

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 Guayaqui; 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 Enriquez 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, Secretaria 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 Enriquez 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 más 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 obscura 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 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*, Thomson 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 exegética, 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-3JpdG8nLCB1dWkOicxMzQyNzEwNS01MDNmLTQ3ODQtOWJlNC1lZTc0OTk1ZG-M2ZWVucGRmJ30=

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 avisaban 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/e2NhcNBlDGE6J2VzY3JpdG8nLCB1dWlkOicxMzQyNzEwNS01MDNmLTQ3ODQtOWJlNC1lZTc0OTk1ZGM2ZWZMucGRmJ30=

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.