

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



por Dr. Diego García Carrión

El siguiente artículo se difunde con la autorización expresa del Coordinador de la compilación: Dr. Miguel Hernández Terán, Director de la Maestría en Derecho Constitucional. Forma parte integrante del libro: “El retorno del Ecuador al CIADU y la Corte Constitucional (Y evaluación sobre el Ecuador en el CIADI)” publicado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Se difunde sin fines comerciales

### SUMARIO

1. Contexto histórico .....	02
2. La denuncia del Convenio CIADI .....	04
3. Algunas precisiones sobre los centros y las reglas de arbitraje y sobre el arbitraje administrado o independiente (ad hoc) .....	05
4. La experiencia del Ecuador en arbitrajes CIADI .....	09
5. El caso OXY II y la posterior anulación parcial del laudo .....	10
6. Los Casos Perenco y Burlington, frente a frente .....	14
7. La necesidad de reformas al Sistema de Solución de Controversias de Inversiones o de renegociar los términos de los acuerdos de inversión (TBI) .....	17
8. Los límites impuestos por el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) y la interpretación de la Corte Constitucional .....	20
9. Conclusiones .....	22

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 71<sup>1</sup> del Convenio, la denuncia entraría en vigencia el 7 de enero de 2010.

1. “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.”

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.

## 1. 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

país. Me refiero a la expedición de la Ley 42-2006 Reformatoria 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 dónde 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 2007<sup>2</sup>. 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

---

2. 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.”

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

## 2. 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 Tratados<sup>3</sup>, 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

---

3. "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 1."

no prosperó en la etapa de jurisdicción, por lo que terminó en 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.

### **3. 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 administrado<sup>4</sup> 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 designación<sup>5</sup>, según se hayan previsto o no normas para su designación en el acuerdo de arbitraje, de recusación de árbitros<sup>6</sup>, así como del

---

4. 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.”

5. 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.

(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.

6. “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.

procedimiento de anulación del laudo<sup>7</sup>, 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 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 laudo<sup>8</sup>, 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

---

(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.”

#### 7. “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

(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).

(3) del Convenio.

#### 8. “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.”

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 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 CPA<sup>9</sup>. 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

---

9. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010). “Autoridad designadora y autoridad nominadora Artículo 6.1. 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.

de inversiones bajo sus reglas. La Comisión de las 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.

#### **4. 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 fa-

vorables 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 235<sup>10</sup> 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.

## 5. 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 Participación y el Bloque 15’, y que OXY debía “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

<sup>10</sup>. “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.”

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”<sup>11</sup>

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 contrato<sup>12</sup> y a la Ley de Hidrocarburos<sup>13</sup> 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 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

---

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

**12.** 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.”

**13.** 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;”

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 Tribunal<sup>14</sup> 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 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 oc-

---

**14.** “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.

tubre 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 (…).<sup>15</sup>

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 árbitro 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 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”.<sup>16</sup>

Posteriormente, un Comité de Anulación CIADI, anuló el laudo de responsabili-

---

**15.** 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.

**16.** Extracto del voto disidente de la árbitro 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.

dad, 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.

## **6. 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.
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’<sup>17</sup>, 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.

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 CIA-DI, 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.

---

17. 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.

- 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 reconveniones por temas ambientales planteadas por la defensa del Estado<sup>18</sup> 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.”<sup>19</sup>

18. 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.

19. *Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la experiencia del Ecuador*, Procuraduría General del Estado,

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 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.

## **7. 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.

---

2016, página 145.

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).”<sup>20</sup>

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,

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

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.
- 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.

## 8. 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 Nacional<sup>21</sup>, puesto que, si bien no se somete a jurisdicción internacional

---

21. 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.

en forma directa, permite que se lo haga en forma indirecta. La Corte Constitucional<sup>22</sup> 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 salvado<sup>23</sup> de los Jueces Constitucionales Ramiro Ávila Santamaría y Enrique Herrería Bonnet.

## 9. 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

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

---

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

23. “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.”