraje o conciliación según las reglas y administración CIADI a través de la promulgación de una ley de la que se pueda inferir consentimiento expreso a someterse a estos mecanismos, a través de un tratado bilateral de inversiones o a través de un contrato.²⁴⁹

Para brindar una mayor legitimidad a las decisiones emitidas por tribunales arbitrales en el contexto del CIADI, la sección 5 del Convenio prevé los recursos de aclaración, revisión y anulación de laudo arbitral, en caso de que existiere controversias sobre el laudo.²⁵⁰ Sin duda, uno de los mayores beneficios específicos que aporta la ratificación del Convenio es que, en caso de que se llegare a emitir una condena que imponga al inversionista el pago de valores o cumplimiento de obligaciones a favor del Ecuador, dicho laudo sería obligatorio para el inversor y podrá ser ejecutado dentro del territorio de cualquier Estado contratante, sin necesidad de observar un procedimiento de homologación o una ritualidad especial dirigida a la ejecución de instrumentos extranjeros.²⁵¹

245 Id. Nota 1, Artículo 4(1).

246 Id. Artículo 6.

247 Id. Artículo 7.

248 Id. Artículo 12.

249 Id. Artículo 25.

250 Id. Artículos 50, 51, 52.

251 Id. Artículo 54.

En cuanto a los beneficios de integración económica, vale recalcar que el regresar al Convenio del CIADI permite al país reencontrarse con la Comunidad Internacional y relacionarse con nuevos socios comerciales. Por ejemplo, la entrada de Ecuador al mecanismo de integración de la Alianza del Pacífico se vio condicionada a su reincorporación al CIADI debido a los obstáculos que existían respecto a la protección de inversiones e ingreso del mercado internacional. Así, con el retorno al CIADI, el país ha recobrado su oportunidad para regresar a la mesa de negociación y, además, para promover la formación de acuerdos comerciales con países como Qatar, Canadá, Corea del Sur y México.²⁵²

Como último punto, se debe mencionar que, al parecer, las objeciones que condujeron al Ecuador a denunciar el Convenio del CIADI han sido superadas. Actualmente, los TBIs tienden no solo a imponer estándares a favor del inversionista, sino también a exigir al inversionista el cumplimiento de la normativa relacionada con la protección al medio ambiente, los derechos laborales y los derechos humanos.²⁵³ En este contexto, el CIADI permite fomentar la atracción de inversionistas responsables que se comprometan a contribuir el desarrollo del país y que, además, se responsabilicen por sus actuaciones y se comprometan con el cumplimiento de la legislación nacional relativa a los derechos sociales.

CONCLUSIONES

Las consideraciones que llevan a un Estado a suscribir un instrumento internacional son diversas. Algunas atañen a la posibilidad objetiva de suscripción de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno y otras, quizá las más influyentes, derivan de la conveniencia y efectos que dicha suscripción pueda acarrear a su agenda de gobierno

252 “Gremios empresariales respaldan regreso de Ecuador al CIADI”, *El Universo*, <<https://www.eluniverso.com/noticias/economia/gremios-empresariales-respaldan-regreso-de-ecuador-al-ciadi-nota/>> (Última visita: 18/8/2021).

253 Y, CASTILLO MENESES, “¿Los Estados como demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados? Comentario al laudo Urbaser vs. Argentina”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, 20, pp. 443-457.

e intereses. Por ello, este análisis tomó en cuenta los ámbitos jurídico y político con la finalidad de estudiar integralmente el retorno del Ecuador al Convenio CIADI.

En cuanto al aspecto jurídico, existen dos ámbitos normativos a considerar: las regulaciones del propio Convenio y el ordenamiento legal ecuatoriano. Del primero se colige que no existen normas específicas que prevean casos como el ecuatoriano, en los que se ha denunciado este instrumento y se pretenda regresar tiempo después. Por ello, se ha de aplicar el procedimiento general de suscripción y ratificación para nuevos Estados miembros.

Ahora bien, en la normativa ecuatoriana la firma y ratificación son pasos sucesivos de competencia del Presidente del Republica. EL primer paso no requiere participación de entidades gubernamentales adicionales, pero el segunda, la ratificación, como regla general necesita del dictamen vinculante de la Corte Constitucional. Por excepción y sólo si la Corte Constitucional resuelve que el instrumento se enmarca en los supuestos del artículo 419 de la Constitución, se requiere también la aprobación de la Asamblea Nacional. El Convenio CIADI no se enmarca en los supuestos del artículo 419, como lo ha resuelto la Corte Constitucional en el dictamen No. 5-21-TI/21 y como también se concluye al analizar el objeto y contenido del instrumento internacional a la luz del mencionado artículo.

El análisis político del retorno del Ecuador al Convenio se centró en las circunstancias de la denuncia, en la evolución o cambios del sistema CIADI desde el abandono del Ecuador hasta su retorno y en las implicaciones de ello. Los varios procesos arbitrales iniciados en contra del Estado ecuatoriano; los laudos adversos que devinieron de algunos de estos procesos; la línea política nacionalista, regionalista y contraria al CIADI; y un cambio constitucional en desmedro de los instrumentos internacionales; asistieron a la denuncia de este instrumento por parte del Ecuador.

Luego de la denuncia referida, se dio una mejora en la eficiencia operacional del centro mediante la implementación de herramientas

tecnológicas, mejora respecto del manejo general de los casos mediante la optimización de procedimientos, entre otros. Posiblemente sea a consecuencia de ello que desde el 2009, año de la denuncia, hasta el 2020, año anterior al retorno ecuatoriano, 21 Estados se unieron al Convenio. Entre ellos, varios Estados latinoamericanos y con economías en vías de desarrollo como Haití, Kosovo y México. Es importante recalcar que el CIADI no resuelve las controversias, ni participa de manera alguna en la materia de los procesos que administra. De ahí que se tome en cuenta las mejoras operacionales y administrativas a efectos de esta conclusión.

Consecuentemente, con más miembros y un mejor sistema de administración, los casos de arbitraje internacional de inversiones administrados por el Centro aumentaron. Sin embargo, ello no implica *per se* laudos condenatorios, pues muchas demandas se inadmiten por falta de jurisdicción y competencia, otros procesos culminan con el rechazo de las pretensiones del inversionista o con su aceptación parcial. Por ejemplo, en 2020 se emitieron 35 laudos en el contexto del CIADI. De ellos, 4 esgrimieron la inadmisión por falta de jurisdicción y competencia, 2 rechazaron las pretensiones por falta de méritos, 12 rechazaron la pretensión del inversionista y sólo 15 aceptaron parcial o totalmente estas pretensiones. De los datos estudiados no se puede colegir que el sistema esté viciado o parcializado a favor del inversionista. Por el contrario, las estadísticas anuales permiten deducir que existen diversas formas de concluir los procesos administrados por el CIADI y, de la mano de lo especificado en el párrafo anterior, que el retorno del Ecuador a este sistema no implicará necesariamente la emisión de laudos condenatorios para el Estado.

Adicionalmente, en 2016 se dio el cuarto proceso de enmienda a las reglas de procedimiento CIADI. Entre las reformas propuestas constan cambios favorables para los Estados como partes procesales, por ejemplo, la obligación de revelar el financiamiento de terceros, el procedimiento para objetar demandas por falta de mérito, una nueva forma de asignación de costas y un código de conducta para el Tribunal.

Con estas consideraciones, se puede concluir que el retorno del Ecuador al Convenio CIADI traerá varios beneficios. En general, la apertura del Ecuador para nuevas y mayores oportunidades de recepción de inversión extranjera. En específico, la participación en la administración del centro, en las reformas a las reglas de procedimiento mencionadas en el párrafo anterior y en la designación de miembros de la lista de conciliadores y árbitros. Todo lo anterior implica participación en la conformación y funcionamiento del organismo que, de ser el caso, administraría los casos de arbitraje internacional de inversiones relacionados con el Ecuador.

Finalmente, la confianza de los Estados en el sistema CIADI ha incrementado desde la denuncia del Ecuador a este instrumento. Por ello, no sólo existen más adherentes, sino que la membresía se torna un requerimiento para varios otros instrumentos y procesos de integración internacional. El retorno del Ecuador implica la posibilidad de formar parte de dichos procesos, y esto, a su vez significa capacidad de participación y visibilidad imprescindibles para formar parte de la Comunidad Internacional y para participar eficientemente en un mundo cada vez más globalizado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aquaintel, Informe Express, “Ecuador suscribió convenio para arbitraje internacional en inversión extranjera”, disponible en: (https://www.aquaintel.com.ec/public/reports/20210623_Informe_Express_Ecuador_suscribio_convenio_CIADI_para_arbitraje_inversion_extranjera.pdf) (Última visita: 23/06/2021).
- Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (ahora Banco Mundial), Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, (18 de marzo de 1965).
- Bretton Woods Project, “ICSID en crisis ¿Camisa de fuerza o protección a la inversión?”, isponible en: <https://www.brettonwoodsproject.org/es/2009/07/art-564989/> (Última visita: 27/07/2009).

- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Informes Anuales de 2008 a 2020, disponibles en: (<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/annual-report/es/2010-annual-report-spanish.pdf>) (última visita: 17/8/2021).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Updated Backgrounder on Proposals for Amendment of the ICSID Rules of June 15, 2021, disponible en (https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Backgrounder_WP_5.pdf) (Última visita: 21/8/2021).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Database of ICSID member States: Ecuador*, <<https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros/base-de-datos-de-estados-miembros-del-ciadi>> (Última visita: 18/8/2021).
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449 (20 de octubre de 2008).
- Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (1966).
- Corte Constitucional, Dictamen No. 5-21-TI/21 (30 de junio de 2021).
- Decreto Ejecutivo 1823, Registro Oficial No. 632 (13 de julio de 2009).
- Diario El Universo, “Gremios empresariales respaldan regreso de Ecuador al CIADI”, disponible en (<https://www.eluniverso.com/noticias/economia/gremios-empresariales-respaldan-regreso-de-ecuador-al-ciadi-nota/>) (Última visita: 18/8/2021).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Registro Oficial Suplemento No. 52 (22-oct-2009).
- Polaina, “*El arbitraje en América Latina: ¿hay futuro!*”, *Revista Perspectiva* Edición 24 (2010).
- Y. Castillo Meneses, “¿Los Estados como demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados? Comentario al laudo Urbaser vs. Argentina”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, ISSN 1870-4654, V.20 (2020).

DESMITIFICANDO FALSAS CREENCIAS: NO EXISTE CORRELACIÓN ENTRE EL CIADI Y LOS RESULTADOS QUE HA TENIDO EL ECUADOR EN ARBITRAJES DE INVERSIÓN

David Toscano Andrade^{254, 255}

Abstract

Este trabajo confirma que no existe correlación entre los resultados favorables, o desfavorables, que ha tenido Ecuador en arbitrajes internacionales ante el CIADI y el hecho de que esos arbitrajes hayan sido resueltos ante el CIADI. Mas bien, el resultado depende de la ley aplicable y los hechos específicos de cada caso. Las estadísticas de los casos CIADI de Ecuador muestran que el resultado global de esos casos es balanceado y que estos no favorecen particularmente a los inversionistas; ni tampoco perjudican, de manera particular, a la República del Ecuador.

Abstract

This essay confirms that there is no correlation between the favorable, or unfavorable, results that Ecuador has had in ICSID international arbitrations and the fact that those cases have been brought before ICSID. To the contrary, the result depends on the

254 David Toscano es Socio Fundador de TADIR Dispute Resolution, quien centra su práctica en arbitraje internacional. David ha actuado como abogado patrocinador de compañías de alto perfil en arbitrajes internacionales bajo reglas CIADI, CNUDMI y CCI. David es profesor de la Universidad San Francisco de Quito, en las cátedras de Contratos, Litigación Oral y Derecho Internacional Privado, y actúa como profesor en la Maestría de Arbitraje y Litigio Internacional de la misma universidad.

255 El autor agradece la participación de Sebastián Arrieta Uquillas en la investigación realizada dentro del proceso de redacción de este artículo.

applicable law and the specific facts of each case. Statistics of Ecuador ICSID cases show that the overall result of those case is rather balanced, and do not particularly favor investors, nor they particularly harm the Republic of Ecuador.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo cuestiona la premisa de que el arbitraje internacional ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“*CIADI*” o “*Centro*”) ha perjudicado al Estado ecuatoriano y que, típicamente ha favorecido a los inversionistas extranjeros. Este no es el caso. De hecho, los resultados de los casos llevados ante el CIADI demuestran que hay un equilibrio y que no existe correlación entre, por un lado, el resultado de esos casos y, por el otro, el hecho de que aquellos arbitrajes se hayan resuelto por un tribunal CIADI.

El presente trabajo inicia con una breve explicación del arbitraje internacional de inversiones. Después, se realiza un análisis estadístico de los arbitrajes internacionales que han sido traídos en virtud de un tratado internacional (“*Arbitraje Internacional de Inversiones*”), haciendo un especial énfasis en los arbitrajes internacionales que se han resuelto ante tribunales del CIADI (“*Casos CIADI*”). El presente trabajo no considera Casos CIADI que hayan iniciado por vía contractual.²⁵⁶

Luego, se realiza un análisis más detallado de aquellos casos que fueron favorables para el Estado ecuatoriano, incluyendo aquellos que resultaron de la emisión de una ley conocida como “*Ley 42*”. Dentro de este análisis, se consideran ciertos casos en los que, si bien Ecuador obtuvo un laudo desfavorable, su defensa tuvo aspectos positivos que

²⁵⁶ En este trabajo se han identificado al menos 3 Casos CIADI que iniciaron por vía de contrato y no tratado. Estos son: *Repsol YPF Ecuador S.A. y otros v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/01/10, Laudo, 20 de febrero de 2004 (a favor de los demandantes); *City Oriente Limited v. República del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/06/21, Resolución Procesal Dejando Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 12 de septiembre de 2008 (Proceso terminado de mutuo acuerdo); *Corporación Quiport S.A. y otros v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/09/23, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceedings, 11 de noviembre de 2011 (Proceso terminado de mutuo acuerdo).

merecen ser resaltados. Finalmente, se presentan las conclusiones alcanzadas en este trabajo.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN EL ECUADOR: LA NATURALEZA DEL CONVENIO CIADI ES DISTINTA A LA DE LOS TBIs

Para presentar un análisis apropiado del contexto de los casos CIADI en el Ecuador, es preciso entender que el Arbitraje Internacional de Inversiones está compuesto por un sistema de fuentes. De esas fuentes se derivan aspectos que son clave para el desarrollo de esta rama del derecho. Naturalmente, el Arbitraje Internacional de Inversiones, como su nombre lo indica, es una rama del derecho internacional público. Por ende, las fuentes del derecho que lo rigen son aquellas que tienen una naturaleza internacional, y no las fuentes de derecho local.

Las fuentes del derecho internacional público están recogidas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Una de esas fuentes consiste en tratados internacionales.²⁵⁷ Para el Derecho Internacional de Inversiones, es de particular importancia un tipo de tratados que típicamente se conocen como Tratados Bilaterales de Inversión ("**TBI**s").²⁵⁸ Los TBIs son tratados internacionales en los que un estado acuerda otorgar ciertas protecciones a las inversiones que se realicen en el territorio de dicho estado. Estos compromisos son generalmente recíprocos y buscan que las inversiones provenientes

257 Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945, Artículo 38 ("*1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. [...].*" (énfasis añadido)

258 Existe mucha variedad de tratados relevantes para el derecho internacional de inversiones y no necesariamente se trata de tratados bilaterales. Un ejemplo de ello es el North American Free Trade Agreement (NAFTA), celebrado entre Estados Unidos, Canadá y los Estados Unidos Mexicanos, que contiene un capítulo (Chapter 11) relativo a protección de inversiones.

de ambos estados, y por tanto los inversionistas que efectúan dicha inversión, tengan protección suficiente para promover el desarrollo recíproco de las inversiones en los estados que son parte del TBI.

Pese a que los TBIs tienen un protagonismo indudable en el Arbitraje Internacional de Inversiones, estos no son los únicos tratados que existen en esta materia, aquellos conviven con otros tratados internacionales. Este es el caso, por ejemplo, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("**Convenio CIADI**"). El Convenio CIADI es el tratado internacional que creó el Centro.

El CIADI fue creado como entidad autónoma y multilateral especializada, que busca brindar un mecanismo para el arreglo de diferencias entre inversionistas extranjeros y Estados. Es una institución, un organismo internacional, que fue creado por un tratado internacional. El Convenio CIADI estuvo motivado por la necesidad de crear "*medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias.*"²⁵⁹

Así, en su artículo 1, el Convenio CIADI creó el Centro (institución), cuyo objeto fue definido de la siguiente manera:

*"[...] **facilitar** la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje **de acuerdo con las disposiciones de este Convenio**"*²⁶⁰ (énfasis añadido)

El texto resaltado pone de manifiesto la naturaleza del Convenio CIADI y del Centro, pues el tratado internacional estableció normas destinadas a regular el funcionamiento del Centro, como la institución destinada a facilitar la solución de diferencias internacionales en materia de inversión. Esto es clave para entender que existen diferencias

259 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1965, ("**Convenio CIADI**"), Preámbulo.

260 Convenio CIADI, Artículo 1(2).

fundamentales entre la naturaleza de los TBIs, el Convenio CIADI, y el Centro. Estos no pueden ser confundidos.

En primer lugar, el Convenio CIADI contiene un conjunto de normas de carácter orgánico, que busca regular el funcionamiento del Centro y, entre otras, de los eventuales tribunales arbitrales que operarán bajo su auspicio. A diferencia de un TBI, el CIADI no contiene norma alguna que regule estándares de protección aplicables a la inversión extranjera. Esta es una materia que está típicamente regulada en los TBIs, mismos que contienen estándares de protección tales como no expropiación, trato justo y equitativo, no discriminación, protección y seguridades plenas, trato nacional, nación más favorecida, etc.

De esto se desprende que un tribunal arbitral no recurrirá al Convenio CIADI para determinar el contenido y alcance de dichos estándares. El Convenio CIADI no es una fuente de derecho internacional del cual se pueda derivar responsabilidad internacional del Estado por la violación de aquellos estándares. Para determinar si es que existió una violación a una norma de derecho internacional público, que derive en responsabilidad internacional del Estado, el tribunal arbitral deberá recurrir al TBI y a otras fuentes de derecho internacional que sean aplicables – pero no al Convenio CIADI.

En segundo lugar, el Convenio CIADI no contiene norma alguna que permita un inversionista someter sus disputas a arbitraje internacional y obligar a un Estado acudir a dicho arbitraje de manera automática. La razón es que los Estados que son parte del CIADI no otorgan, como regla general, su consentimiento para someter sus disputas a arbitraje internacional. Este es un principio que está claramente recogido en el preámbulo del Convenio CIADI:

“[...] la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;” (énfasis añadido)

Al ratificar el CIADI, el Estado no otorga consentimiento automático para resolver disputa alguna. Esto es una materia que estará reservada para los TBIs, u otros instrumentos susceptibles de otorgar dicho consentimiento. Así, el Convenio CIADI se diferencia de un TBI en que generalmente solo este último contendrá el consentimiento del Estado para acudir a arbitraje. Ese consentimiento puede contener la opción de acudir a un tribunal arbitral constituido bajo las normas del Convenio CIADI. Cuando ese sea el caso, entonces un arbitraje internacional CIADI podrá llevarse a cabo.

3. NO EXISTE CORRELACIÓN ENTRE RESULTADOS NEGATIVOS PARA EL ESTADO ECUATORIANO Y LAS REGLAS QUE HAN REGULADO EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El Estado ecuatoriano ha participado en 25 casos de arbitraje internacional de inversión basados en un TBI.²⁶¹ Esos casos no fueron iniciados bajo 25 tratados diferentes, sino que estos se concentraron en un grupo de TBIs particulares, siendo el TBI celebrado entre Estados Unidos y Ecuador el tratado internacional que ha sido la fuente de la mayoría de los arbitrajes internacionales de inversión.²⁶²

La siguiente tabla contiene el detalle del número de arbitrajes iniciados bajo cada uno de los TBIs que dieron paso a Arbitrajes Internacionales de Inversión:²⁶³

	Tratado Bilateral de Inversión	Número de Arbitrajes Iniciados (2002-2021)
1	Estados Unidos - Ecuador	16
2	España - Ecuador	3
3	Canadá - Ecuador	4

261 UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

262 UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

263 UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

4	Francia - Ecuador	1
5	Bolivia - Ecuador	1
TOTAL		25

La opción de acudir a Arbitraje CIADI existía en todos estos tratados internacionales, siendo la única alternativa en el caso del TBI Francia-Ecuador.²⁶⁴

En 2009, inició el proceso de denuncia del Convenio CIADI por el Ecuador, a través del Decreto Ejecutivo No. 1823 emitido por el entonces Presidente Rafael Correa Delgado.²⁶⁵ En su Artículo 1, aquel decreto resolvió “[d]enunciar y por tanto declarar terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados -CIADI” y, en su Artículo 2, derogar el Decreto Ejecutivo No. 1417-B de 6 de abril de 2001, mediante el cual se ratificaba el Convenio.²⁶⁶ La denuncia significó que, en adelante, la opción de acudir al CIADI no estaba disponible para los inversionistas. Este trabajo se concentra en Arbitrajes CIADI que tuvieron como fuente un TBI. Así, se analiza el período 2002 (cuando se presentó el primer arbitraje CIADI en contra de Ecuador)²⁶⁷ y 2009 (Cuando se denunció el Convenio CIADI).

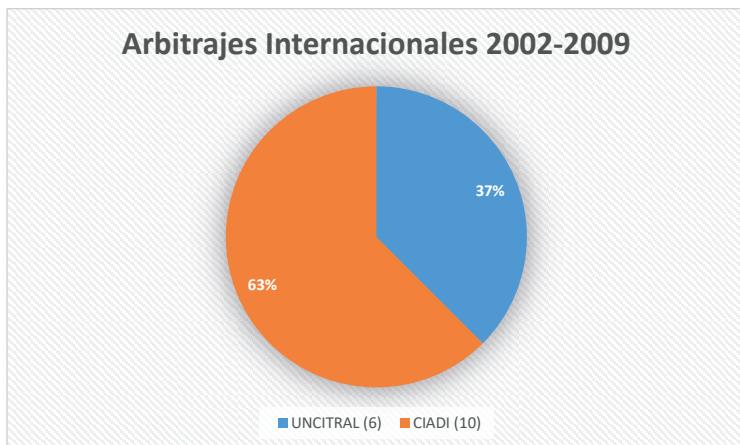
264 Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, 27 de agosto de 1993, Artículo VI(3) (“*TBI Ecuador-Estados Unidos*”); Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996, Artículo XI(2); Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 29 de abril de 1996, Artículo XIII(4); Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, 19 de junio de 1997, Artículo 9; Convenio entre la República de Bolivia y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 25 de mayo de 1995, Artículo IX(3).

265 Decreto Ejecutivo No. 1823, Presidencia de la República, R.O 632 de 13 de julio de 2009.

266 Decreto Ejecutivo No. 1823, Presidencia de la República, R.O 632 de 13 de julio de 2009.

267 *IBM World Trade Corp. v. República del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/02/10, Laudo, 22 de julio de 2004. En 2001 se inició otro Arbitraje CIADI en contra de la República del Ecuador, aunque aquel no tuvo como base un TBI, sino un contrato. Se trata de un caso iniciado por Repsol YPF y otros contra Petroecuador. Este caso fue favorable para Repsol, condenando

En el período comprendido entre 2002 y 2009, la opción de acudir al CIADI fue la más utilizada por los inversionistas extranjeros. Se iniciaron 10 Arbitrajes CIADI en dicho período, correspondiendo al 63% del total de procesos iniciados hasta el 2009:



Como se ve en el gráfico, diez casos correspondieron a Arbitraje CIADI. Los seis restantes, fueron arbitrajes iniciados bajo el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI). Es decir, que en el 37% de los casos, los inversionistas optaron por no acudir al CIADI. De esto, surgen inmediatamente algunas preguntas: ¿Qué pasó en esos casos? ¿En cuántos de ellos el Ecuador obtuvo un resultado adverso? ¿Existe una correlación entre esos resultados adversos y el CIADI?

3.1. No existe correlación entre resultados negativos para el Estado ecuatoriano y el arbitraje CIADI

Para responder a las preguntas presentadas en el párrafo anterior, se analizaron los 10 Arbitrajes CIADI que se iniciaron en ese período. Atendiendo al resultado de dichos casos, se desprende que no todos

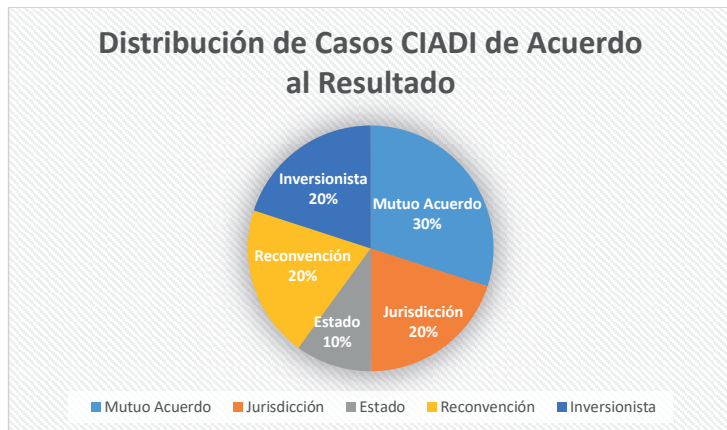
a Petroecuador al pago de aproximadamente USD 13.6 millones. Ver *Repsol YPF Ecuador S.A. y otros v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI No. ARB/01/10, Laudo, 20 de febrero de 2004.

los arbitrajes terminaron con una decisión favorable para el inversionista (y, por ende, una decisión adversa para el Estado), sino que aquellos casos terminaron dentro de una de las siguientes circunstancias:

- a) De mutuo acuerdo (antes de que una decisión final del tribunal arbitral fue emitida);
- b) El tribunal desechó el caso con base a cuestiones jurisdiccionales;
- c) Se desecharon todas las pretensiones del inversionista;
- d) El estado ecuatoriano presentó una reconvencción y ésta fue resuelta favorablemente para el estado.
- e) El tribunal otorgó una o más pretensiones reclamadas por el inversionista.

Una vez que se han identificado los posibles resultados de los arbitrajes internacionales analizados, se ha contabilizado cuántos arbitrajes corresponden a cada una de las categorías, obteniendo valores porcentuales. Los casos en que el tribunal arbitral resolvió a favor de una reconvencción presentada por el Estado ecuatoriano no fueron contabilizados como favorables o desfavorables para el estado ni para el inversionista, sino que se consideraron como rubros independientes.

En base a las consideraciones anteriores, las estadísticas muestran lo siguiente:



En los diez casos CIADI analizados, existe un balance entre los resultados obtenidos por los inversionistas y por el estado ecuatoriano. En el 10% de los casos, el resultado fue favorable para el estado en la fase de méritos del arbitraje.²⁶⁸ El 20% de los casos fue resuelto en sede jurisdiccional en favor del Estado, donde el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer el caso.²⁶⁹ Entre estos dos rubros, el Estado habría tenido una resolución favorable (en fase jurisdiccional o fase de méritos) en el 30% de los casos. Igualmente, el 30% de los casos, las partes llegaron a un acuerdo que puso fin a la disputa.²⁷⁰ En el 20% de los casos, el tribunal otorgó una o más pretensiones de

268 *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

269 *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/05/9; *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

270 *Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/17; *Noble Energy Inc. and Machala Power Cía. Ltd. v. República del Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12; *IBM World Trade Corp. v. República of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/02/10; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

la demanda a favor del inversionista.²⁷¹ En el 20% de los casos restantes, el inversionista obtuvo un laudo favorable, pero Estado también obtuvo una reconvención a su favor.²⁷²

La conclusión que se desprende de estas estadísticas es que no existe una correlación entre el Arbitraje CIADI y la existencia de resultados negativos para el estado ecuatoriano. De hecho, es cuestionable la premisa de que el Estado ecuatoriano ha sido perjudicado o ha obtenido resultados desfavorables. Incluso si es que el rubro correspondiente a reconvenciones no fuese tomado como un rubro independiente, este debería distribuirse *a prorrata*, otorgando un porcentaje de favorabilidad al Estado y otro al inversionista. Además, se debe considerar que hay un 10% de casos resueltos en sede jurisdiccional que podrían computarse como desfavorables para el inversionista. En general, las cifras analizadas sugieren que no existe correlación entre el Arbitraje CIADI y los resultados favorables o desfavorables para el Estado.

3.2. Las estadísticas de arbitrajes CNUDMI (casos iniciados entre 2002 y 2009) son consistentes con las estadísticas de los arbitrajes CIADI

En el período 2002-2009, se iniciaron seis arbitrajes bajo el reglamento CNUDMI ("*Arbitrajes CNUDMI*"). El resultado de esos seis arbitrajes tampoco sugiere una tendencia en la que el Estado ecuatoriano haya tenido predominantemente resultados adversos. Esto es consistente con los datos obtenidos en los Arbitrajes CIADI.

Respecto a los casos iniciados entre 2002 y 2009, los Arbitrajes CNUDMI caen dentro de una de las siguientes categorías:

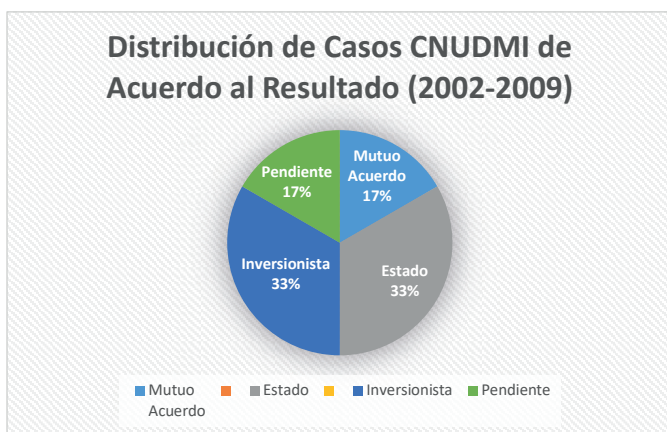
a) Terminación por mutuo acuerdo;

271 *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador (II)*, Caso CIADI No. ARB/06/11; *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. República del Ecuador* (ICSID Case No. ARB/04/19); Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

272 *Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5; *Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6.

- b) Se desecharon todas las pretensiones del inversionista;
- c) El tribunal otorgó una o más pretensiones reclamadas por el inversionista.
- d) El caso aún se encuentra pendiente.

A diferencia de los casos CIADI, no hay resoluciones que hayan otorgado una reconvencción a favor del Estado. Tampoco hay casos que se hayan resuelto favorablemente en fase jurisdiccional. Los datos computados arrojan los siguientes resultados:



De los seis casos, uno de ellos (17%) terminó por mutuo acuerdo de las partes.²⁷³ Dos de esos casos (33%) fueron resueltos en favor del estado, al haberse rechazado las pretensiones en la fase de méritos.²⁷⁴ En otros dos casos (33%), el inversionista obtuvo una decisión

²⁷³ *Globalnet - Únete Telecomunicaciones S.A. y Clay Pacific S.R.L. v. República del Ecuador*, Orden de Conclusión de Procedimiento Arbitral, 7 de agosto de 2013; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

²⁷⁴ *Ulysseas, Inc. v. República del Ecuador*, PCA No. 2009-19; *EnCana Corporation v. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3481; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

favorable en los aspectos de fondo del arbitraje.²⁷⁵ Finalmente, existe un caso (17%) que se encuentra aún pendiente.²⁷⁶ Estos datos sugieren que durante el período 2002-2009 no existió correlación alguna entre resultados desfavorables para el Estado y los Arbitrajes conducidos bajo reglas CNUDMI.

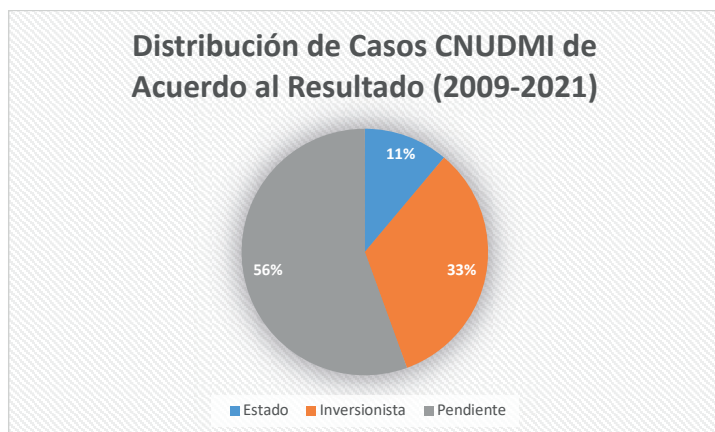
Con posterioridad a la denuncia del Convenio CIADI en 2009, el Arbitraje Internacional de Inversiones en el Ecuador estuvo dominado por arbitrajes (reportados) bajo el Reglamento CNUDMI. En el período 2009-2021, se han reportado nueve arbitrajes internacionales de inversión que surgieron de un TBI. En cuanto a los resultados, estos se pueden clasificar dentro de los siguientes parámetros:

- a) Se desecharon todas las pretensiones del inversionista;
- b) El tribunal otorgó una o más pretensiones reclamadas por el inversionista;
- c) El caso se encuentra pendiente.

²⁷⁵ *Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador (I)*, Caso LCIA No. UN3467; *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, Caso PCA No. 2007-02/AA277; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

²⁷⁶ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Company v. República del Ecuador (II)*, PCA Case No. 2009-23; Ver UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format)*, 31 de diciembre de 2020.

Los datos computados arrojan los siguientes resultados:



En el gráfico se observa que el mayor número de casos que fueron iniciados entre los años 2009 y 2021 se encuentran en estado “pendiente”. Es decir, que no han llegado a ser resueltos. Este rubro corresponde al 56% de los casos (5 arbitrajes).²⁷⁷ En el 33% de los casos (3 arbitrajes), el tribunal arbitral aceptó las pretensiones de los inversionistas.²⁷⁸ En el 11% de los casos (1 arbitraje) el Estado prevaleció, pues el tribunal arbitral desechó las pretensiones del inversionista en la fase de méritos.²⁷⁹

²⁷⁷ *WorleyParsons International, Inc. v. Republic of Ecuador; Aecon v. Ecuador; Mantenimientos, Ayuda a la Explotación y Servicios S.A. and Sociedad Española de Montajes Industriales S.A. (formerly Consorcio GLP) v. Republic of Ecuador; Zamora Gold Corporation v. Ecuador; RSM Production Corporation v. Republic of Ecuador; Ver UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), 31 de diciembre de 2020; Ver también Jack Ballantyne, Airport Investor Brings Tax Claim Against Ecuador, Global Arbitration Review, 28 de septiembre de 2020.*

²⁷⁸ *Copper Mesa Mining Corporation v. República del Ecuador, Caso PCA No. 2012-2; Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador (II), Caso PCA No. 2012-16; Merck Sharpe & Dohme (I.A.) Corporation v. The Republic of Ecuador, Caso PCA No. 2012-10; Ver UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), 31 de diciembre de 2020; Ver también Jus Mundi, Reporte de Merck v. Ecuador, último acceso el 15 de noviembre de 2021.*

²⁷⁹ *Albacora S.A. v. República del Ecuador, PCA Case No. 2016-11; Ver UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), 31 de diciembre de 2020.*

En este período, no es posible llegar a una conclusión debido a que más del 50% de los casos se encuentra pendiente. El porcentaje de éxito del Estado podría incrementarse conforme se vayan resolviendo dichos arbitrajes. En el período 2002-2009, donde todos los arbitrajes iniciados en dicho tiempo han concluido (excepto por uno), vemos que existió un balance en los resultados de los arbitrajes, tanto en Arbitrajes CIADI como en arbitrajes UNCITRAL. No se descarta que esa tendencia continúe cuando los casos que se encuentran en estado “pendiente” se vayan resolviendo.

4. ANÁLISIS DE LOS CASOS QUE RESULTARON EN DECISIONES FAVORABLES PARA EL ESTADO ECUATORIANO

Habiendo establecido que no existe una correlación entre decisiones adversas para el Estado y Arbitrajes CIADI, a continuación, se presenta un análisis del caso en donde existió una decisión favorable para el Estado en la fase de méritos. El objetivo es presentar los hechos y las razones por los cuales el tribunal encontró que aquellos no fueron susceptibles de generar responsabilidad internacional. Este caso es: *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. v. República del Ecuador* (“*MCI v. Ecuador*”).²⁸⁰

Además, se analizan a continuación los dos casos en el que el tribunal arbitral encontró que no tenía jurisdicción para conocer la demanda presentada por el inversionista. Se trata de los arbitrajes *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/05/9 (“*EMELEC v. Ecuador*”) y *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4 (“*Murphy v. Ecuador*”).

4.1. MCI v. Ecuador: los hechos no fueron susceptibles de una violación al TBI

El arbitraje de MCI fue iniciado en 2002 y el laudo fue emitido el 31 de julio de 2007.²⁸¹ Los Demandantes presentaron pretensiones

280 *M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6 (“*MCI v. Ecuador*”).

281 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007.

sobre violaciones a los estándares de trato justo y equitativo, trato no discriminatorio o arbitrario, protección y seguridades plenas, y expropiación bajo el TBI Ecuador – Estados Unidos.²⁸² Ninguna de estas pretensiones fue admitida por el tribunal arbitral. A continuación, se analizan dos de estas pretensiones, relativas a trato justo y equitativo y expropiación, por ser aquellas donde se centró prioritariamente la discusión del caso.

Los demandantes son dos, MCI Power Group L.C. (“*MCI*”) y New Turbine Inc., ambas compañías constituidas en Estados Unidos de América. Estas compañías controlaban a la compañía Seacoast (también estadounidense), quien firmó un contrato de suministro de electricidad con el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (“*INECEL*”) en 1995.²⁸³ Seacoast debía proveer la instalación y operación de dos plantas de generación de energía eléctrica en Santa Elena y en Santo Domingo, y vender esa energía a INECEL.²⁸⁴

Durante la ejecución del contrato, surgieron diferencias en cuanto al pago de la energía, reembolsos de costos de combustible y la imposición de multas y penalidades por parte de INECEL a Seacoast.²⁸⁵ En abril de 1996, Seacoast suspendió la operación de las dos plantas de generación y también suspendió la entrega de energía a INECEL, argumentando la falta de pago de facturas de acuerdo a los términos del contrato.²⁸⁶ Un mes después, como respuesta, INECEL dio por terminado el contrato, alegando incumplimiento contractual por parte de Seacoast.²⁸⁷ En julio de 1996, las acciones de Seacoast relativas a la generación de energía fueron transferidas a otra entidad denominada Ecuapower.²⁸⁸ En abril de 1997, se realizó una reunión inicial para la liquidación del contrato, convocándose a una “Comisión de Liquidación”.²⁸⁹ Estas reuniones

282 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 232.

283 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 195.

284 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 195.

285 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 200.

286 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 200.

287 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, pp. 201-202.

288 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 204.

289 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 209.

continuaron hasta que la Superintendencia de Compañías de Ecuador revocó el permiso de operación de Seacoast en febrero de 1999.²⁹⁰ El mismo año, en marzo de 1999, se dieron por terminadas las reuniones de la Comisión de la Liquidación.²⁹¹ Con la suspensión del permiso de operación, se cayeron negociaciones entre Seacoast y Ecuador para la celebración de un convenio arbitral. También se declaró la nulidad de un proceso local iniciado por Seacoast, donde la corte ecuatoriana determinó que ésta carecía de legitimidad de personería por haber perdido el permiso de operación.

Trato Justo y Equitativo. El hecho alegado por los Demandantes como violatorio de trato justo y equitativo fue una demora injustificada en la constitución de la comisión que estaría a cargo de la liquidación del contrato, después de que este fue terminado. Transcurrieron 7 meses hasta que el proceso previsto en el contrato para proceder con la liquidación del contrato inicie.²⁹² También alegaron que Ecuador tenía una obligación de negociar de buena fe dentro de la Comisión de Liquidación del Contrato y que el Estado violó dicha obligación, pues no se resolvieron las diferencias relativas a facturas impagas y multas impuestas unilateralmente por INECCEL dentro de dicha comisión para la liquidación del Contrato.²⁹³

Ninguno de estos elementos dio paso a la pretensión de los demandantes. Según el tribunal arbitral, aquellos hechos no sugirieron la existencia de mala fe en el comportamiento de INECCEL. Adicionalmente, el tribunal encontró que el hecho de que no se haya alcanzado un acuerdo para la liquidación definitiva del contrato tampoco era susceptible de dar paso a una violación del TBI. Ello porque la comisión de liquidación no era un mecanismo de resolución de disputas, ni tampoco existía una obligación de

290 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 211.

291 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 212.

292 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 256.

293 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, pp. 256-261.

INECEL de llegar a un acuerdo dentro de ese foro. Así, el tribunal determinó que:

*“La legitimidad de las expectativas del trato debido por parte del inversor extranjero protegido por el TBI no dependen de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza sobre el contenido de las obligaciones exigibles.”*²⁹⁴

En los hechos, el tribunal encontró que Seacoast no tenía una legítima expectativa fundada, pues no existía una obligación de solucionar las controversias existentes a través de la comisión de liquidación.²⁹⁵ Así, el tribunal rechazó la pretensión de que el Estado ecuatoriano habría violado el estándar de trato justo y equitativo del TBI.

Los demandantes también alegaron que la revocación del permiso de operación de Seacoast habría devenido en que Ecuador decidió no continuar con la negociación de un convenio arbitral, en la emisión de una decisión de nulidad de una corte local, y en un alegado hostigamiento a Seacoast por parte de autoridades locales. Ninguna de estas alegaciones fue aceptada.

Respecto a la alegación de que Seacoast tenía expectativas legítimas en el juicio local que fue anulado por la revocatoria del permiso de funcionamiento (sobre la base de que Seacoast habría perdido personería), el tribunal sostuvo que no procede la reclamación de trato justo y equitativo. La decisión estuvo basada en el hecho de que fue la propia inacción de la compañía la que generó que el juicio devenga en una nulidad y que ésta no utilizó las vías locales que estaban a su alcance para subsanar el problema (a pesar de que continuaban estando a su disposición).²⁹⁶

²⁹⁴ *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 280.

²⁹⁵ *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 281.

²⁹⁶ *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 349-353.

Sobre la alegación de que el inversionista habría perdido la confianza en la justicia local, el tribunal determinó lo siguiente:

“[...] dentro de las alegadas legítimas expectativas de un inversor frente a los comportamientos exigibles a un Estado receptor no pueden incluirse las meras apreciaciones subjetivas sobre la imposibilidad de lograr una solución viable a través de los recursos judiciales internos del Estado cuando esos recursos ni siquiera fueron propiamente activados. Seacoast aceptó la nulidad de la acción judicial que contenía sus reclamos sobre los incumplimientos contractuales de INECCEL y no apeló [...] En definitiva, Seacoast consintió la declaración de nulidad de su acción judicial. Tampoco Seacoast demostró interés en constatar las posibilidades de presentar una nueva demanda [...]”²⁹⁷

De manera similar, el tribunal rechazó el reclamo de que habría existido una violación de trato justo y equitativo debido a que el Estado optó por no continuar con las negociaciones de un convenio arbitral después de que fue revocado el permiso de funcionamiento. El tribunal consideró que “las Demandantes no probaron la existencia de una obligación por parte de las autoridades ecuatorianas de llegar a un acuerdo de arbitraje.”²⁹⁸ Por lo tanto, “la frustración de las negociaciones para acordar un arbitraje no violó el estándar de trato justo y equitativo del TBI y, por lo tanto, no generó la responsabilidad de Ecuador frente a las eventuales expectativas de Seacoast para llegar a celebrar ese acuerdo.”²⁹⁹

Finalmente, respecto a la alegación de hostigamiento, el tribunal consideró que el mismo no fue probado al no haber presentado “evidencias significativas de una conducta sistemática de discriminación.”³⁰⁰ Frente a la sugerencia de los demandantes de que no encontraría justicia en las cortes ecuatorianas, el tribunal opinó que “esas apreciaciones subjetivas ponen de manifiesto un cierto grado

297 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 349.

298 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 322.

299 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 324.

300 *MCI v. Ecuador*, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 364.

de negligencia que afectó la toma de decisiones por parte de Seacoast en cuanto a la eventual solución de los conflictos planteados.”³⁰¹

Finalmente, respecto al estándar de trato justo y equitativo, el tribunal concluyó lo siguiente:

“El Tribunal observa que el trato justo y equitativo obliga convencionalmente a los Estados parte del TBU a respetar los estándares de tratamiento requeridos por el derecho internacional. El derecho internacional mencionado por el Artículo II del TBI se refiere al derecho internacional consuetudinario, es decir a la práctica reiterada, general y constante de los Estados respetada por éstos con conciencia de su obligatoriedad. El trato justo y equitativo es entonces la expresión de una norma de derecho. Un trato injusto o inequitativo, al igual que un trato arbitrario, es aquel al que el Tribunal podrá razonablemente reconocer como un acto contrario a derecho.

*En este sentido, el trato justo y equitativo no puede confundirse con la aplicación de la regla ex aequo et bono que presupone un ejercicio amplio de la discrecionalidad de los árbitros en la búsqueda de una solución a la controversia planteada.”*³⁰²

Expropiación. Los demandantes argumentaron que la revocación del permiso de operación por parte de la Superintendencia de Compañías constituía en sí misma una expropiación y también una violación al estándar de trato justo y equitativo. El tribunal no estuvo de acuerdo con dicho argumento. El tribunal observó lo siguiente:

*“Para el Tribunal el permiso para operar se relaciona básicamente con la necesidad de instalar, poner en funcionamiento y operar las plantas generadoras de electricidad. Seacoast, al momento de producirse la revocación de su permiso, había transferido sus derechos sobre las plantas por lo que no era la dueña ni operaba dichas plantas.”*³⁰³

El tribunal consideró que para que se configure una expropiación “debe necesariamente contemplarse la existencia de una interferencia

301 MCI v. Ecuador, Laudo, 31 de julio de 2007, p. 368.

302 MCI v. Ecuador, 31 de julio de 2007, Laudo, pp. 369-370.

303 MCI v. Ecuador, 31 de julio de 2007, Laudo, p. 298.

sustancial por parte del Estado que afecte el uso y goce de la inversión protegida.”³⁰⁴ En los hechos, debido a que en junio de 1996, las acciones de Seacoast relativas a la generación de energía fueron transferidas a Ecuapower, el tribunal consideró que “la falta de titularidad sobre la inversión [...] restringe la posibilidad de alegar la revocación del permiso para operar como una expropiación.”³⁰⁵

4.2. EMELEC v. Ecuador: éxito en fase jurisdiccional

El arbitraje fue iniciado en 2005, bajo el TBI Ecuador-Estados Unidos, y el laudo fue emitido el 2 de junio de 2009.³⁰⁶ El tribunal decidió que las personas que iniciaron el arbitraje, actuando a nombre de EMELEC, no contaban con personería jurídica para representarla en un Arbitraje CIADI.³⁰⁷ El tribunal ni siquiera llegó a considerar si es que éste tenía jurisdicción bajo el artículo 25 de dicho Convenio. Así, el tribunal no tuvo que analizar si existía una inversión (*ratione materiae*)³⁰⁸ o si EMELEC tenía la calidad de inversionista (*ratione personae*).³⁰⁹ Por su parte, Ecuador obtuvo un resultado favorable, sin que se haya tenido que analizar todas las excepciones a la jurisdicción.

304 *MCI v. Ecuador*, 31 de julio de 2007, Laudo, p. 300.

305 *MCI v. Ecuador*, 31 de julio de 2007, Laudo, p. 300.

306 *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/05/9 (“*EMELEC v. Ecuador*”).

307 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 130, 133-136.

308 Convenio CIADI, Artículo 25(2)(b) (“Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”: (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes presentaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.”)

309 Convenio CIADI, Artículo 25(1) (“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política y organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”)

Ecuador presentó 4 objeciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal arbitral:

- a) EMELEC no se encuentra acreditada ante el CIADI pues las personas que actúan a su nombre carecen de debida personería;
- b) Si el tribunal decidiese que EMELEC sí estaba representada debidamente, no se cumple el requisito *ratione personae*, pues EMELEC está conformada en última instancia sólo por capitales ecuatorianos;
- c) Si el tribunal decidiese que sí se cumple con el requisito *ratione personae*, EMELEC no puede invocar a su favor el TBI en virtud de la cláusula de denegación de beneficios del TBI (artículo 1.2 del tratado).³¹⁰
- d) Ecuador no ha dado consentimiento para que las diferencias con el representante de EMELEC puedan someterse a jurisdicción CIADI.

Respecto a estas objeciones, el tribunal sostuvo en sus consideraciones, lo siguiente:

*“El Tribunal considera que si determina que la primera de las cuatro excepciones a la jurisdicción del CIADI planteadas por la República del Ecuador tiene un sustento legal definitivo, las otras tres excepciones ya no habrán de ser materia de examen por parte del Tribunal [...] al existir la evidencia de una incapacidad jurídica para representar válidamente a EMELEC, ello acarreará por necesidad un impedimento para dar continuidad a este juicio arbitral.”*³¹¹

³¹⁰ TBI Ecuador-Estados Unidos, Artículo 1.2 (“2. Cada Parte se reserva el derecho de denegar a cualquier sociedad los beneficios del presente Tratado si dicha sociedad está controlada por nacionales de un tercer país y, en el caso de una sociedad de la otra Parte, si dicha sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio de la otra Parte o está controlada por nacionales de un tercer país con el cual la parte denegante no mantiene relaciones económicas normales.”)

³¹¹ *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 74.

Al haber resuelto favorablemente respecto a la primera objeción jurisdiccional, el tribunal no tuvo la necesidad de conocer las siguientes tres objeciones a la jurisdicción del CIADI y a la competencia del tribunal arbitral.³¹² Esto es suficiente para determinar el éxito que tuvo Ecuador en el caso *EMELEC v. Ecuador*. Sin perjuicio de ello, a continuación, se presenta un resumen de los hechos del caso que será del interés del lector.

Resumen de Hechos Relevantes

De los hechos se desprende que EMELEC es una corporación constituida en Estados Unidos de América, la cual habría sido titular de una concesión para el suministro de energía eléctrica para la ciudad de Guayaquil desde su constitución en 1925.³¹³ La totalidad de las acciones de EMELEC eran de propiedad de North Eastern Power & Energy Corporation ("*NEPEC*").³¹⁴

EMELEC, a través de quien alegaba ser su representante legal, el señor Miguel Lluco Tixe ("*Sr. Lluco*"), presentó como fundamento a su demanda que habría existido una expropiación por parte del Gobierno de Ecuador, debido a la toma de control de sus instalaciones, cuentas bancarias y otras propiedades ubicadas en el territorio ecuatoriano, mediante intervención de un contingente militar y policíaco.³¹⁵ Además, EMELEC argumentó que los bienes de EMELEC fueron expropiados *de jure*, mediante una resolución emitida por el Consejo Nacional de Electricidad (CONELEC) y que el Superintendente de Bancos transfirió depósitos y cuentas bancarias de EMELEC a CONECEL.³¹⁶ Esos bienes habrían sido después transferidos a una entidad estatal denominada Corporación para la Administración Temporal Eléctrica de Guayaquil (CATEG), sin que EMELEC haya recibido compensación alguna.³¹⁷ Adicionalmente, otra entidad estatal denominada Corporación Centro Nacional de

312 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 136.

313 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 41.

314 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 40.

315 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 41.

316 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 41.

317 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 43.

Control de Energía (CENACE) habría demandado a EMELEC por el cobro de valores pendientes de pago que habrían sido generados cuando EMELEC ya no tenía el control de los bienes que le habían sido expropiados, lo que habría agravado la disputa.³¹⁸

Sin haber siquiera considerado las pretensiones anteriores, la discusión del tribunal arbitral se centró, más bien, en determinar si es que el Sr. Miguel Llucó Tixe ("**Sr. Llucó**") estaba en capacidad para representar a EMELEC en el arbitraje.³¹⁹ El Sr. Llucó era beneficiario y único accionista de un fideicomiso denominado Progreso Repatriation Trust ("**PRT II**"), que controlaba NEPEC.³²⁰ Al controlar PRT II (y por tanto, NEPEC), el Sr. Llucó argumentaba que tenía control absoluto de EMELEC. Así, el Sr. Llucó sostenía ser el representante legal de EMELEC y estar legitimado para presentar la demanda arbitral.³²¹ Esto fue impugnado por Ecuador, sobre la base de que el Sr. Llucó no habría demostrado tener capacidad para actuar como representante legal y que, por ende, no podía intervenir a nombre de EMELEC.³²²

Para resolver la discrepancia, el Tribunal Arbitral decidió analizar la historia del control accionario y propiedad de EMELEC, con el objetivo de entender cómo ésta se desarrolló a través de la creación de una serie de fideicomisos que la controlaban en distintas épocas. En 1993 el Sr. Fernando Aspiazu (dueño del Banco del Progreso) ("**Sr. Aspiazu**") notificó a Ecuador que había adquirido el control accionario y propiedad de EMELEC, a través de la adquisición de NEPEC.³²³ En 1999, el Banco del Progreso fue intervenido por la Agencia de Garantía de Depósitos ("**AGD**"), y ordenó la devolución del 100% de los depósitos a los clientes del banco.³²⁴ El Sr. Aspiazu fue eventualmente detenido por el delito de peculado.

318 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 48.

319 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 75.

320 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 77.

321 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 77.

322 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 55.

323 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 82.

324 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 83.

Para cumplir con la disposición de la AGD (*i.e.* el pago de más de US\$ 890 millones), el Sr. Aspiazu creó un fideicomiso en las Bahamas denominado Progreso Repatriation Trust, al que transfirió todas las acciones en NEPEC.³²⁵ Este fideicomiso pasó a controlar EMELEC, pero no fue el único que fue creado. En efecto, se crearon nuevos fideicomisos de tiempo en tiempo, cada uno reemplazando al anterior; y cada vez que se creaba uno, se le transferían a éste las acciones de NEPEC (y EMELEC).³²⁶

En 1999, el Sr. Aspiazu constituyó el primero de esos fideicomisos, *Progreso Recapitalization Trust* (“PRT I”), al que le transfirió las acciones de NEPEC.³²⁷ El Sr. Aspiazu se reservó el derecho de dar instrucciones al fiduciario con respecto a “transacciones que estaba autorizado a emprender” y de revocar el fideicomiso.³²⁸ Mediando la autorización del Sr. Aspiazu, en el año 2000 el PRT I fue liquidado, y los bienes de NEPEC (y EMELEC) se transfirieron a un nuevo fideicomiso denominado *Progreso Depositors Fund* (“PDT”) con una duración de seis años.³²⁹ El objetivo de este fideicomiso también era realizar transacciones en favor de depositantes del Banco del Progreso y se creó con una naturaleza de ser “irrevocable”.³³⁰

En 2003, el Sr. Aspiazu constituyó un nuevo fideicomiso (*i.e.* PRT II) revocable, motivado en que los fiduciarios del fideicomiso PDT habrían estado sustrayendo recursos del fideicomiso para su beneficio personal y no habrían cumplido con el objeto del fideicomiso (distribuir recursos entre depositantes).³³¹ Es en este fideicomiso donde aparece la designación del Sr. Lluco como fiduciario.³³² El problema radica en que el PDT tenía el carácter de irrevocable, y los fiduciarios

325 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 85.

326 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 85.

327 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 87.

328 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 88.

329 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 91, 94(c).

330 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 98-99.

331 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 111, 118, 122.

332 *EMELEC v. Ecuador*, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 117.

de dicho fideicomiso se opusieron a su cancelación, indicando entre otras cosas, lo siguiente:

*"[...] en un serio contraste con el PDT, el nuevo fideicomiso [i.e. PRT II] sería irrevocable, con lo cual, si este proyecto tuviese éxito, los señores Aspiazu podrían, a su conveniencia, liquidar el nuevo fideicomiso y reasignarse los bienes del fideicomiso a ellos mismos en cualquier oportunidad y a su entero arbitrio [en perjuicio de los depositantes del Banco del Progreso]; como lo reconoce usted en sus cartas, los bienes del fideicomiso ya se encuentran conferidos al fiduciario del PDT, quien tiene el propósito de cumplir con la responsabilidad que le ha sido confiada bajo el PDT [i.e. realizar pagos a depositantes del Banco del Progreso]"*³³³

Además, los fiduciarios del fideicomiso PDT se opusieron a la validez y eficacia del fideicomiso PDT II sobre la base de que el Sr. Aspiazu fue condenado a prisión por el delito de peculado y *"[a]l estar en esa condición jurídica, el señor Aspiazu está incapacitado legalmente para disponer de cualquier tipo de propiedad, sea a través de la creación de un fideicomiso o por cualquier otro medio. Todo acto de disposición patrimonial que se pretende efectuar de esos bienes es nulo absolutamente, de acuerdo con el derecho vigente."*³³⁴

Considerando lo anterior, el tribunal determinó que las acciones de NEPEC (y por ende, de CELEC) nunca se transfirieron al fideicomiso PDT II, sino que se quedaron en PDT.³³⁵ Con ello, según el tribunal, *"con toda certeza, [PDT] no ha autorizado este procedimiento arbitral en contra de la República de Ecuador"* y *"[s]in esas acciones [de NEPEC], el Sr. Llucó no ejerce control sobre EMELEC."*³³⁶

De acuerdo a los árbitros, porque el PDT era irrevocable,³³⁷ no se satisfizo *"de manera suficiente la carga que les corresponde probar [al Sr. Llucó] que se ha conferido a PRT II el título, el control y el derecho de*

333 EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 121.

334 EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 123.

335 EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 103.

336 EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 103.

337 EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 126-127.

representación de la empresa EMELEC."³³⁸ La conclusión del tribunal fue entonces que:

*"[n]o existió un traspaso real y efectivo en favor del señor Lluco, a favor de NEPEC o a favor de PRT II, de las acciones con derecho a voto en EMELEC. La razón de ello es que dichos [sic] acciones habían sido previamente depositadas en otro fideicomiso, el PDT, cuya vigencia legal ha quedado debidamente comprobada."*³³⁹

Así, el tribunal determinó que el Sr. Lluco no tenía la capacidad necesaria ni la debida personería para representar a EMELEC, para actuar a su nombre, ni para haber iniciado el arbitraje. El tribunal aceptó la excepción jurisdiccional planteada por Ecuador y no necesitó examinar las otras excepciones jurisdiccionales.³⁴⁰ Naturalmente, el tribunal no llegó a conocer sobre las alegaciones sobre el fondo relativas, principalmente, a expropiación.

4.3. Los resultados arbitrales de la "Ley 42" para el Ecuador: 1 arbitraje ganado en sede jurisdiccional, 1 acuerdo amistoso, 2 reconvenciones favorables, 1 nulidad parcial de laudo

Medidas tomadas por el Ecuador en 2006 y 2007 derivaron en distintos arbitrajes, iniciados por tres compañías petroleras. La medida fue tomada mediante la adopción de la Ley No. 42-006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos ("**Ley 42**").³⁴¹ Durante más de 10 años de litigio entre estas compañías y el Estado ecuatoriano, se desencadenaron varias batallas. En unas de ellas, la balanza se inclinó hacia el lado del Estado, en otras, hacia el lado del inversionista. La otra, terminó de mutuo acuerdo.

Una de estas batallas fue ganada por el Estado, al haber obtenido un laudo favorable en un arbitraje CIADI, en donde el tribunal encontró que no tenía jurisdicción para conocer el caso. Se trata del arbitraje

338 EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, p. 125.

339 EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 129.

340 EMELEC v. Ecuador, Laudo, 2 de junio de 2009, pp. 136.

341 Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 42-006, Registro Oficial No. 257, 25 de abril de 2006 ("**Ley 42**").

Murphy Exploration and Production Company International (“Murphy”) v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/4 (*“Murphy v. Ecuador (I)”*). A este caso le siguió el inicio de dos arbitrajes adicionales por parte de la misma compañía. El primero fue otra demanda ante el CIADI que terminó por ser abandonada por Murphy, solo para después iniciar un tercer arbitraje (ahora bajo reglas CNUDMI y ante la Corte Permanente de Arbitraje) en el que ésta prevaleció (*“Murphy v. Ecuador (II)”*).³⁴²

En 2008, la compañía Repsol YPF Ecuador, S.A. (*“Repsol YPF”*), operadora del consorcio conformado por las compañías Repsol YPF, Murphy Ecuador Oil Company, Ltd., CRS Resources (Ecuador) LDC, Overseas Petroleum y Investment Corporation (*“Repsol y Otros”*), también inició un Arbitraje CIADI en contra de Ecuador por US\$ 417 millones.³⁴³ Esta demanda fue retirada mediante acuerdo de las partes, después de que el Estado celebrara un nuevo contrato de prestación de servicios con las mencionadas petroleras, llegando así a un acuerdo que puso fin a la disputa.³⁴⁴ Según fue reportado, la renegociación de los contratos por parte del Estado estaba sujeta a la condición de que las compañías debían renunciar a los reclamos por la Ley 42.³⁴⁵

En 2011, el tribunal CIADI emitió la siguiente resolución:

*“Mediante carta conjunta de fecha 31 de enero de 2011, las Demandantes y las Demandadas informaron al Tribunal y al Centro que habían acordado dar por terminado este procedimiento de arbitraje. Asimismo, solicitaron al Tribunal de Arbitraje emitir una resolución dejando constancia de la terminación del procedimiento, de conformidad con la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje del Centro.”*³⁴⁶

342 *Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador (II)*, Caso PCA No. 2012-16, (*“EMELEC v. Ecuador (II)”*).

343 Ciadi Niega Demanda de Murphy, El Comercio, 17 de diciembre de 2010.

344 Kyriaki Karadelis, *Ecuador Signs New Contracts*, Global Arbitration Review, 31 de enero de 2011.

345 CIADI Niega Demanda de Murphy, El Comercio, 17 de diciembre de 2010.

346 *Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros v. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/10, Resolución Procesal que Deja Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 9 de febrero de 2011, p. 15.

Al haberse llegado a un acuerdo amistoso, este caso no será analizado más adelante.

En otros dos arbitrajes, se evidenció una de las batallas más interesantes en el mundo del arbitraje. Mientras que los dos inversionistas prevalecieron en sus pretensiones sobre el fondo, el Estado ecuatoriano marcó un precedente histórico, pues las dos reconvenções que presentó en contra del inversionista fueron exitosas. Se trata de los casos *Burlington Resources, Inc. ("Burlington") v. República del Ecuador* ("*Burlington v. Ecuador*")³⁴⁷ y *Perenco Ecuador Limited ("Perenco") v. Republic of Ecuador* ("*Perenco v. Ecuador*").³⁴⁸

Previo a analizar los casos comentados, a continuación, se presenta un breve resumen de los hechos que dieron paso a estos arbitrajes internacionales referente a la Ley 42.

4.4. La Ley 42 "IN A NUTSHELL"

Durante la administración del Ex-Presidente Alfredo Palacio, se emitió la Ley 42. La emisión de esta ley estuvo motivada por la subida del precio del petróleo, y el deseo del Estado ecuatoriano de ajustar el beneficio que estaban recibiendo las empresas petroleras a causa de aquella. La lógica de Ecuador era que el precio del petróleo estaba muy por encima del precio que se consideró cuando se celebraron los distintos contratos de participación con las empresas petroleras. Así, en la motivación de la Ley 42, el Estado ecuatoriano expresaba lo siguiente:

*"[L]os precios internacionales de venta del crudo que estuvieron vigentes a la fecha de suscripción de los contratos, difieren enormemente de los actuales y por tanto, las condiciones económicas de dichos contratos se han modificado a favor de las compañías exclusivamente."*³⁴⁹
(énfasis añadido)

347 *Burlington Resources, Inc. v. República del Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5) ("*Burlington v. Ecuador*").

348 *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador* (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6 ("*Perenco v. Ecuador*").

349 Ley 42, Motivación, quinto párrafo.

En otras palabras, el Estado consideró que las empresas extranjeras eran las únicas que se beneficiaban de la subida del precio de petróleo, y que ello generaba un perjuicio del Estado. Para Ecuador, el “equilibrio económico de la relación Inversionista – Estado” se habría roto.³⁵⁰ Así, el Estado consideraba lo siguiente:

*“[E]s indispensable incorporar en lo sustantivo de la Ley de Hidrocarburos, principios de equilibrio económico – financiero, así como de seguridad jurídica, que permita ejecutar los contratos de participación suscritos por el Estado Ecuatoriano basándose en criterios de justicia y equidad para las partes.”*³⁵¹

En concreto, la Ley 42 reformó el artículo 55 de la Ley de Hidrocarburos, añadiendo texto para garantizar que el Estado pueda obtener un beneficio por los “excedentes” que estaban recibiendo las empresas petroleras a causa de la subida del precio del petróleo (“*Ingreso Extraordinario*”).³⁵²

El Ingreso Extraordinario era el resultado de la diferencia entre el ingreso que la compañía estaba obteniendo y el ingreso que habría obtenido si se consideraba el precio del petróleo vigente a la fecha de celebración del contrato. El ingreso de la contratista es el resultado de multiplicar la producción de petróleo (Q) por el precio del petróleo. Cuando se expidió la Ley 42, el precio del petróleo era mayor al precio del petróleo vigente al momento de celebrar los contratos. Para el Estado, se trataba de un precio extraordinario o exorbitante (PE). El Estado planteó contrastar el ingreso resultante de ese precio extraordinario (PE) con el ingreso resultante del precio que estaba vigente a la fecha de la celebración de los contratos (P). La diferencia es el Ingreso Extraordinario, cuyo cálculo se resume a continuación:³⁵³

350 Ley 42, Motivación, sexto párrafo.

351 Ley 42, Motivación, séptimo párrafo.

352 Ley 42, Artículo 2.

353 Ver también, Decreto Ejecutivo No. 1672, Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Aplicación de la Ley de la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No.312, 13 de julio de 2006, Artículo 4 (Explicando la fórmula de cálculo del Ingreso Extraordinario).

CONTRATO	LEY 42
Precio en el Contrato = P	Precio Extraordinario = PE
Donde PE > P	
Producción (Q)	Producción (Q)
Ingreso Contrato (IC)	Ingreso Ley 42 (IL)
IC= P * Q	IL= PE * Q
Donde IL > IC	
IL – IC = Ingreso Extraordinario	

De acuerdo a la Ley 42, el Estado debía obtener el 50% del Ingreso Extraordinario.³⁵⁴

En 2007, durante el gobierno del Ex-Presidente Rafael Correa Delgado, se expidió el Decreto Ejecutivo No. 662 (*“Decreto 662”*) que reformaba el reglamento que fue emitido para aplicar la Ley 42.³⁵⁵ La reforma consistió en cambiar el porcentaje de beneficio para el Estado.³⁵⁶ Esta reforma estaba motivada por la percepción del Estado de que la distribución del beneficio sobre los Ingresos Extraordinarios era

354 Ley 42, Artículo 2 (*“Art. ... Participación del Estado en los excedentes de los precios de venta de petróleo no pactados o no previstos.- Las compañías contratistas que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos vigentes con el Estado ecuatoriano de acuerdo con esta Ley, sin perjuicio del volumen de petróleo crudo de participación que les corresponde, cuando el precio promedio mensual efectivo de venta FOB de petróleo crudo ecuatoriano supere el precio promedio mensual de venta vigente a la fecha de suscripción del contrato y expresado a valores constantes del mes de la liquidación, reconocerán a favor del Estado ecuatoriano una participación de al menos el 50% de los ingresos extraordinarios que se generen por la diferencia de precios. Para los propósitos del presente artículo, se entenderá como ingresos extraordinarios la diferencia de precio descrita multiplicada por el número de barriles producidos. El precio del crudo a la fecha del contrato usado como referencia para el cálculo de la diferencia, se ajustará considerando el Índice de Precios al Consumidor de los Estados Unidos de América, publicado por el Banco Central del Ecuador.”* (énfasis añadido)

355 Decreto Ejecutivo No. 662, Reforma al Reglamento de Aplicación a la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 193, 18 de octubre de 2007 (*“Decreto 662”*).

356 Decreto 662, Artículo 1.

inequitativa. En la explicación de motivos del Decreto 662, se incorporó el siguiente lenguaje:

“Considerando [...] Que se siguen generando ingresos extraordinarios a favor de las compañías contratistas, que mantienen contratos de participación para la exploración y explotación de hidrocarburos, lo cual hace inequitativo para el Estado Ecuatoriano los contratos mencionados, por lo que es necesario regular de forma más justa tales ingresos; [...]

Que el mencionado reglamento requiere precisiones que permitan una más justa aplicación de la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos” (énfasis añadido)

El Decreto 662 aumentó el porcentaje de beneficio del Estado sobre el Excedente del 50% al 99%.³⁵⁷ Fueron estas medidas las que gatillaron las demandas de Murphy, Repsol y Otros, Burlington, y Perenco.

4.5. Murphy v. Ecuador: 2 victorias procesales y una derrota en el fondo

El caso *Murphy v. Ecuador* no fue resuelto en un solo arbitraje, sino que hubo un arbitraje CIADI, el reportado inicio de un segundo intento ante el mismo Centro, y un arbitraje CNUDMI. En el primer arbitraje, prevaleció el Estado. En el segundo, el inversionista habría retirado su solicitud de arbitraje en una etapa temprana del proceso (también CIADI). El tercer arbitraje fue resuelto, en los méritos, de manera favorable para el inversionista. A continuación, se analizan los dos primeros procesos, pues se tratan de arbitrajes iniciados ante el Centro, que es materia del presente estudio.

4.5.1. Murphy v. Ecuador (I): victoria jurisdiccional del Estado

Este arbitraje se inició en el 2008 y concluyó con un laudo el 15 de diciembre de 2010.³⁵⁸ La decisión fue favorable para el Estado y

³⁵⁷ Decreto 662, Artículo 1.

³⁵⁸ *Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4 (“*Murphy v. Ecuador (I)*”).

constituyó un triunfo importante para Ecuador. *Murphy Exploration and Production Company International* (“*Murphy International*”) alegaba que Ecuador no le brindó un trato justo y equitativo a su inversión; que violó la cláusula paraguas del TBI Ecuador – Estados Unidos; no le brindó protección y seguridad plena a su inversión; que las medidas que tomó Ecuador perjudicaron la inversión; y que Ecuador expropió su inversión.³⁵⁹ El arbitraje se resolvió en fase jurisdiccional por cuanto el Tribunal decidió que carecía de competencia para conocer el caso. Ninguna de las pretensiones de *Murphy International* fue aceptada.

El 27 de enero de 1986 *Conoco Ecuador Limited* (“*Conoco*”) firmó con Ecuador un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 16 de la Amazonía ecuatoriana.³⁶⁰ El 28 de julio de 1987 *Conoco* cedió un 10% de sus derechos del contrato a *Murphy Ecuador Oil Company Limited* (“*Murphy Ecuador*”) y a *Canam Offshore Limited* (“*Canam*”), ambas subsidiarias de *Murphy International*.³⁶¹ En el año 2001, *Repsol YPF Ecuador S.A* (“*Repsol*”) adquirió el 35% del contrato y asumió el papel de operadora del consorcio. El 12 de marzo de 2009 *Murphy International* le vendió a *Repsol* la totalidad de las acciones de *Murphy Ecuador* que le pertenecían a *Canam*.³⁶²

Sobre esto corresponde analizar la única excepción a la jurisdicción del Centro aceptada que interpuso Ecuador, la cual se fundaba en la inobservancia, por parte de *Murphy International*, del plazo de seis meses de consultas y negociaciones que establecía el Artículo VI del TBI Ecuador – Estados Unidos. Es decir, lo relativo al “período de enfriamiento” (*cooling-off period*). Sobre esto, el Tribunal analizó el surgimiento de la controversia; la inexistencia de negociaciones previas; la inutilidad de las negociaciones; y la naturaleza del plazo de espera de seis meses.

359 *Murphy v Ecuador (I)*, Laudo, 15 de diciembre de 2010, p. 41.

360 *Murphy v Ecuador (I)*, Laudo, 15 de diciembre de 2010, p. 41.

361 *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 32.

362 *Murphy v Ecuador (I)* 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 41.

Surgimiento de la controversia. De acuerdo con Murphy International, la controversia surgió en abril del 2006, cuando el Gobierno sancionó la Ley 42, por lo tanto, se habría cumplido el periodo de seis meses.³⁶³ Ecuador, por otro lado, sostiene que Murphy International le notificó que tenía un reclamo mediante carta del 29 de febrero de 2008. En este sentido, dado que Murphy Internacional presentó su solicitud de arbitraje el 3 de marzo del 2008, habría incumplido el período obligatorio de espera bajo el Artículo VI del TBI.³⁶⁴ El Tribunal estimó que el período de espera de seis meses “*comienza una vez que se evidencia la existencia de un reclamo conforme al TBI*” y que esa diferencia “*debe ser de conocimiento de la parte Demandada, a efectos de iniciar efectivamente el cómputo del plazo de los seis meses*”.³⁶⁵ Por lo mismo, el Tribunal concluyó que el primer día hábil después del aviso que le dio a Ecuador fue el 3 de marzo de 2008 y no se cumplió con el requisito de que las partes pudieran tratar de llegar a un acuerdo amistoso.³⁶⁶

Existencia de consultas y negociaciones previas. Sobre este punto, Murphy International alegó que las negociaciones entre Repsol y Ecuador satisfacen el requisito de consultas y negociaciones previas del Artículo VI(2) del TBI,³⁶⁷ por cuanto Repsol, como operadora del Consorcio, habría negociado con Ecuador en representación de todos los miembros del Consorcio.³⁶⁸ Ecuador consideró que esto no puede ser así, debido a que la carta remitida por Repsol el 12 de noviembre de 2007, no constituyó un intento de Murphy International para negociar la controversia.³⁶⁹ Al respecto, el Tribunal anotó que:

“[...] las negociaciones y consultas celebradas entre Repsol, como Operadora del Consorcio por una parte, y Ecuador por la otra, anteriores al surgimiento de la controversia entre Murphy International y Ecuador, y hechas al amparo del Tratado entre España y Ecuador no se identifican

363 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 94.

364 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 93.

365 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 107.

366 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 109.

367 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 110.

368 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 112.

369 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 111.

ni pueden asimilarse con las negociaciones exigidas por el artículo VI(2) del TBI entre Estados Unidos de América y Ecuador."³⁷⁰

En este sentido, quien formaba parte del consorcio liderado por Repsol era Murphy Ecuador, una compañía constituida en Bermuda; y no Murphy International, una sociedad constituida en los Estados Unidos de América.³⁷¹ Por lo mismo, cualquier gestión que realizó Repsol ante las autoridades ecuatorianas, la habría efectuado en nombre de Murphy Ecuador y no de la dueña de sus acciones como lo son Canam y Murphy International.³⁷² Según el tribunal, la existencia de las cartas de Repsol del 12 de noviembre de 2007 y de Murphy International de 29 de febrero de 2008, denota que ambas responden a controversias distintas, por cuanto las negociaciones y consultas entre Repsol y Ecuador, bajo el TBI España – Ecuador, difieren en cuanto a los sujetos y al derecho aplicable.³⁷³

La inutilidad de las negociaciones. Murphy International alegó que, de acuerdo con ellos, cumplió con la exigencia de consultas y negociaciones previas, sin embargo, incluso aunque no lo hubiera hecho, estaría excusado, puesto que las negociaciones resultaban inútiles.³⁷⁴ El Tribunal consideró que:

"Para determinar si unas negociaciones serán exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas. La obligación de consultas y negociaciones es de ambas partes y, es evidente que no tuvieron lugar en este caso ya que, según se ha dicho reiteradamente, Murphy International le remitió a Ecuador, el viernes 29 de febrero del 2008, una carta en la que le informaba que tenía un reclamo contra esa República basado en el TBI y el lunes 3 de marzo del mismo año presentó su Solicitud de Arbitraje ante el CIADI. Esa conducta de Murphy International de decidir, a priori y unilateralmente, que ni tan siquiera intentaría resolver sus diferencias

370 *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 116.

371 *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 120.

372 *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 120.

373 *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 131.

374 *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 134.

con Ecuador mediante la negociación, constituye un incumplimiento grave de lo dispuesto en el artículo VI del TBI.”

En esta línea, Murphy International apoyó esta tesis citando el caso de *Burlington v. Ecuador*, en el cual dicha compañía sí cumplió con la condición de negociar antes de presentar su solicitud de arbitraje y no tuvo éxito y que, por lo mismo, si hubiese intentado negociar antes tampoco habría logrado un resultado positivo, quedando así eximida de intentar estas negociaciones.³⁷⁵ Esto, a criterio del Tribunal, resulta inaceptable, por cuanto no necesariamente las negociaciones fallidas en *Burlington* conducirían al mismo resultado para Murphy International³⁷⁶ y que dicha consideración subjetiva “*no puede fundamentar la conclusión general de que las negociaciones hubieran sido inútiles porque no había posibilidad de alcanzar un acuerdo con Ecuador*”³⁷⁷. Por lo tanto, el Tribunal rechazó el argumento de Murphy International.

La naturaleza del plazo de espera de seis meses. A criterio de Murphy International, el período de espera de seis meses es un requisito procesal y no jurisdiccional.³⁷⁸ El Tribunal no compartió el argumento de que los “requisitos jurisdiccionales” son de una categoría tal que su incumplimiento conduce a la incompetencia del Tribunal, mientras que los “requisitos procesales” pueden incumplirse sin ninguna consecuencia. En este sentido, el Tribunal determinó que:

*“[L]a exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la Demandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales “una regla procesal” o una etapa “de naturaleza no obligatoria y procesal” que el interesado puede satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI.”*³⁷⁹

375 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 137.

376 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 137.

377 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 138.

378 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 140.

379 *Murphy v Ecuador* (I), 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 149.

Es por esto que el Tribunal rechazó el argumento formulado por Murphy International de que el período de espera de seis meses no constituye un requisito jurisdiccional³⁸⁰ y concluyó que Murphy International incumplió con las exigencias del Artículo VI del TBI Ecuador – Estados Unidos de América, lo cual constituye un grave incumplimiento, por lo que el Tribunal carece de competencia para conocer el proceso.³⁸¹

Sobre el resultado del laudo, el Procurador General del Estado, se pronunció en los siguientes términos:

“[...] es un triunfo importante para el país, ya que producto de la falta de competencia de este Tribunal, la legitimidad de la Ley 42-2006 sigue sin ser cuestionada. Hay que recordar que dicha Ley es la causa de cuatro arbitrajes internacionales en contra del Ecuador. La Procuraduría General del Estado, en cumplimiento de su defender los intereses del Estado ecuatoriano, continuará presentando sus argumentos en los arbitrajes restantes, en relación a la legitimidad de la Ley 42-2006.”³⁸²

Poco tiempo después, Murphy presentó una segunda solicitud de arbitraje ante el CIADI.

4.5.2. Secunda aplicación reportada de Murphy ante el CIADI: Ecuador se atribuyó el resultado como “una segunda victoria”

En 2011, Murphy habría iniciado otro proceso en contra del Estado ecuatoriano ante el CIADI. Esto después de Ecuador logró que se desestimara el caso *Murphy v. Ecuador (I)* en sede jurisdiccional. La defensa del Estado ante el Centro habría estado basada en la falta de consentimiento para acudir al mismo, debido a que la denuncia del Convenio CIADI tuvo pleno efecto desde el 7 enero de 2010 y la solicitud de arbitraje fue presentada con posterioridad.³⁸³

380 *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 156.

381 *Murphy v Ecuador (I)*, 15 de diciembre de 2010, Laudo, p. 157.

382 Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 15 de diciembre de 2010.

383 Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 23 de agosto de 2011; *Petrolera Murphy Retiró Demanda en Contra de Ecuador*, El Comercio, 24 de agosto de 2011.

Sin embargo, según fue reportado por el Estado, dicho proceso habría sido retirado por el inversor extranjero el mismo año.³⁸⁴ El Procurador General del Estado ecuatoriano en ese entonces, calificó el retiro del arbitraje como “una segunda victoria” frente a Murphy.³⁸⁵ Sin perjuicio de ello, una fuente cuestionó la veracidad de la segunda aplicación de Murphy ante el CIADI como “un hecho altamente disputado.”³⁸⁶

Respecto a estos dos procesos, la Procuraduría General del Estado de Ecuador los ha calificado como exitosos, en los siguientes términos:

*“Su primer intento [de Murphy] fue bajo la Convención CIADI, pero estos reclamos fueron desechados por el tribunal arbitral CIADI mediante su decisión de fecha 15 de diciembre de 2010. La República argumentó de manera exitosa que el tribunal CIADI no tenía jurisdicción para escuchar los reclamos, debido a que Murphy International falló en cumplir con los requisitos de notificación, y periodo de espera de seis meses estipulados en el Artículo VI del Tratado. El segundo intento de Murphy International no fue más allá de instituir el procedimiento ante el CIADI en julio de 2011. La vigorosa objeción de Ecuador al registro de este caso ante la Secretaría General del CIADI causó que Murphy International retire su segundo caso CIADI en Agosto de 2011.”*³⁸⁷

Según Ecuador, en los casos iniciados por Murphy ante el CIADI, Ecuador obtuvo dos resultados favorables. Fue solo después, cuando Murphy presentó la demanda ante la Corte Permanente de Arbitraje, bajo el reglamento CNUDMI, que obtuvo un laudo desfavorable

384 *Petrolera Murphy Retiró Demanda en Contra de Ecuador*, *El Comercio*, 24 de agosto de 2011.

385 Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 23 de agosto de 2011; *Petrolera Murphy Retiró Demanda en Contra de Ecuador*, *El Comercio*, 24 de agosto de 2011; Ver también Alison Ross, *Tawil and Stern Step Away from Tribunal*, *Global Arbitration Review*, 23 de febrero de 2012 (“It has been suggested that Murphy subsequently attempted to refile the claim at ICSID but later withdrew its request, GAR cannot confirm this strongly disputed fact.”)

386 Alison Ross, *Tawil and Stern Step Away from Tribunal*, *Global Arbitration Review*, 23 de febrero de 2012 (“It has been suggested that Murphy subsequently attempted to refile the claim at ICSID but later withdrew its request, GAR cannot confirm this strongly disputed fact.”)

387 Procuraduría General del Estado de Ecuador, Boletín de Prensa, 16 de mayo de 2016.

respecto al fondo de la disputa.³⁸⁸ El presente trabajo no analiza dicho arbitraje por no tratarse de un Caso CIADI, aunque aspectos del mismo se comentan en las siguientes secciones de manera tangencial.

4.6. Arbitrajes con Burlington y Perenco: hechos relevantes para los dos arbitrajes

Burlington Resources Inc, era una compañía incorporada bajo las leyes de Delaware, Estados Unidos, que fue adquirida por ConocoPhillips en 2006.³⁸⁹ Perenco Ecuador Limited, era una compañía constituida bajo las leyes de las Bahamas, y estaba controlada por nacionales de Francia.³⁹⁰

Burlington y Perenco eran socios (de un consorcio) y poseían intereses en los contratos de participación celebrados con el Estado ecuatoriano para la exploración y explotación de los Bloques 7 y 21 de la Amazonía ecuatoriana ("*Contratos de Participación*").³⁹¹ El socio mayoritario, y operador, de esos bloques era Perenco, quien tenía una participación de 53.75% en el Bloque 21 y 57.5% en el Bloque 7.³⁹² Burlington era el socio minoritario de aquellos bloques, teniendo el 46.25% en el Bloque 21 y el 42.5% de interés en el Bloque 7.³⁹³

Los Contratos de Participación contenían fórmulas que distribuían el petróleo producido entre Ecuador y los dos contratistas, en función del volumen de petróleo producido.³⁹⁴

388 *Murphy v. Ecuador (II)*, Laudo Final, 10 de febrero de 2017.

389 *Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5 ("*Burlington v. Ecuador*"), Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 1.

390 *Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/6 ("*Perenco v. Ecuador*"), Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 1.

391 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 73.

392 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 43; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 15.

393 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 15.

394 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 77-78; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 18-19.

BLOQUE 7		
Producción Promedio Diaria por año (bpd)	Participación de Burlington y Perenco	Participación del Estado
< 5000	76.2%	23.8%
5000 – 10.000	74.2%	25.8%
> 10.000	65%	35%

BLOQUE 21		
Producción Promedio Diaria por año (bpd)	Participación de Burlington y Perenco	Participación del Estado
< 30.000	67.5%	32.5%
30.000 / 60.000	60%	40%
> 60.000	60%	40%

Las disputas entre los miembros del consorcio y el Estado ecuatoriano surgieron a raíz de la emisión de la Ley 42 y, posteriormente, del Decreto 662. Como se explicó anteriormente, el Estado impuso un beneficio a su favor igual al 50% y 90%, respectivamente, sobre el Ingreso Extraordinario obtenido a causa de la subida del precio del petróleo. Eventualmente, Ecuador inició procesos coactivos en contra de las dos compañías para obtener el pago del porcentaje de participación impuesto por la Ley 42, por un monto de US\$ 327.3 millones.³⁹⁵

Tanto el tribunal arbitral en el caso *Perenco v. Ecuador* como *Burlington v. Ecuador* emitieron solicitudes dirigidas al Estado para que este se abstenga de iniciar o continuar todo acto o medida que pueda modificar el *status quo* entre las partes y agravar la controversia.³⁹⁶ Ecuador se opuso, aduciendo que se trataban de meras

³⁹⁵ *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 157; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 56.

³⁹⁶ *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 155; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 57.

recomendaciones.³⁹⁷ Adicionalmente, procedió con las medidas de ejecución, embargando todos los cargamentos de producción de crudo de los Bloques 7 y 21.³⁹⁸ El crudo fue rematado y el comprador fue Petroecuador (con un 50% de descuento).³⁹⁹ Como consecuencia, el consorcio notificó al Estado que suspendería las operaciones de los Bloques 7 y 21.⁴⁰⁰ Ecuador entonces declaró el “estado de emergencia” en los bloques y tomó control de ellos.⁴⁰¹ Un año después, en julio de 2010, Ecuador declaró la caducidad de los Contratos de Participación.⁴⁰²

4.7. Contextualizando el Caso Burlington: el Estado tuvo aciertos relevantes durante los arbitrajes

Si bien es cierto que el resultado de los Arbitrajes CIADI de Burlington y Perenco fueron favorables en el fondo para los inversionistas, no es menos cierto que el Estado consiguió ciertos resultados importantes durante el curso de estos arbitrajes. El propósito de esta sección es dar un contexto más completo a aquellas decisiones, apoyando la tesis de que no existe correlación entre resultados negativos para el Estado y el mero hecho de que un arbitraje sea resuelto ante el CIADI.

En el caso Burlington, el Estado obtuvo ciertos resultados favorables en aspectos jurisdiccionales, logrando que se desestimen los

397 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 156.

398 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 159; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 58.

399 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 176, 195; *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 58-59.

400 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 62-63; *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 196, 199.

401 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 62-63; *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 204.

402 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 65; *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 214-215.

siguientes reclamos relativos a la Ley 42 de manera temprana: trato justo y equitativo, trato arbitrario, falta de protección y seguridad plenas.⁴⁰³ El Tribunal Arbitral decidió que tenía jurisdicción únicamente para resolver sobre el reclamo de expropiación.⁴⁰⁴

La razón de esto fue que el tribunal consideró que el 50% y 99% de beneficio del Estado sobre los Ingresos Extraordinarios creados por la Ley 42 y el Decreto 622 eran impuestos, a la luz del derecho internacional.⁴⁰⁵ El TBI Ecuador-Estados Unidos, contiene una exclusión de las protecciones otorgadas cuando se trata de “Cuestiones Tributarias”, limitando la protección a ciertas circunstancias, incluyendo casos de expropiación.⁴⁰⁶ Basándose en la decisión de *EnCana v. Ecuador* y *Duke Energy v. Ecuador*, el tribunal concluyó lo siguiente:

*[...] hay un impuesto bajo el Artículo X del Tratado si se satisfacen los siguientes cuatro requisitos: (i) una ley (ii) impone a una clase de personas la obligación (iii) de pagar dinero al Estado (iv) con fines públicos. De acuerdo con esta definición, el Tribunal considera que la Ley 42 es un impuesto.”*⁴⁰⁷

403 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, p. 342(D).

404 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, p. 342(A); *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 546(B).

405 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, p. 162 (“El Artículo X forma parte de un tratado internacional entre Estados Unidos y Ecuador. Un tratado internacional se rige por el derecho internacional, no por el derecho interno de Estados Unidos o de Ecuador. Por consiguiente, la cuestión de si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X se rige por el derecho internacional, no por el derecho ecuatoriano.”)

406 TBI Ecuador-Estados Unidos, Artículo X (“1. En lo relativo a sus normas tributarias, cada Parte deberá esforzarse por actuar justa y equitativamente en el trato de las inversiones de los nacionales y las sociedades de la otra Parte. 2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a: a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III; b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV, o c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b), en la medida en que estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.”)

407 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010, p. 165.

Este es un ejemplo, donde la aplicación del Derecho Internacional por parte de un tribunal arbitral internacional resultó favorable para el Estado ecuatoriano. El tribunal arbitral en el caso *Perenco v. Ecuador* también consideró, al amparo del Derecho Internacional, que la Ley 42 “debe caracterizarse como una medida tributaria”, un impuesto.⁴⁰⁸

En otro Arbitraje CIADI bajo el mismo TBI Ecuador-Estados Unidos, *Occidental (II) v. Ecuador*, el tribunal llegó a una conclusión distinta. En dicho caso, el tribunal consideró que la Ley 42 no creaba un impuesto, ni un gravamen, ni una regalía, ni caía dentro del concepto de “Cuestiones Tributarias” bajo el artículo X del TBI Ecuador-Estados Unidos.⁴⁰⁹ Para aquel tribunal, se trataba de “una decisión unilateral del Congreso Ecuatoriano para asignar al Estado Ecuatoriano un porcentaje definido de los ingresos obtenidos por compañías contratistas.”⁴¹⁰ Así, el tribunal consideró incluso que el 50% de beneficio sobre el Ingreso Extraordinario era susceptible de violar el estándar de trato justo y equitativo bajo el TBI.⁴¹¹ Curiosamente, contrario a lo que

408 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 584-585.

409 *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11 (“*Occidental II v. Ecuador*”), Laudo, 5 de octubre de 2012, pp. 487-511.

410 *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11 (“*Occidental II v. Ecuador*”), Laudo, 5 de octubre de 2012, p. 510.

411 En *Occidental II v. Ecuador*, el tribunal arbitral llegó a esa conclusión al momento de analizar el quantum. Aquel arbitraje no se originó por la emisión de la Ley 42, pero sí tuvo un impacto en la decisión en el quantum. Ver *Occidental II v. Ecuador*, Laudo, 5 de octubre de 2012, pp. 522-523, 525-527, 536 (“*Resulta claro para el Tribunal que, en el Contrato de Participación, las Demandantes aceptaron en forma consciente el riesgo de daños a su inversión ante un escenario de precios bajos y que la Demandada dejó de lado en forma consciente la oportunidad de incrementar su participación ante un escenario de precios altos. Este fue el acuerdo al que llegaron las partes y que fue reflejado en el Contrato de Participación. La Ley 42, al tomar el 50% de los ingresos de OEPG generados por la producción en el Bloque 15 por encima del precio de referencia acordado, modificó radicalmente la participación de las partes pactada en la Cláusula 8.1. El Tribunal concuerda con la afirmación de las Demandantes de que “la Modificación de la Ley de Hidrocarburos afectó la esencia misma de los derechos adquiridos por OEPG en virtud del Contrato de Participación al modificar la fórmula de participación acordada de la Cláusula 8.1 para reducir la participación en la producción acordada por OEPG [...] Por lo tanto, el Tribunal concluye que con la sanción de la Ley 42, la Demandada modificó de manera unilateral y sustancial el marco contractual y legal que existía al momento en que las Demandantes negociaron y pactaron el Contrato de Participación y que, por lo tanto, viola la Cláusula 5.3.2 y la Cláusula 8.1 del Contrato de Participación. [...] El*

sostuvo en el caso de Burlington, en *Occidental II v. Ecuador*, el Estado sostuvo que la Ley 42 no caía dentro el concepto de “Cuestiones Tributarias”, ni que se trataba de un “impuesto”, con el objetivo de lograr una reducción en el *quantum* de la demanda.⁴¹²

Además de la decisión favorable relativa a jurisdicción, el caso *Burlington v. Ecuador* es interesante porque el tribunal arbitral encontró que no existía expropiación debido a la Ley 42 (50% de participación del Estado), ni tampoco debido al Decreto 622 (99% de participación del Estado).⁴¹³ Tampoco consideró que las medidas coactivas iniciadas por Ecuador en contra de Burlington resultaron en expropiación progresiva (*creeping expropriation*).⁴¹⁴ Todos esos argumentos fueron desechados.

La expropiación ocurrió por otro hecho: la intervención y toma de control del Estado de los Bloques 7 y 21. Según el Tribunal, el Estado excedió los límites de la doctrina del poder policial,⁴¹⁵ debido a que la Ley de Hidrocarburos permitía a Burlington suspender las operacio-

inversor, es decir OEPC, tenía motivos para esperar que este marco contractual se respete y que no fuera modificado en forma unilateral por la Demandada. En conclusión, la Ley 42 no cumple con el Contrato de Participación y frustra las expectativas legítimas de las Demandantes. Por lo tanto, dicha ley no cumple con la obligación de la Demandada, contenida en el Artículo II.3(a) del Tratado, de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión de las Demandantes y ésta es la conclusión del Tribunal. En vista de ello, no es necesario que el Tribunal se pronuncie sobre si la Ley 42 es violatoria de otras disposiciones del Tratado. [...] En consecuencia, tal como solicitaron la Demandantes, en [sic] Tribunal no tendrá en cuenta la Ley 42 para determinar el monto de sus daños.”); Ver también Global Arbitration Review, Ecuador Held Liable Again Over Windfall Oil Profits Levy, 17 de mayo de 2016.

412 *Occidental II v. Ecuador*, Laudo, 5 de octubre de 2012, pp. 489-490 (“El Tribunal recuerda que la Demandada, durante la Audiencia sobre el *quantum*, se resistía a caracterizar a la Ley 42. En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada señaló categóricamente que la Ley 42 no constituía una regalía. El Tribunal también recuerda que durante la Audiencia sobre el *quantum*, la Demandada sostuvo categóricamente que la Ley 42 ‘no es un impuesto’”)

413 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 433, 457.

414 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 485, 538.

415 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 529 (“[E]l Tribunal considera que el ingreso y la toma de posesión de los Bloques efectuada por Ecuador no estuvo justificada en virtud de la doctrina del poder policial porque (i) al momento de tomar posesión de los Bloques, la decisión de Burlington de suspender las operaciones estaba legalmente justificada como una cuestión del derecho ecuatoriano y (ii) las pruebas no muestran que la intervención inmediata de Ecuador en los Bloques fuera necesaria para prevenir un daño grave y significativo a los Bloques.”)

nes hasta por 30 días (con o sin justa causa) e incluso más de 30 días, si es que tenía justa causa.⁴¹⁶ El tribunal encontró que, en los hechos, la toma de posesión de los Bloques 7 y 21 ocurrieron incluso antes de que se realice cualquier suspensión y era injustificada:

*“[...] el hecho es que las operaciones no habían sido suspendidas antes de que Ecuador tomara posesión de los Bloques. El Consorcio meramente “amenazó con llevar a cabo la suspensión”, como admitió Ecuador en sus alegaciones. Esto es manifiestamente insuficiente para justificar la caducidad y la intervención en virtud de los términos del Artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos.”*⁴¹⁷

Además, el tribunal sostuvo que Burlington tenía justa causa para suspender las operaciones:⁴¹⁸

*“Ecuador promulgó el impuesto de la Ley 42, no absorbió sus efectos como debería haberlo hecho de conformidad con sus compromisos en virtud de los [Contratos de Participación] y eventualmente cobró los impuestos por medio de incautaciones y remates. Por lo tanto, incluso si la suspensión hubiera durado más de 30 días, Ecuador no habría tenido derecho a intervenir los Bloques.”*⁴¹⁹

El efecto fue el cancelar su inversión, perdiendo el uso y control efectivo de la misma, y por tanto, configurándose la expropiación.⁴²⁰

“Esta desposesión no solo privó a Burlington de su participación en la producción de petróleo, y por lo tanto de sus ganancias, sino también de los medios de producción que hicieron posible esas ganancias. En resumen, la ocupación de los Bloques privó a Burlington de todos los bienes tangibles que componían su inversión en Ecuador. Si bien Burlington aún poseía los derechos de su subsidiaria en los [Contratos de Participación], al igual que las acciones de su subsidiaria, estos derechos

416 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, pp. 512-515.

417 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 516.

418 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 517.

419 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 517.

420 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 536.

y acciones carecían de valor sin la posesión de los yacimientos de petróleo y sin acceso al petróleo."⁴²¹

Finalmente, el Tribunal determinó que la expropiación era ilegítima, puesto que debía haberse aplicado el factor de corrección de los Contratos de Participación o habersele ofrecido una indemnización.⁴²² Esto no se hizo, a pesar de que *"Ecuador estaba al tanto de que debía una indemnización, dado que ofreció pagar una indemnización a otras compañías petroleras cuando tomó posesión de sus operaciones."*⁴²³

4.8. Contextualizando el Caso Perenco: el Ecuador también tuvo determinados aciertos

El caso *Perenco v. Ecuador* estaba gobernado por el TBI Ecuador-Francia. A diferencia del TBI Ecuador-Estados Unidos, aquel tratado no tiene una exclusión de "Cuestiones Tributarias". Por ello, aunque el tribunal consideró que la Ley 42 era una medida tributaria, éste analizó el reclamo de trato justo y equitativo (además de expropiación). Eso no quiere decir que en este caso el Estado no haya tenido aciertos favorables. En este caso, el Tribunal tampoco consideró que la "Ley 42 al 50%" representaba un incumplimiento del tratado (estándar de trato justo y equitativo).

Al respecto, el tribunal consideró que la medida original no tenía como objetivo "impedir la gestión, preservación o uso de Perenco Ecuador Ltd. o sus inversiones"; que tampoco tenía el "objetivo de alterar fundamentalmente la estructura" de los Contratos de Participación; ni "obstaculizaban inversiones adicionales."⁴²⁴ De hecho, el tribunal consideró que mientras estaba vigente la medida del 50%:

"Perenco todavía generaba flujos de caja significativos y parecería ser bastante rentable. Obviamente no gozaba de las ganancias extraordinarias

⁴²¹ *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 530.

⁴²² *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 545.

⁴²³ *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012, p. 543.

⁴²⁴ *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 598-600.

*de las que había gozado en ausencia de la Ley 42, pero hasta que el valor demandado por el Estado fue aumentado a 99%, Perenco aún generaba un flujo de caja mayor al de su caso de estudio empresarial presentado al adquirir los intereses [...] en los dos bloques.”*⁴²⁵

Según el tribunal, la respuesta inicial de Ecuador a la subida del precio del petróleo “no fue diferente a la de muchos otros Estados” y la Ley 42 “*per se* no representaba un incumplimiento” del tratado.⁴²⁶ Para el tribunal de Perenco, “avanzar del 50% al 90% mediante la aplicación del Decreto 662 a Perenco” además de las medidas adicionales que se tomaron (incautación, remates, toma de posesión de los Bloques, amenazas de expulsión del país, entre otros) sí violó el estándar de trato justo y equitativo del TBI Ecuador-Francia.⁴²⁷

Por otro lado, consistente con el tribunal de *Burlington v. Ecuador*, en este caso el tribunal tampoco encontró que “la Ley 42 al 50%” constituyó una expropiación por parte del Estado.⁴²⁸ El tribunal encontró lo siguiente:

*“Como cualquier otro impuesto sobre utilidades extraordinarias, la Ley 42 redujo la rentabilidad de Perenco, no privó a la Demandante de sus derechos de gestión y control de su inversión en Ecuador, ni alcanzó el nivel requerido de una disminución sustancial del valor de dicha inversión.”*⁴²⁹

En este caso, el tribunal tampoco encontró que el Decreto 662 haya constituido una expropiación, pues “Perenco continuó operando los Bloques y no hubo perjuicio para sus derechos de propiedad y control”.⁴³⁰

425 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 601.

426 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 582, 601.

427 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 627.

428 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 671.

429 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 672.

430 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 680, 681.

A criterio de los árbitros, el Decreto 622 “*si bien el Decreto 622 violó el estándar de trato justo y equitativo, no constituyó una expropiación indirecta. Estuvo cerca de hacerlo, pero no cruzó la línea.*”⁴³¹ La clave está en que “*no provocó la interrupción de sus operaciones, ni [...] neutralizó efectivamente la inversión o la tornó extinta como si hubiese dejado de existir.*”⁴³²

En extremo interesante, el tribunal de Perenco se alejó completamente del razonamiento del tribunal en el caso Burlington respecto a la relevancia de la toma de control de los Bloques 7 y 21 por parte del Estado. En *Perenco v. Ecuador* el tribunal encontró que no existen razones para considerar que esa toma de control constituye una expropiación. Por el contrario, los árbitros sostuvieron que era completamente razonable que el Estado intervenga para asegurar la continuidad en la operación de los bloques. El razonamiento fue el siguiente:

“Si bien el Tribunal aceptó que [...] en virtud de la ley ecuatoriana [...] podía [Perenco] suspender legítimamente las operaciones frente a un incumplimiento contractual sin que su propio accionar se considere incumplimiento, esto no debe llevar a la conclusión de que ante la suspensión de las operaciones, el Estado no tenía derecho a intervenir y que dicha intervención constituyó una expropiación.

*En este punto, el Tribunal acepta el argumento de la Demandada de que cuando el Consorcio anunció su intención de suspender las operaciones, había razones justificadas y válidas para que el Estado interviniera con el fin de operar los Bloques, para así garantizar su continuidad y mantener su productividad. La Demandada dio pruebas de las pérdidas potenciales de producción y otros problemas técnicos que hubiera tenido de haberse suspendido las operaciones. En consecuencia, el Tribunal acepta que el Estado tenía derecho a operar y mantener los Bloques luego de que el Consorcio se había retirado.”*⁴³³

431 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 684.

432 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 685.

433 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, p. 685.

Con este razonamiento, se desechó el reclamo de expropiación sobre la base de la toma de control. Sin embargo, el tribunal sí consideró que la declaración de caducidad constituyó expropiación y que una vez que el Estado tomó el control de los Bloques, no era necesario declarar la caducidad, sino que podía haberse esperado hasta que el tribunal resolviera el caso.⁴³⁴

Aunque el análisis del caso no es materia del presente trabajo, es relevante mencionar que el laudo emitido en el arbitraje *Perenco v. Ecuador* fue parcialmente anulado en mayo de 2021.⁴³⁵ El resultado de la decisión de anulación fue la reducción del laudo, a favor del Estado, de US\$ 448 millones a US\$ 412 millones.⁴³⁶ El tribunal anuló la decisión de otorgar US\$ 25 millones a Perenco por el lucro cesante de extender la vigencia del Contrato de Participación del Bloque 7 y la decisión de que el costo del *ship-or-pay* de OCP era deducible de impuestos.⁴³⁷ Esta no es la única vez que Ecuador ha obtenido la nulidad de un laudo ante el CIADI.

En 2015, el Estado obtuvo la anulación parcial del laudo dictado en el caso *Occidental II v. Ecuador*, obteniendo una reducción del 40% del valor otorgado originalmente.⁴³⁸ La reducción representó un total de aproximadamente US\$ 700 millones.⁴³⁹ Según la Procuraduría General del Estado: “[E]sta decisión constituye un caso excepcional en el sistema de arbitraje, solo presente en el 7% de los casos de anulación

434 *Perenco v. Ecuador*, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014, pp. 710-711.

435 *Perenco v. Ecuador*, Decisión de Nulidad, 28 de mayo de 2021.

436 *Perenco v. Ecuador*, Decisión de Nulidad, 28 de mayo de 2021, p. 733; Procuraduría General del Estado, Comité ad hoc de CIADI notifica su decisión final en Caso Perenco vs. Ecuador, 1 de junio de 2021.

437 *Perenco v. Ecuador*, Decisión de Nulidad, 28 de mayo de 2021, p. 744.

438 *Occidental II v. Ecuador*, Decisión de Nulidad del Laudo, 2 de noviembre de 2015, p. 585.

439 *Occidental II v. Ecuador*, Decisión de Nulidad del Laudo, 2 de noviembre de 2015, p. 586 (“The Tribunal has established the value of 100% of Block 15, i.e. of the Farmout Property, at US\$ 2,359,500,000. Consequently, the value of the 60% interest would amount to US\$ 1,415,700,000. Applying to this amount the 25% reduction factor explained in para. 825 of the Award, the resulting amount is US\$ 1,061,775,000. This is the proper amount that should have been inserted in Sub-paragraph (v) of the dispositive section of the Award. [...]”)

presentados ante el CIADI a nivel internacional."⁴⁴⁰ A pesar de ello, el Estado demostró su descontento con la decisión: "*Sin embargo, sigue sin hacerse justicia a todos los argumentos presentados por la defensa, lo que ratifica la convicción cada vez más generalizada de los Estados sobre inequidad de un sistema arbitral creado por inversionistas para defender exclusivamente los intereses de los inversionistas, motivo que llevó al Ecuador en el 2010 a abandonar el CIADI.*"

Originalmente, el valor otorgado a en el laudo a favor de Occidental fue de US\$1.769.625.000.⁴⁴¹ El monto anulado es cercano a la suma de los montos otorgados a favor del inversionista en los casos Perenco y Burlington (aproximadamente de US\$ 790 millones).⁴⁴²

4.9. Arbitrajes con Burlington y Perenco: 2 reconversiones en favor del Estado

No es posible menospreciar, en términos objetivos, el éxito que representa para el Estado ecuatoriano haber obtenido decisiones favorables en las reconversiones que presentó en los casos *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*. No es común, en Arbitraje Internacional de Inversión, que los Estados prevalezcan en sus intentos de contrademandar a los inversionistas. De hecho, las decisiones favorables obtenidas por Ecuador son consideradas – a nivel internacional – como decisiones históricas.

En *Burlington v. Ecuador*, el tribunal condenó al inversionista a pagar US\$ 41 millones por daños ambientales.⁴⁴³ De acuerdo a la Procuraduría General del Estado:

"El Tribunal, en una decisión histórica en el mundo del derecho de inversiones, aceptó las alegaciones de la Procuraduría General del Estado

440 Procuraduría General del Estado, *Comunicado de Prensa: La Procuraduría General del Estado Logró una Victoria Legal en Caso Oxy*, 2 de noviembre de 2015.

441 *Occidental II v. Ecuador*, Laudo, 5 de octubre de 2012, p. 876(v).

442 *Burlington v. Ecuador*, Decisión Sobre Reconsideración y Laudo, 7 de febrero de 2017, p. 635(C) (El Estado fue condenado a pagar US\$ 380 millones); *Perenco v. Ecuador*, Decisión de Nulidad, 28 de mayo de 2021, p. 733 (El laudo de nulidad parcial redujo el monto que Ecuador debía pagar a Perenco de US\$ 448 millones a 412 millones).

443 *Burlington v. Ecuador*, Decisión sobre Reconversiones, 7 de febrero de 2017, p. 1099.

respecto a las reconversiones planteadas en contra de Burlington y su operación 'bajo costo', la cual afectó ambientalmente a una zona altamente sensible como la Amazonía ecuatoriana. [...]"⁴⁴⁴

En *Perenco v Ecuador*, el tribunal condenó a la compañía a pagar US\$ 54 millones por concepto de “costos emanados de la restauración del ambiente en las áreas dentro de los Bloques 7 y 21.”⁴⁴⁵

De 25 contrademandas contabilizadas en un estudio realizado en noviembre de 2021 a nivel internacional, más de la mitad fueron inadmitidas porque los tribunales encontraron que “*carecían completamente de sustento legal o factual, o si fueron admitidas, fueron rechazadas por carecer de base legal o sustancia.* (traducción libre).”⁴⁴⁶ En general, “*mientras el número de contravenciones [en Arbitraje Internacional de Inversiones] crece, muy pocas han sido exitosas. Es más frecuente que estas sean rechazadas en base a cuestiones de jurisdicción o admisibilidad.* (traducción libre)”⁴⁴⁷ De los 25 casos de Arbitraje de Inversión, las reconversiones fueron exitosas únicamente en dos casos recientes: *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*.⁴⁴⁸ Esas decisiones históricas, se dieron en Arbitrajes CIADI.

5. CONCLUSIONES

El retorno del Ecuador al CIADI ha estado marcada por críticas que encuentran sus antecedentes en los argumentos que utilizó el gobierno del Ex-Presidente, Rafael Correa, para denunciar el Convenio CIADI en 2009. Principalmente, se ha esparcido una percepción de que el CIADI ha sido perjudicial para los intereses del Estado y que, típicamente, el Estado ha perdido ante los intereses de los inversionistas

⁴⁴⁴ Procuraduría General del Estado, *Caso Burlington: Tribunal Arbitral Emite Laudo Final y Acepta Contrademanda Ambiental de Ecuador*, 8 de febrero de 2017.

⁴⁴⁵ *Perenco v. Ecuador*, Laudo Final, 27 de septiembre de 2019, p. 1023(b).

⁴⁴⁶ Anna de Luca y Cristina Baltag, *Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform*, Kluwer Arbitration Blog, 5 de noviembre de 2021.

⁴⁴⁷ Yasmine Lahlou y Rainbow Willard (Chaffetz Lindsey LLP), *The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration*, Global Arbitration Review, 9 de junio de 2021.

⁴⁴⁸ Anna de Luca y Cristina Baltag, *Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform*, Kluwer Arbitration Blog, 5 de noviembre de 2021.

extranjeros. En este trabajo se ha demostrado que ese no es el caso. Los resultados de los Arbitrajes CIADI (entre 2002 y 2009) demuestran lo contrario.

En ese período de tiempo, mientras estuvo vigente el Convenio CIADI, el Estado prevaleció en el 30% de los casos. Además, Ecuador obtuvo decisiones favorables en las reconvenções planteadas en contra de los inversionistas (20% de los casos). Las cifras analizadas en este trabajo demuestran, más bien, un resultado global balanceado.⁴⁴⁹ Cuando se contrastó estas cifras con los resultados obtenidos por el Estado en Arbitrajes CNUDMI, el escenario continuó siendo consistente. Así, es justo concluir que no existe correlación entre las reglas de procedimiento que las partes elijan para sus arbitrajes internacionales (sean CIADI, CNUDMI, u otras) y el resultado de sus disputas. Ello depende de otros factores.

Uno de esos factores fue analizado al inicio de este artículo, cuando se explicó que el Arbitraje Internacional de Inversión está regida por distintas fuentes de Derecho Internacional Público, incluyendo TBIs. Estos TBIs son de distinta índole, y se encontró que los Arbitrajes de Inversión (sean CIADI o UNCITRAL) iniciados en contra de Ecuador, tuvieron como fuente 5 tratados internacionales distintos. Es en estos tratados internacionales donde los distintos tribunales encontraron responsabilidad del Estado en aquellos casos donde prevaleció el inversionista. Y también es en estos tratados internacionales donde el Estado prevaleció, sea en base a cuestiones jurisdiccionales o en los méritos. De ahí que no es coherente oponerse, de plano, al Convenio CIADI o al Centro, sin entender que los TBIs juegan un rol fundamental en la resolución de disputas internacionales en materia de inversión. El Ecuador ha denunciado los TBIs y ahora podrá negociar nuevos tratados del modo que considere más apropiado para

449 Iñigo Salvador Crespo y Melanie Riofrío La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las Sábanas, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Número 2, 30 de septiembre de 2010, p. 97-100 (En 2010, Iñigo Salvador Crespo y Melanie Riofrío realizaron un análisis de los Casos CIADI hasta ese momento, concluyendo que el “historial de arbitrajes internacionales que tiene el Ecuador es relativamente equilibrado”. Es el criterio del artículo presentado ahora, más de 10 años después, que tal conclusión sigue siendo aplicable.)

asegurar que sus intereses sean protegidos. Sin perjuicio de ello, el presente trabajo también demostró que el Estado ha tenido éxito incluso con aquellos TBIs que ya fueron denunciados.

Como se ha visto, no es correcto afirmar que los TBIs que dieron paso a los 25 casos de Arbitrajes de Inversión benefician exclusivamente a los inversionistas. Aquello es falso. Los Casos CIADI demuestran lo contrario.

En *MCI v. Ecuador* el Estado prevaleció completamente en los méritos del caso, logrando que todas las pretensiones del inversionista sean desechadas. Los hechos de ese caso probaron no ser susceptibles de generar una violación a un tratado internacional. La defensa del Estado fue exitosa. Así mismo, el Estado prevaleció en sede jurisdiccional tanto en el caso *Emelec v. Ecuador* como *Murphy (I) v. Ecuador*. En el caso de EMELEC, el éxito del Estado fue tal, que el tribunal arbitral ni siquiera tuvo que considerar las alegaciones de jurisdicción o de fondo del inversionista, al encontrar que quien inició el arbitraje a nombre del inversionista, ni siquiera tenía capacidad legal para representar a EMELEC. En el caso *Murphy (I) v. Ecuador*, el Estado logró que se deseché la demanda porque no se había concluido el período de negociaciones directas después de haber presentado la notificación de disputa (*cooling-off period*). Tres victorias que el Estado en su momento celebró, como se ha visto.

Por otro lado, este trabajo también ha desmitificado las creencias que giran alrededor de los casos en los que el Estado no prevaleció en los méritos. En particular, este trabajo analizó los efectos que tuvo la Ley 42 y el Decreto 662. No basta con contabilizar el número de casos que se iniciaron a raíz de la emisión de dichas medidas para concluir que el CIADI es contrario a los intereses del Estado. También es necesario analizar el resultado de esos casos.

Como se observó, el Estado llegó a un acuerdo y puso fin a la disputa que surgió con la compañía Repsol YPF. Este es un resultado favorable que se suma al éxito que tuvo en el caso *Murphy (I) v. Ecuador*. Además, el Estado obtuvo dos reconvenções favorables

calificadas como “históricas” en los casos *Burlington v. Ecuador* y *Perenco v. Ecuador*. Ecuador es el único Estado que ha sido exitoso en las reconvencciones que ha presentado en Arbitraje Internacional de Inversión. Eso ocurrió en Casos CIADI.

Finalmente, el presente trabajo analizó los casos donde el Estado obtuvo laudos desfavorables, puntualizando aspectos positivos para Ecuador durante el litigio. Aunque las compañías *Burlington* y *Perenco* prevalecieron en sus respectivos arbitrajes, el presente trabajo desmitificó la creencia sobre aquellos casos. Es en extremo relevante que, en ambos arbitrajes, los tribunales encontraron que la Ley 42 (50% de beneficio sobre Ingresos Extraordinarios) no constituyó violaciones al TBI Ecuador-Estados Unidos, ni tampoco al TBI Ecuador-Francia. En el caso *Burlington*, de hecho, el tribunal encontró que ni siquiera la subida al 90% constituyó una violación al estándar de expropiación. Ecuador, en ese caso, además obtuvo un éxito importante al prevalecer parcialmente en sede jurisdiccional, logrando que se desechase la pretensión, *inter alia*, de violación del estándar de trato justo y equitativo.

Debido a que el texto del TBI con Francia y con Estados Unidos es distinto y no contiene una exclusión de “Cuestiones Tributarias” (La medida impuesta por la Ley 42 fue calificada como “impuesto”), en el caso *Perenco* la subida al 90% sí se consideró como una violación al estándar de trato justo y equitativo del TBI. Esto demuestra nuevamente que no es coherente cuestionar el resultado de los Arbitrajes Internacionales de Inversión sobre la base de las reglas que lo rigen (en este caso arbitrajes CIADI) sin considerar la ley aplicable (TBI). Pero eso no es todo, también depende de los hechos del caso y de las medidas adoptadas por el Estado.

Ni en el caso *Burlington*, ni tampoco en *Perenco*, los tribunales encontraron que la Ley 42 o el Decreto 662 hayan constituido expropiación. Aquellos tribunales encontraron que otras actuaciones del Estado violaron las obligaciones internacionales adquiridas por Ecuador. Estas actuaciones, tales como la toma de control de los Bloques 7 y 21 (*Burlington v. Ecuador*) o la emisión del decreto de

caducidad de los Contratos de Participación durante el curso del arbitraje (*Perenco v. Ecuador*) fueron los actos del Estado que, a criterio de los tribunales respectivos, configuraron la expropiación. Son los hechos analizados a la luz de la ley aplicable, no las normas de procedimiento utilizadas para resolver los arbitrajes, los que determinarán el resultado de uno u otro caso. Los hechos en el caso *MCI v. Ecuador* determinaron que el Estado prevalezca por sobre el inversionista. Esto a pesar de que este caso se resolvió bajo el mismo tratado que rigió el caso de *Burlington v. Ecuador*.

Las conclusiones alcanzadas en este trabajo también deben ser puestas en contexto de la reciente ratificación del Ecuador del Convenio CIADI. Como no existe correlación entre el CIADI y el resultado de los Arbitrajes de Inversión, los eventuales arbitrajes que se lleguen a conocer ante el Centro no serán automáticamente favorables o desfavorables para el Estado o los inversionistas. Aquellos casos tampoco surgirán de manera inmediata, pues el Estado deberá primero otorgar su consentimiento para someter alguna disputa a Arbitraje CIADI. Esto podrá suceder, entre otras posibilidades, si es que el Estado celebra un tratado internacional (TBI o similar). El Estado deberá negociar aquellos TBIs de manera consciente y adecuada, y podrá atender las preocupaciones y críticas existentes al sistema de resolución de controversias Inversionista-Estado. Para ello, deberá mirar hacia la experiencia pasada que ha tenido en los Arbitrajes Internacionales de Inversión (CIADI y CNUDMI, y eventualmente otros). Como se ha visto a lo largo de este trabajo, los datos demuestran que aquella experiencia es más bien equilibrada. En adelante, Ecuador debe actuar conforme datos objetivos y no basado enteramente en apreciaciones subjetivas (especialmente políticas) sobre el CIADI u otras instituciones arbitrales internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

Decisiones Internacionales

Repsol YPF Ecuador S.A. y otros v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/01/10, Laudo, 20 de febrero de 2004.

IBM World Trade Corp. v. República del Ecuador, ICSID Case No. ARB/02/10, Laudo, 22 de julio de 2004.

M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007.

City Oriente Limited v. República del Ecuador (Petroecuador), Caso CIADI No. ARB/06/21, Resolución Procesal Dejando Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 12 de septiembre de 2008.

Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/05/9, Laudo, 2 de junio de 2009.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Jurisdicción, 2 de junio de 2010.

Murphy Exploration and Production Company International v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/4 (Murphy I), Laudo, 15 de diciembre de 2010.

Repsol YPF Ecuador, S.A. y otros v. República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/10, Resolución Procesal que Deja Constancia de la Terminación del Procedimiento de Arbitraje, 9 de febrero de 2011.

Corporación Quiport S.A. y otros v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/09/23, Order Taking Note of the Discontinuance of the Proceedings, 11 de noviembre de 2011.

Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Responsabilidad, 14 de diciembre de 2012.

Globalnet - Únete Telecomunicaciones S.A. y Clay Pacific S.R.L. v. República del Ecuador, Orden de Conclusión de Procedimiento Arbitral, 7 de agosto de 2013.

Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Decisión sobre las Cuestiones Pendientes Relativas a la Jurisdicción y Sobre la Responsabilidad, 12 de septiembre de 2014.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión Provisional Sobre la Reconvención Ambiental, 11 de agosto de 2015.

Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión de Nulidad del Laudo, 2 de noviembre de 2015.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Reconvenciones, 7 de febrero de 2017.

Burlington Resources Inc. v. República de Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión Sobre Reconsideración y Laudo, 7 de febrero de 2017.

Murphy Exploration & Production Company – International v. República del Ecuador (II), Caso PCA No. 2012-16, Laudo Final, 10 de febrero de 2017.

Perenco Ecuador Limited v. República del Ecuador, Caso CIADI No. ARB/08/6, Laudo Final, 27 de septiembre de 2019.

Artículos y otros

Iñigo Salvador Crespo y Melanie Riofrío La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las Sábanas, en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Número 2, 30 de septiembre de 2010, disponible en: <https://iea.ec/publicaciones/revista-2/>

Global Arbitration Review, *Ecuador Held Liable Again Over Windfall Oil Profits Levy*, 17 de mayo de 2016, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/ecuador-held-liable-again-over-windfall-oil-profits-levy>

Yasmine Lahlou y Rainbow Willard (Chaffetz Lindsey LLP), *The Rise of Environmental Counterclaims in Mining Arbitration*, Global Arbitration Review, 9 de junio de 2021, disponible en (requiere suscripción): <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-mining-arbitrations/2nd-edition/article/the-rise-of-environmental-counterclaims-in-mining-arbitration#footnote-080>

Anna de Luca y Cristina Baltag, *Counterclaims in Investment Arbitration: Reflections on UNCITRAL WG III Reform*, Kluwer Arbitration Blog, 5 de noviembre de 2021, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/11/05/counterclaims-in-investment-arbitration-reflections-on-uncitral-wg-iii-reform/>

UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), 31 December 2020, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/61/ecuador>

Jus Mundi, Reporte de Merck v. Ecuador, último acceso el 15 de noviembre de 2021, disponible en: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-merck-sharpe-dohme-i-a-llc-v-the-republic-of-ecuador-partial-final-award-thursday-25th-january-2018>

Jack Ballantyne, *Airport Investor Brings Tax Claim Against Ecuador*, Global Arbitration Review, 28 de septiembre de 2020, disponible en (requiere suscripción): <https://globalarbitrationreview.com/airport-investor-brings-tax-claim-against-ecuador>

Reporte caso Aecon v. Ecuador, Corte Permanente de Arbitraje, último acceso el 15 de noviembre de 2021: <https://pca-cpa.org/en/cases/254/>

Normativa

Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 1945.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 1965.

Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección de Inversiones, 27 de agosto de 1993.

Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996.

Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 29 de abril de 1996.

Convenio entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, 19 de junio de 1997.

Convenio entre la República de Bolivia y la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 25 de mayo de 1995.

Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos No. 42-006, Registro Oficial No. 257, 25 de abril de 2006

Decreto Ejecutivo No. 1672, Reglamento Sustitutivo al Reglamento de Aplicación de la Ley de la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No.312, 13 de julio de 2006

Decreto Ejecutivo No. 662, Reforma al Reglamento de Aplicación a la Ley No. 42-2006 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, Registro Oficial No. 193, 18 de octubre de 2007.

Decreto Ejecutivo No. 1823, Presidencia de la República, R.O 632 de 13 de julio de 2009.

Reportes, Boletines de Prensa

Ciadi Niega Demanda de Murphy, El Comercio, 17 de diciembre de 2010, disponible en: <https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/ciadi-niega-demanda-murphy.html>

Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 15 de diciembre de 2010, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/522-ecuador-obtiene-un-triunfo-importante-en-arbitraje-internacional-sobre-ley-42-2006>

Petrolera Murphy Retiró Demanda en Contra de Ecuador, El Comercio, 24 de agosto de 2011, disponible en: <https://www.eluniverso.com/2011/08/24/1/1356/petrolera-murphy-retiro-demanda-contra-ecuador.html>

Kyriaki Karadelis, *Ecuador Signs New Contracts*, Global Arbitration Review, 31 de enero de 2011, disponible en (requiere suscripción): <https://globalarbitrationreview.com/ecuador-signs-new-contracts>

Procuraduría General del Estado, Boletín de Prensa, 23 de agosto de 2011, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/608-procuraduria-logra-el-retiro-de-la-solicitud-de-arbitraje-en-el-ciadi-presentada-por-la-petrolera-murphy>

Alison Ross, *Tawil and Stern Step Away from Tribunal*, Global Arbitration Review, 23 de febrero de 2012, disponible en (requiere suscripción): <https://globalarbitrationreview.com/tawil-and-stern-step-away-tribunal>

Procuraduría General del Estado, *Comunicado de Prensa: La Procuraduría General del Estado Logró una Victoria Legal en Caso Oxy*, 2 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/193-la-pge-logro-una-victoria-legal-en-caso-oxy>

Procuraduría General del Estado de Ecuador, *Boletín de Prensa*, 16 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/component/k2/item/793-tribunal-arbitral-emite-laudo-parcial-en-caso-murphy>

Procuraduría General del Estado, *Caso Burlington: Tribunal Arbitral Emite Laudo Final y Acepta Contrademanda Ambiental de Ecuador*, 8 de febrero de 2017, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2/item/887-caso-burlington-tribunal-arbitral-emite-laudo-final-y-acepta-la-reconvencion-ambiental-del-ecuador>.

Procuraduría General del Estado, *Comité ad hoc de CIADI notifica su decisión final en Caso Perenco vs. Ecuador*, 1 de junio de 2021, disponible en: <http://www.pge.gob.ec/index.php/2014-10-01-02-32-39/boletines2-2/item/1686-comite-ad-hoc-de-ciadi-notifica-su-decision-final-en-caso-perenco-vs-ecuador>

ANEXO

CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS⁴⁵⁰

PREÁMBULO

LOS ESTADOS CONTRATANTES

Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado;

Teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones;

Reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución;

Atribuyendo particular importancia a la disponibilidad de medios de conciliación o arbitraje internacionales a los que puedan los Estados Contratantes y los nacionales de otros Estados Contratantes, si lo desean, someter dichas diferencias;

Deseando crear tales medios bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento;

450 Tomado de: <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/panorama>

Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; y

Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;

Han acordado lo siguiente:

CAPÍTULO I

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

SECCIÓN 1

CREACIÓN Y ORGANIZACIÓN

Artículo 1

(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro).

(2) El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

Artículo 2

La sede del Centro será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en lo sucesivo llamado el Banco). La sede podrá trasladarse a otro lugar por decisión del Consejo

Administrativo adoptada por una mayoría de dos terceras partes de sus miembros.

Artículo 3

El Centro estará compuesto por un Consejo Administrativo y un Secretariado, y mantendrá una Lista de Conciliadores y una Lista de Arbitros.

SECCIÓN 2

EL CONSEJO ADMINISTRATIVO

Artículo 4

(1) El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes. Un suplente podrá actuar con carácter de representante en caso de ausencia del titular de una reunión o de incapacidad del mismo.

(2) Salvo en caso de designación distinta, el gobernador y el gobernador suplente del Banco nombrados por un Estado Contratante serán *ex officio* el representante y el suplente de ese Estado, respectivamente.

Artículo 5

El Presidente del Banco será *ex officio* Presidente del Consejo Administrativo (en lo sucesivo llamado el Presidente) pero sin derecho a voto. En caso de ausencia o incapacidad para actuar y en caso de vacancia del cargo de Presidente del Banco, la persona que lo sustituya en el Banco actuará como Presidente del Consejo Administrativo.

Artículo 6

(1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes:

- (a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro;

- (b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje;
- (c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje);
- (d) aprobar los arreglos con el Banco sobre la utilización de sus servicios administrativos e instalaciones;
- (e) fijar las condiciones del desempeño de las funciones del Secretario General y de los Secretarios Generales Adjuntos;
- (f) adoptar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Centro;
- (g) aprobar el informe anual de actividades del Centro. Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo.

(2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias.

(3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizará todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 7

(1) El Consejo Administrativo celebrará una reunión anual, y las demás que sean acordadas por el Consejo, o convocadas por el Presidente, o por el Secretario General cuando lo soliciten a este último no menos de cinco miembros del Consejo.

(2) Cada miembro del Consejo Administrativo tendrá un voto, y, salvo disposición expresa en contrario de este Convenio, todos los asuntos que se presenten ante el Consejo se decidirán por mayoría de votos emitidos.

(3) Habrá quórum en las reuniones del Consejo Administrativo cuando esté presente la mayoría de sus miembros.

(4) El Consejo Administrativo podrá establecer, por mayoría de dos tercios de sus miembros, un procedimiento mediante el cual el Presidente pueda pedir votación del Consejo sin convocar a una reunión del mismo. Sólo se considerará válida esta votación si la mayoría de los miembros del Consejo emiten el voto dentro del plazo fijado en dicho procedimiento.

Artículo 8

Los miembros del Consejo Administrativo y el Presidente desempeñarán sus funciones sin remuneración por parte del Centro.

SECCIÓN 3

EL SECRETARIADO

Artículo 9

El Secretariado estará constituido por un Secretario General, por uno o más Secretarios Generales Adjuntos y por el personal del Centro.

Artículo 10

(1) El Secretario General y los Secretarios Generales Adjuntos serán elegidos, a propuesta del Presidente, por el Consejo Administrativo por mayoría de dos tercios de sus miembros por un período de servicio no mayor de seis años, pudiendo ser reelegidos. Previa consulta a los miembros del Consejo Administrativo, el Presidente presentará uno o más candidatos para cada uno de esos cargos.

(2) Los cargos de Secretario General y de Secretario General Adjunto serán incompatibles con el ejercicio de toda función política. Ni el Secretario General ni ningún Secretario General Adjunto podrán desempeñar cargo alguno o dedicarse a otra actividad, sin la aprobación del Consejo Administrativo.

(3) Durante la ausencia o incapacidad del Secretario General y durante la vacancia del cargo, el Secretario General Adjunto actuará como Secretario General. Si hubiere más de un Secretario General Adjunto, el Consejo Administrativo determinará anticipadamente el orden en que deberán actuar como Secretario General.

Artículo 11

El Secretario General será el representante legal y el funcionario principal del Centro y será responsable de su administración, incluyendo el nombramiento del personal, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio y los reglamentos dictados por el Consejo Administrativo, desempeñará la función de registrador, y tendrá facultades para autenticar los laudos arbitrales dictados conforme a este convenio y para conferir copias certificadas de los mismos.

SECCIÓN 4 LAS LISTAS

Artículo 12

La Lista de Conciliadores y la Lista de Arbitros estarán integradas por los nombres de las personas calificadas, designadas tal como se dispone más adelante, y que estén dispuestas a desempeñar sus cargos.

Artículo 13

(1) Cada Estado Contratante podrá designar cuatro personas para cada Lista quienes podrán ser, o no, nacionales de ese Estado.

(2) El Presidente podrá designar diez personas para cada Lista, cuidando que las personas así designadas sean de diferente nacionalidad.

Artículo 14

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia

en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Arbitros.

(2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.

Artículo 15

(1) La designación de los integrantes de las Listas se hará por períodos de seis años, renovables.

(2) En caso de muerte o renuncia de un miembro de cualquiera de las Listas, la autoridad que lo hubiere designado tendrá derecho a nombrar otra persona que le reemplace en sus funciones por el resto del período para el que aquél fue nombrado.

(3) Los componentes de las Listas continuarán en las mismas hasta que sus sucesores hayan sido designados.

Artículo 16

(1) Una misma persona podrá figurar en ambas Listas.

(2) Cuando alguna persona hubiere sido designada para integrar una Lista por más de un Estado Contratante o por uno o más Estados Contratantes y el Presidente, se entenderá que lo fue por la autoridad que lo designó primero; pero si una de esas autoridades es el Estado de que es nacional, se entenderá designada por dicho Estado.

(3) Todas las designaciones se notificarán al Secretario General y entrarán en vigor en la fecha en que la notificación fue recibida.

SECCIÓN 5

FINANCIACIÓN DEL CENTRO

Artículo 17

Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas subscripciones de capital del Banco, y por los Estados Contratantes no miembros del Banco de acuerdo con las reglas que el Consejo Administrativo adopte.

SECCIÓN 6

STATUS, INMUNIDADES Y PRIVILEGIOS

Artículo 18

El Centro tendrá plena personalidad jurídica internacional. La capacidad legal del Centro comprende, entre otras, la de:

- (a) contratar,
- (b) adquirir bienes muebles e inmuebles y disponer de ellos,
- (c) comparecer en juicio.

Artículo 19

Para que el Centro pueda dar cumplimiento a sus fines, gozará, en los territorios de cada Estado Contratante, de las inmunidades y privilegios que se señalan en esta Sección.

Artículo 20

El Centro, sus bienes y derechos, gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial, salvo que renuncie a ella.

Artículo 21

El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado:

(a) gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad;

(b) cuando no sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozarán de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar u otras prestaciones análogas, y asimismo gozarán de idénticas facilidades respecto a régimen de cambios e igual tratamiento respecto a facilidades de desplazamiento, que los Estados Contratantes concedan a los representantes, funcionarios y empleados de rango similar de otros Estados Contratantes.

Artículo 22

Las disposiciones del Artículo 21 se aplicarán a las personas que comparezcan en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio como partes, apoderados, consejeros, abogados, testigos o peritos, con excepción de las contenidas en el párrafo (b) del mismo, que se aplicarán solamente en relación con su desplazamiento hacia y desde el lugar donde los procedimientos se tramiten y con su permanencia en dicho lugar.

Artículo 23

(1) Los archivos del Centro, dondequiera que se encuentren, serán inviolables.

(2) Respecto de sus comunicaciones oficiales, el Centro recibirá de cada Estado Contratante un trato no menos favorable que el acordado a otras organizaciones internacionales.

Artículo 24

(1) El Centro, su patrimonio, sus bienes y sus ingresos y las operaciones y transacciones autorizadas por este Convenio estarán exentos de toda clase de impuestos y de derechos arancelarios. El Centro quedará también exento de toda responsabilidad respecto a la recaudación o pago de tales impuestos o derechos.

(2) No estarán sujetas a impuestos las cantidades pagadas por el Centro al Presidente o a los miembros del Consejo Administrativo por razón de dietas, ni tampoco los sueldos, dietas y demás emolumentos pagados por el Centro a los funcionarios o empleados del Secretariado, salvo la facultad del Estado de gravar a sus propios nacionales.

(3) No estarán sujetas a impuestos las cantidades recibidas a título de honorarios o dietas por las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, en los procedimientos promovidos conforme a este Convenio, por razón de servicios prestados en dichos procedimientos, si la única base jurisdiccional de imposición es la ubicación del Centro, el lugar donde se desarrollen los procedimientos o el lugar de pago de los honorarios o dietas.

CAPÍTULO II

JURISDICCIÓN DEL CENTRO

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por

dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

CAPÍTULO III

LA CONCILIACIÓN

SECCIÓN 1

SOLICITUD DE CONCILIACIÓN

Artículo 28

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de conciliación, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento

de éstas a la conciliación, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

SECCIÓN 2

CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN DE CONCILIACIÓN

Artículo 29

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 28, se procederá lo antes posible a la constitución de la Comisión de Conciliación (en lo sucesivo llamada la Comisión).

(2) (a) La Comisión se compondrá de un conciliador único o de un número impar de conciliadores, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de conciliadores y el modo de nombrarlos, la Comisión se constituirá con tres conciliadores designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá la Comisión, de común acuerdo.

Artículo 30

Si la Comisión no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 28, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de éstas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el conciliador o los conciliadores que aún no hubieren sido designados.

Artículo 31

(1) Los conciliadores nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Conciliadores, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 30.

(2) Todo conciliador que no sea nombrado de la Lista de Conciliadores deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.

SECCIÓN 3

PROCEDIMIENTO DE CONCILIACIÓN

Artículo 32

(1) La Comisión resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones la Comisión no es competente para oírla, se considerará por la Comisión, la que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 33

Todo procedimiento de conciliación deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Conciliación vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la conciliación. Toda cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Conciliación o en las demás Reglas acordadas por las partes, será resuelta por la Comisión.

Artículo 34

(1) La Comisión deberá dilucidar los puntos controvertidos por las partes y esforzarse por lograr la avenencia entre ellas, en condiciones aceptables para ambas. A este fin, la Comisión podrá, en cualquier

estado del procedimiento y tantas veces como sea oportuno, proponer a las partes fórmulas de avenencia. Las partes colaborarán de buena fe con la Comisión al objeto de posibilitarle el cumplimiento de sus fines y prestarán a sus recomendaciones la máxima consideración.

(2) Si las partes llegaren a un acuerdo, la Comisión levantará un acta haciéndolo constar y anotando los puntos controvertidos. Si en cualquier estado del procedimiento la Comisión estima que no hay probabilidades de lograr un acuerdo entre las partes, declarará concluso el procedimiento y redactará un acta, haciendo constar que la controversia fue sometida a conciliación sin lograrse la avenencia. Si una parte no compareciere o no participare en el procedimiento, la Comisión lo hará constar así en el acta, declarando igualmente concluso el procedimiento.

Artículo 35

Salvo que las partes acuerden otra cosa, ninguna de ellas podrá invocar, en cualquier otro procedimiento, ya sea arbitral o judicial o ante cualquier otra autoridad, las consideraciones, declaraciones, admisión de hechos u ofertas de avenencia, hechas por la otra parte dentro del procedimiento de conciliación, o el informe o las recomendaciones propuestas por la Comisión.

CAPÍTULO IV

EL ARBITRAJE

SECCIÓN 1

SOLICITUD DE ARBITRAJE

Artículo 36

(1) Cualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera incoar un procedimiento de arbitraje, dirigirá, a tal efecto, una solicitud escrita al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte.

(2) La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje.

(3) El Secretario General registrará la solicitud salvo que, de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.

SECCIÓN 2

CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL

Artículo 37

(1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo llamado el Tribunal).

(2) (a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Artículo 38

Si el Tribunal no llegare a constituirse dentro de los 90 días siguientes a la fecha del envío de la notificación del acto de registro, hecho por el Secretario General conforme al apartado (3) del Artículo 36, o dentro de cualquier otro plazo que las partes acuerden, el Presidente, a petición de cualquiera de éstas y, en lo posible, previa consulta a ambas partes, deberá nombrar el árbitro o los árbitros que aún no hubieren sido designados. Los árbitros nombrados por el Presidente conforme a este Artículo no podrán ser nacionales del Estado Contratante

parte en la diferencia, o del Estado Contratante cuyo nacional sea parte en la diferencia.

Artículo 39

La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal.

Artículo 40

(1) Los árbitros nombrados podrán no pertenecer a la Lista de Arbitros, salvo en el caso de que los nombre el Presidente conforme al Artículo 38.

(2) Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Arbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14.

SECCIÓN 3

FACULTADES Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL

Artículo 41

(1) El Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

(2) Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones el Tribunal no es competente para oírla, se considerará por el Tribunal, el que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión.

Artículo 42

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo

sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

Artículo 43

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario:

(a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba;

(b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes.

Artículo 44

Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

Artículo 45

(1) El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones.

(2) Si una parte dejare de comparecer o no hiciere uso de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo.

Antes de dictar laudo el Tribunal, previa notificación, concederá un período de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho uso de sus derechos, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.

Artículo 46

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal deberá, a petición de una de ellas, resolver las demandas incidentales, adicionales o reconconvencionales que se relacionen directamente con la diferencia, siempre que estén dentro de los límites del consentimiento de las partes y caigan además dentro de la jurisdicción del Centro.

Artículo 47

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal, si considera que las circunstancias así lo requieren, podrá recomendar la adopción de aquellas medidas provisionales que considere necesarias para salvaguardar los respectivos derechos de las partes.

SECCIÓN 4

EL LAUDO

Artículo 48

(1) El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.

(2) El laudo deberá dictarse por escrito y llevará la firma de los miembros del Tribunal que hayan votado en su favor.

(3) El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado.

(4) Los árbitros podrán formular un voto particular, estén o no de acuerdo con la mayoría, o manifestar su voto contrario si disienten de ella.

(5) El Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes.

Artículo 49

(1) El Secretario General procederá a la inmediata remisión a cada parte de una copia certificada del laudo. Este se entenderá dictado en la fecha en que tenga lugar dicha remisión.

(2) A requerimiento de una de las partes, instado dentro de los 45 días después de la fecha del laudo, el Tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver en dicho laudo y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares del mismo. La decisión constituirá parte del laudo y se notificará en igual forma que éste. Los plazos establecidos en el apartado (2) del Artículo 51 y apartado (2) del Artículo 52 se computarán desde la fecha en que se dicte la decisión.

SECCIÓN 5

ACLARACIÓN, REVISIÓN Y ANULACIÓN DEL LAUDO

Artículo 50

(1) Si surgiere una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración mediante escrito dirigido al Secretario General.

(2) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo. Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la aclaración.

Artículo 51

(1) Cualquiera de las partes podrá pedir, mediante escrito dirigido al Secretario General, la revisión del laudo, fundada en el descubrimiento de algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el desconocimiento de ésta no se deba a su propia negligencia.

(2) La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes al día en que fue descubierto el hecho y, en todo caso, dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) De ser posible, la solicitud deberá someterse al mismo Tribunal que dictó el laudo. Si no lo fuere, se constituirá un nuevo Tribunal de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

(4) Si el Tribunal considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la revisión. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que el Tribunal decida sobre dicha petición.

Artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) Al recibo de la petición, el Presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Arbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Arbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

(4) Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.

(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.

(6) Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo.

SECCIÓN 6

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Artículo 53

(1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución,

de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Artículo 55

Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero.

CAPÍTULO V

SUSTITUCIÓN Y RECUSACIÓN DE CONCILIADORES Y ARBITROS

Artículo 56

(1) Tan pronto quede constituida una Comisión o un Tribunal y se inicie el procedimiento, su composición permanecerá invariable. La vacante por muerte, incapacidad o renuncia de un conciliador o árbitro será cubierta en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

(2) Los miembros de una Comisión o un Tribunal continuarán en sus funciones aunque hayan dejado de figurar en las Listas.

(3) Si un conciliador o árbitro, nombrado por una de las partes, renuncia sin el consentimiento de la Comisión o Tribunal de que forma parte, el Presidente nombrará, de entre los que integran la correspondiente Lista, la persona que deba sustituirle.

Artículo 57

Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV.

Artículo 58

La decisión sobre la recusación de un conciliador o árbitro se adoptará por los demás miembros de la Comisión o Tribunal, según los casos, pero, si hubiere empate de votos o se tratare de recusación de un conciliador o árbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al Presidente. Si la recusación fuere estimada, el conciliador o árbitro afectado deberá

ser sustituido en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.

CAPÍTULO VI

COSTAS DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 59

Los derechos exigibles a las partes por la utilización del Centro serán fijados por el Secretario General de acuerdo con los aranceles adoptados por el Consejo Administrativo.

Artículo 60

(1) Cada Comisión o Tribunal determinará, previa consulta al Secretario General, los honorarios y gastos de sus miembros, dentro de los límites que periódicamente establezca el Consejo Administrativo.

(2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado (1) de este Artículo, las partes podrán acordar anticipadamente con la Comisión o el Tribunal la fijación de los honorarios y gastos de sus miembros.

Artículo 61

(1) En el caso de procedimiento de conciliación las partes sufragarán por partes iguales los honorarios y gastos de los miembros de la Comisión así como los derechos devengados por la utilización del Centro. Cada parte soportará cualquier otro gasto en que incurra, en relación con el procedimiento.

(2) En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.

CAPÍTULO VII

LUGAR DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 62

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro.

Artículo 63

Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse:

- (a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o
- (b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe, previa consulta con el Secretario General.

CAPÍTULO VIII

DIFERENCIAS ENTRE ESTADOS CONTRATANTES

Artículo 64

Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.

CAPÍTULO IX

ENMIENDAS

Artículo 65

Todo Estado Contratante podrá proponer enmiendas a este Convenio. El texto de la enmienda propuesta se comunicará al Secretario General con no menos de 90 días de antelación a la reunión del Consejo Administrativo a cuya consideración se ha de someter, y aquél la transmitirá inmediatamente a todos los miembros del Consejo Administrativo.

Artículo 66

(1) Si el Consejo Administrativo lo aprueba por mayoría de dos terceras partes de sus miembros, la enmienda propuesta será circulada a todos los Estados Contratantes para su ratificación, aceptación o aprobación. Las enmiendas entrarán en vigor 30 días después de la fecha en que el depositario de este Convenio despache una comunicación a los Estados Contratantes notificándoles que todos los Estados Contratantes han ratificado, aceptado o aprobado la enmienda.

(2) Ninguna enmienda afectará los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de los Estados Contratantes, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dichos Estados nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

CAPÍTULO X

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 67

Este Convenio quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Banco. Quedará también abierto a la firma de cualquier otro Estado signatario del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia al

que el Consejo Administrativo, por voto de dos tercios de sus miembros, hubiere invitado a firmar el Convenio.

Artículo 68

(1) Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales.

(2) Este Convenio entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Entrará en vigor respecto a cada Estado que con posterioridad deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, 30 días después de la fecha de dicho depósito.

Artículo 69

Los Estados Contratantes tomarán las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios.

Artículo 70

Este Convenio se aplicará a todos los territorios de cuyas relaciones internacionales sea responsable un Estado Contratante salvo aquellos que dicho Estado excluya mediante notificación escrita dirigida al depositario de este Convenio en la fecha de su ratificación, aceptación o aprobación, o con posterioridad.

Artículo 71

Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación.

Artículo 72

Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u

organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario.

Artículo 73

Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositarán en el Banco, quien desempeñará la función de depositario de este Convenio. El depositario transmitirá copias certificadas del mismo a los Estados miembros del Banco y a cualquier otro Estado invitado a firmarlo.

Artículo 74

El depositario registrará este Convenio en el Secretariado de las Naciones Unidas de acuerdo con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y el Reglamento de la misma adoptado por la Asamblea General.

Artículo 75

El depositario notificará a todos los Estados signatarios lo siguiente:

- (a) las firmas, conforme al Artículo 67;
- (b) los depósitos de instrumentos de ratificación, aceptación y aprobación, conforme al Artículo 73;
- (c) la fecha en que este Convenio entre en vigor, conforme al Artículo 68;
- (d) las exclusiones de aplicación territorial, conforme al Artículo 70;
- (e) la fecha en que las enmiendas de este Convenio entren en vigor, conforme al Artículo 66; y
- (f) las denuncias, conforme al Artículo 71.

HECHO en Washington, en los idiomas español, francés e inglés, cuyos tres textos son igualmente auténticos, en un solo ejemplar

que quedará depositado en los archivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, el cual ha indicado con su firma su conformidad con el desempeño de las funciones que se le encomiendan en este Convenio.

Habiéndose el Ecuador separado del "CONVENIO SOBRE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE ESTADOS Y NACIONALES DE OTROS ESTADOS" (CIADI), el actual Presidente Constitucional de la República tomó la decisión política de retornar al CIADI. La Corte Constitucional consideró en el dictamen 5-21-TI/21 que no se requiere de la aprobación legislativa de tal convenio internacional, lo cual dio lugar a una importante polémica pública. Alrededor de este tema se desarrolla esta obra, la cual también realiza una evaluación de la participación histórica del Ecuador en el CIADI.

La maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Santo Domingo de Guayaquil que dirijo, resolvió contactar a una serie de especialistas y experimentados profesionales del Derecho para que aporten con sus reflexiones sobre los temas indicados. Gracias a su empeño nació este libro, que afortunadamente ve la luz pública en las primeras épocas del año 2022. Cumplimos así el compromiso de vinculación con la comunidad, y aportamos efectivamente y con idoneidad en la discusión de tan importante como compleja cuestión jurídica.

Agradecemos efusivamente por su colaboración a: Eduardo Carmigniani, Hugo García Larriva, Alvaro Galindo, Martín Flores, Sebastián Espinosa Velasco, Nicolás M. Perrone, Jorge Zavala Egas, Javier Robalino Orellana, Paúl R. Carrera, Ana María Larrea de Ortiz, Diego García Carrión, Jorge G. Alvear Macías, Juan Manuel Marchán, Michelle Vasco y David Toscano Andrade.



UIO Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
WhatsApp: 099 726 5160 - 099 274 7594
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

GYE Telf. (593-4) 2133-705 / Cel.: 0981 928 173

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec ▪ actualizacionvirtual@hotmail.com

P.V.P.: USD 25.00

ISBN: 978-9942-10-697-1



9789942106971