



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

**Arbitraje Internacional de Inversiones como Mecanismo de Solución
de Conflictos entre el Ecuador, como Estado Soberano,
y los Inversionistas Extranjeros**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogado

Profesor guía:
Dra. Alicia Arias

AUTORA:
CAROLINA ANDREA REVELO ÁVILA

2011

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Alicia Arias

Doctora

C.I.: 170718238-0

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Carolina Andrea Revelo Ávila

C.I.: 172182601-2

AGRADECIMIENTO

A la Universidad de las Américas por ser una real academia del saber; de manera especial a mi distinguida maestra, Doctora Alicia Arias, por su valiosa guía para la elaboración de esta investigación.

RESUMEN

La presente investigación ha tenido como objetivo proponer al Arbitraje Internacional de Inversiones como una política pública, mediante la ratificación de convenios referentes a mecanismos alternativos de solución de conflictos y la firma de tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. Para este fin, se parte del estudio doctrinario del Arbitraje Internacional, para posteriormente ahondar sobre las particularidades del Arbitraje Internacional de Inversiones; siguiendo esta misma línea, se aborda a los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. Además, se toma en cuenta a los organismos internacionales de solución de conflictos con especial atención en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI); así como también, a los distintos instrumentos internacionales de Arbitraje Internacional. De la misma manera, se hace un análisis del alcance de la disposición contenida en el artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, la misma que constituyó el origen de varias críticas respecto a la institución del Arbitraje Internacional, para lo cual fue necesario hacer algunas aclaraciones respecto a la seguridad jurídica y a la soberanía jurisdiccional.

Posteriormente, se hace un estudio de lo que comprende una política pública y se profundiza sobre la posibilidad de concretar una política pública referente al Arbitraje Internacional de Inversiones en el Ecuador.

Luego, se revisan tres procesos en los que el estado ecuatoriano ha sido demandado. Finalmente, se esboza algunas conclusiones y recomendaciones que demuestran que el Arbitraje Internacional de Inversiones establecido en un tratado de promoción y protección recíproca de inversiones, no es un incentivo determinante para atraer inversiones extranjeras al país.

ABSTRACT

This research has aimed at proposing the International Investment Arbitration as a public policy through the ratification of alternative dispute resolution conventions and the signing of Bilateral Investment Promotion and Protection Agreements. For this purpose, this thesis begins with the doctrinal study of International Arbitration, and later the study is focused on the particularities of International Investment Arbitration. In this context, the bilateral investment promotion and protection treaties are studied. In addition, International Alternative Dispute Resolution Organizations are studied, with special attention in the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), and the various international arbitration legal instruments on international arbitration. Similarly, the contents of the Article 422 of the Constitution of the Republic of Ecuador is analyzed, this provision was the source of many criticisms about the institution of international arbitration, for which was necessary to do some clarifications about legal certainty and jurisdictional sovereignty.

Subsequently, a study about a public policy is done, with special attention to the possibility of achieving a public policy relating to International Investment Arbitration in Ecuador.

Then, three international arbitration processes in which Ecuador has involved are reviewed. Finally, some conclusions and recommendations are obtained, which show that a well-directed public policy relating to International Investment Arbitration could be an incentive for foreign investments.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	4
1 ARBITRAJE INTERNACIONAL	4
1.1 ANTECEDENTES Y ORIGEN	4
1.2 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA	6
1.3 CONVENIO ARBITRAL	8
1.3.1 Elementos del Convenio Arbitral	9
1.3.2 Autonomía del Convenio Arbitral	11
1.3.3 Efectos Jurídicos del Convenio Arbitral	12
1.3.4 Renuncia al Acuerdo Arbitral	14
1.4 LA LEY APLICABLE	14
1.5 EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL	15
1.5.1 Determinación de la Sede	15
1.5.2 Reglas del Procedimiento	15
1.5.3 Etapas del Proceso	17
1.5.4 Laudo Arbitral	24
CAPÍTULO II	35
2 INSTRUMENTOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL	35
2.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE ARBITRAJE INTERNACIONAL	36
2.1.1 Convención de Panamá de 1975	36
2.1.2 Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Uruguay 1979)	37
2.1.3 Convención de New York (1958)	37
2.1.4 Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje de Comercio Internacional (1985)	38
2.1.5 Convenio de Washington (1965)	38
2.2 ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE ARBITRAJE INTERNACIONAL	39
2.2.1 Asociación Americana de Arbitraje (AAA)	39
2.2.2 Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)	39
2.2.3 Centro Internacional para el establecimiento de los Conflictos de la Inversión (CIADI)	39
2.2.4 Corte de Londres del arbitraje internacional	40

2.2.5	Cámara de Comercio Internacional	40
2.2.6	Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI (UNCITRAL)	40
CAPÍTULO III.....		42
3	ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.....	42
3.1	ANTECEDENTES Y ORIGEN DE LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.....	42
3.2	DEFINICIÓN DE LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIÓN.....	43
3.3	CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES.....	44
3.3.1	Efectos Jurídicos de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones.....	46
3.3.2	Obligaciones del Estado que surgen de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones	49
3.3.2.1	Las Normas de Tratamiento.....	49
3.3.2.2	Cláusula Paraguas (Umbrella Clause).....	52
3.3.2.3	Sistemas de Solución de Controversias.....	52
3.4	ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES	54
3.4.1	Arbitraje Internacional de Inversiones en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	56
3.4.1.1	Autonomía del Sistema	57
3.4.1.2	El Procedimiento	57
3.4.1.3	El Laudo Arbitral.....	60
3.5	SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL	62
3.6	ANÁLISIS DE INVERSIONES Y SUS INTERESES AL MOMENTO DE INVERTIR EN UN ESTADO	68
3.6.1	El Inversionista en el Ámbito Legal Ecuatoriano.....	71
CAPÍTULO V		73
4	ESTADO Y POLÍTICA PÚBLICA.....	73
4.1	DEFINICIÓN.....	73
4.2	ESTADO PROTECTOR Y SUBSIDIARIO.....	73
4.3	LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL PROCESO SOCIAL Y LA TOMA DE POSICIÓN POR PARTE DEL ESTADO.....	77
4.4	PROCESO EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	79

4.5	ESTADO COMO AGENTE DE DESARROLLO EN LA MATERIALIZACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	84
CAPÍTULO V.....		94
5	CASOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ECUADOR.....	94
5.1	CIADI: CASO ARBITRAL N° UN 3467: OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. REPÚBLICA DEL ECUADOR IVA PETROLERO.....	94
5.2	CIADI: CASO ARBITRAL N° ARB/06/11: OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION AND OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. REPUBLIC OF ECUADOR (CADUCIDAD DEL CONTRATO).....	101
5.3	CIADI: CASO ARBITRAL UN 3481, ENCANA CORPORATION. REPÚBLICA DEL ECUADOR IVA PETROLERO	106
CAPÍTULO VI.....		113
6	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	113
6.1	CONCLUSIONES.....	113
6.2	RECOMENDACIONES	114
Bibliografía		117

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tendencias mundiales encaminadas al crecimiento de la inversión extranjera, han sido consideradas como uno de los fenómenos más relevantes en el proceso de globalización, lo que ha dado paso a la apertura de mercados y consecuentemente, a la internacionalización de las relaciones jurídicas. Frente a la necesidad de dar soluciones a los conflictos, aparecen los métodos alternativos de solución de controversias, y en el tema a ser desarrollado, el Arbitraje Internacional de Inversiones. A raíz de esto, se han firmado tratados de promoción y protección recíproca de inversiones y convenios relativos al arreglo de diferencias, constituyéndose dicho precedente en un avance indiscutible del Derecho Internacional, debido a que se procura dar estabilidad y protección jurídica a las inversiones, en el marco de la armonización de las relaciones internacionales, tomando en consideración la integración regional y supra regional.

El Arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos, mediante el cual una o más personas llamadas árbitros o tribunal arbitral, resuelven definitivamente un conflicto planteado por otras que se han comprometido previamente a aceptar su decisión.¹

El Arbitraje desempeña un rol preponderante en la vida jurídica,² puesto que proporciona una forma alternativa de solucionar los conflictos ya sea en el ámbito local o internacional. Para lo cual, "(...) es importante hacer la diferenciación entre arbitraje nacional e internacional, ya que se manejan por normas distintas. Mientras el primero se rige por la legislación interna de un Estado, el segundo está regulado principalmente por instrumentos internacionales de derecho privado.³

El Arbitraje Internacional de Inversiones es aquel en el que intervienen un Estado y el inversor nacional de otro Estado en temas relativos específicamente a inversiones, y encuentran su apoyo en tratados de

¹ Andrade, Xavier. (2005): Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores. p. 131.

² Aylwin, Patricio. (2005): El Juicio Arbitral. Santiago de Chile: 5ta. Ed. Editorial Jurídica Chile. p. 9.

³ Andrade, Xavier. (2005): Op. Cit. p. 134

promoción y protección recíproca de inversiones, así como en leyes internas, ofreciendo una opción alterna de protección al inversionista extranjero, lo que sin lugar a dudas, constituye un incentivo de inversión en los países en donde se respeten principios tales como “Nación más favorecida” (NMF) y “Trato Nacional” (TN). El primero, referido a que se debe dar “trato igualitario para todos los demás (...)”,⁴ es decir que “los países no pueden establecer discriminaciones entre sus diversos interlocutores comerciales (...)”,⁵ en el sentido de que si se concede a un país una ventaja especial, también debe ser concedida dicha ventaja a otro país; y el segundo, a que nacionales y extranjeros deben tener trato igualitario.

En el año 2008, se aprobó un nuevo texto constitucional, en el cual se encuentra contemplado el artículo 422, el mismo que prohíbe expresamente celebrar tratados en los que se ceda jurisdicción a instancias del arbitraje internacional para controversias contractuales o comerciales entre instituciones del Estado y privados. Y plantea como excepción, la posibilidad de someter al arbitraje internacional, las controversias entre Estados y ciudadanos latinoamericanos. Esta prohibición excluye al arbitraje internacional pactado en contratos con el Estado.

La pregunta entorno a la que gira la presente tesis es: ¿El Arbitraje Internacional de Inversiones considerado como una política pública es un incentivo para la inversión extranjera?

Para lo que se han planteado cinco objetivos específicos:

1. Realizar un estudio doctrinario sobre el Arbitraje Internacional de Inversiones como mecanismos de solución de conflictos.
2. Analizar el alcance de la disposición contenida en el Artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴ Organización Mundial de Comercio (2001): Los principios del sistema de comercio. URL: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis, (2010-08-01)

⁵ Ibídem.

3. Realizar un análisis doctrinario sobre la seguridad jurídica consagrada en la Constitución de la República del Ecuador; así como de la soberanía, como atributo del Estado y de sus implicaciones en el Arbitraje Internacional.
4. Identificar algunos de los procesos arbitrales que el Ecuador enfrenta ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)
5. Revisar el tratamiento otorgado al Arbitraje Internacional en el Panorama Internacional.

El Ecuador como todo país, necesita de inversión extranjera, y como tal debe proporcionar seguridad jurídica tanto a ecuatorianos como extranjeros, considerando que el artículo 82 de la Constitución del Ecuador es la primera del mundo en elevar el principio de seguridad jurídica a la categoría de derecho constitucional.

Esta tesis está conformada por seis capítulos. El Capítulo I, consiste en un estudio doctrinario sobre el Arbitraje Internacional. En el Capítulo II, se hará una breve revisión de los organismos e instrumentos internacionales sobre arbitraje internacional. El Capítulo III, tratará sobre la protección al inversor extranjero dentro del Arbitraje Internacional de Inversiones, los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, así como también se estudiará a la seguridad jurídica y a la soberanía. En el Capítulo IV, se tratará la figura del Estado y la Política Pública. En el Capítulo V, se examinarán brevemente tres casos referentes a inversiones, en los cuales el Estado ha formado parte. Y por último, se obtendrán las respectivas conclusiones y recomendaciones.

CAPÍTULO I

1 ARBITRAJE INTERNACIONAL

1.1 ANTECEDENTES Y ORIGEN

“En el Derecho Internacional Contemporáneo, la solución de controversias se encuentra regida por dos principios: la obligación de arreglo pacífico y la libre elección de medios”.⁶ En este contexto, está el Arbitraje Internacional.

La idea de conflicto se presenta desde los inicios de la civilización humana, frente a esta realidad, los pueblos trataban de mitigar el uso de fuerza con mecanismos idóneos para solucionar sus conflictos y así de alguna forma flexibilizar la forma de impartir justicia.

Se podría decir, que el Arbitraje Internacional tiene como antecedente las cruentas guerras por la conquista de nuevas tierras. El Arbitraje Internacional de Inversiones como tal, surge por la creciente importancia que se le dan a las inversiones en el sentido de que son de trascendental importancia para el desarrollo económico y social de los países.

El Arbitraje encuentra su origen desde épocas muy antiguas, es decir en aquellos tiempos en que las sociedades primitivas delegaban a las personas más viejas y sabias, la solución de los conflictos, incluso en “el Génesis y en el Éxodo de la Biblia se cita al Arbitraje. Más tarde, bajo la legislación de Salón se estableció que las sentencias arbitrales no eran susceptibles de recurso alguno”.⁷ En aquel tiempo, ya se tenía la idea de que la mejor forma de solucionar sus conflictos era mediante un tercero imparcial elegido por las

⁶ Benadava, Santiago. (1976): Derecho Internacional Público. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 829.

⁷ Larreategui, (1982): Contribución al Estudio del Arbitraje – Ecuador. Arbitraje Comercial en Iberoamérica. Madrid: Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación, p. 169.

partes. “El carácter arbitral de la justicia se observa en todos los pueblos primitivos: hebreos, germanos, celtas, indios de América, etc., y aún en los propios griegos e igualmente en los pueblos atrasados de nuestro tiempo”.⁸

En Roma, el Arbitraje es mencionado en la Ley de las XII Tablas de Justiniano y en el Digesto. Para vincularse al proceso, se requería la concurrencia de la voluntad de las partes. Aspecto importante, es que para la solución de los conflictos, el Estado no se imponía ya que las partes tenían que recurrir voluntariamente ante el magistrado, quien nombraba a un juez elegido por las mismas, y si por algún motivo, aquellas no se ponían de acuerdo, se escogía de una lista confeccionada para tal efecto. Este proceso, dio lugar a la *litis contestatio*, un contrato arbitral, mediante el cual las partes aceptaban someterse a un tercero imparcial denominado árbitro. Conforme pasaba el tiempo, en la época del Imperio, los jueces eran nombrados por el pretor; y el arbiter tenía sus funciones específicas.

En lo que respecta a las colonias conquistadas por los españoles, también se evidenciaba la figura del Arbitraje, el mismo que fue regulado por el Fuero del Juzgo.

En la Edad Media, el árbitro adquirió relevancia y se diferenciaba de aquél que declaraba el derecho y al componedor que no estaba sujeto a ninguna norma procedimental. Para dar cumplimiento de la sentencia arbitral, se estableció una cláusula penal.

En Francia, el Edicto de Francisco II, impuso el arbitraje forzoso. Después de la Revolución Francesa, era un mecanismo idóneo para dar fin a los litigios, y el Arbitraje tuvo un gran resurgimiento.

En la época de la formación de los Estados, el Arbitraje era considerado como un medio excepcional de justicia y destinado para cierta clase de conflictos, en

⁸ Aylwin, Patricio. (2005): Op. Cit. p. 9.

los que por diversas razones no era aconsejable la intervención del Estado a través de la función judicial.

Mientras el tiempo pasaba, el Arbitraje era muy utilizado especialmente para asuntos de comercio e inversiones. Es así que antes del año 1959, el inversionista al verse afectado por parte del Estado receptor de la inversión, podía demandar al Estado ante los tribunales locales, por tanto el Estado en ejercicio de su soberanía podía poner límites a esa protección e incluso eliminarla; otra opción era que el inversionista solicitara la protección diplomática al Estado de donde provenía, con el fin de que éste con el Estado receptor de la inversión, negocien y sean considerados partes de una acción ante la Corte Internacional de Justicia o su antecesora la Corte Permanente Internacional de Justicia. En el año 1959, Alemania y Pakistán firmaron el primer tratado bilateral de promoción y protección de inversiones, lo cual sin duda fue un avance a los tratados de comercio y que con el pasar del tiempo, se convirtieron en un sistema de protección al inversionista extranjero.

1.2 DEFINICIÓN Y NATURALEZA JURÍDICA

Ana María Botero Sanclemete y Néstor Raúl Correa, autores colombianos definen al Arbitraje Internacional como:

Un mecanismo extrajudicial y alternativo de resolución de conflictos contractuales, pactado por las partes, en el que está presente al menos un elemento que rebasa las fronteras de un país, y que consiste en la definición de la controversia por uno o varios árbitros que profieren una sentencia denominada laudo.⁹

En relación al Arbitraje Internacional, el número 3 y 4 del artículo 1 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Internacional (en adelante la Ley Modelo) expresamente dice:

⁹ Botero, Ana; Correa, Néstor. (2004): Arbitraje Internacional. Bogotá: Editorial Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, 2da. Edición. p. 19.

- 3) Un arbitraje es internacional si:
- a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
 - c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- 4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:
- a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
 - b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.¹⁰

De lo expresado anteriormente, el Arbitraje Internacional es un medio alternativo y voluntario de solución de controversias, en el cual una de las partes es nacional de otro Estado y someten su controversia a la decisión de un tribunal arbitral.

Para calificar a un arbitraje como internacional, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana toma en cuenta los siguientes elementos: “el domicilio de las partes, lugar de cumplimiento de las obligaciones y el objeto del litigio relacionado con una operación de comercio internacional”.¹¹

Las relaciones económicas internacionales a medida que se han ido expandiendo, generaron por un lado desarrollo tanto social como económico, pero por otro, han surgido los conflictos, que han hecho que el Derecho Internacional se especialice y de esta manera, surja lo que es conocido en la actualidad como “Arbitraje Internacional de Inversiones”.

¹⁰ Ley Modelo de las Naciones Unidas Sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Art. 1.

¹¹ Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana de 1997. Art. 41.

Naturaleza Jurídica

Existen posiciones doctrinarias diversas respecto a la naturaleza jurídica del Arbitraje. Dentro de las cuales se destacan: la doctrina jurisdiccionalista, la contractual y la mixta.

Ludovico Mortara, Galgano, Fedozzi, Ghirardini y Manresa,¹² son considerados los exponentes de la doctrina jurisdiccionalista, quienes sostienen que el arbitraje existe, porque la ley lo instituye y que las partes en virtud de esta ley, pueden resolver el conflicto de una forma autónoma. De la misma manera, que el poder otorgado a los árbitros, más que de un compromiso, nace de la ley.

Los contractualistas consideran que el arbitraje deriva de la existencia de un contrato, y afirman que "(...) las facultades de los árbitros proviene del contrato y no de la ley, porque ésta mal podría reconocer a particulares atribuciones propias de la soberanía del Estado que son indelegables, como es la de administrar justicia".¹³

Y la doctrina mixta, en la que tanto el carácter jurisdiccional y contractual del arbitraje están entrelazados, ya que reconoce que si bien el arbitraje es reconocido y autorizado por la ley, también es necesaria la existencia de un acuerdo arbitral pactado por las partes.

1.3 CONVENIO ARBITRAL

"El Convenio o pacto arbitral es la habilitación de las partes para que una disputa sea sometida a un tribunal de arbitramento".¹⁴

¹² Aylwin, Patricio. (2005): Op. Cit. p. 9.

¹³ Salcedo, Ernesto. (2007): El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Guayaquil: Editorial Distrilib. p. 90.

¹⁴ Botero, Ana; Correa, Néstor. (2004): Op. Cit. p. 29

La cláusula compromisoria o el compromiso arbitral pueden estar contenidos en un convenio arbitral, el mismo que abre paso para que las partes se sometan al arbitraje, cuya implicación es que las partes renuncian a su accionar frente a un juez.

1.3.1 Elementos del Convenio Arbitral

Para que este convenio sea válido, se requiere los siguientes elementos: capacidad, consentimiento, causa y objeto lícito.

Capacidad:

El Art. 4 la Ley de Arbitraje y Medición ecuatoriana dice: “Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma”.¹⁵ El artículo 2349 del Código Civil establece: “(...) no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”.¹⁶ Es decir, toda persona que tenga capacidad para disponer de sus bienes podrá someterse al arbitraje.

Consentimiento:

Es el acuerdo de voluntades para someterse al arbitraje. Respecto a las entidades estatales, en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana dice:

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

¹⁵ Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana de 1997. Art. 4.

¹⁶ Código Civil del 2005. Art. 2349.

- La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.¹⁷

El inciso 2 del artículo 190 de la Constitución del 2008 establece: “En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.¹⁸ Esta disposición, exige la reforma del artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación puesto que bajo este marco legal no era exigido el pronunciamiento previo del procurador General del Estado, solamente se le sometía a consulta cuando las partes quisieran firmar el convenio una vez surgida la controversia. Ahora, la decisión o no de someterse a un arbitraje en cualquier contrato con el Estado, se lo realizará previa decisión del procurador General del Estado.

En el campo internacional, el consentimiento es materializado a través de tratados, ley interna, cláusula compromisoria o acuerdo arbitral. Cuando se trate de ley interna, los legisladores tendrán que especificar las situaciones que son susceptibles de arbitraje y bajo qué parámetros el consentimiento será otorgado. De la misma manera, en un tratado bilateral o multilateral se establecerá la posibilidad de un arbitraje. Al tratarse tanto de una ley interna como de tratados, el consentimiento es unilateral ya que el Estado da su consentimiento para que en lo posterior, la vía arbitral sea accionada por el inversionista extranjero.

El párrafo 1 y en el número 6 del artículo 7 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional expresa:

¹⁷ Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana de 1997. Art. 4.

¹⁸ Constitución del 2008. Art. 190.

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.¹⁹

Según la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Convención de New York, el acuerdo arbitral debe constar por escrito, el mismo que dará fe del consentimiento dado por las partes.

Objeto Lícito y Causa Lícita

El convenio deberá tener un objeto plenamente identificable y ser lícito, por ende perseguir una causa lícita.

La omisión de cualquiera de estos elementos causa la nulidad de la convención.

1.3.2 Autonomía del Convenio Arbitral

La autonomía del convenio arbitral es un principio del arbitraje. La autonomía da como resultado dos consecuencias: “la indiferencia por la suerte del contrato base, y la posibilidad de hacerlo regir por un derecho de diferente naturaleza y de distinto origen que aquel que rige el contrato de fondo”.²⁰ El artículo 16.1 de La Ley Modelo dispone: “La convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral”.²¹ De la misma manera, lo expresa el inciso 3 del artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana: “La nulidad de un contrato no

¹⁹ Ley Modelo de las Naciones Unidas Sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Art. 7.

²⁰ Santos, Rubén. (2000): Arbitraje Comercial Internacional. México: Pereznieta Editores. 2da. Edición. p. 289.

²¹ Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Internacional de Inversiones de 1985. Art. 16.1.

afectará la vigencia del convenio arbitral”.²² En este contexto, la nulidad del contrato no conlleva a la nulidad del convenio. Y por último, “(...) el principio *Kompetens kompetens*, según el cual el árbitro es el juez de su propia competencia”,²³ por lo consiguiente los árbitros se declararán competentes si el acuerdo es válido, aunque el contrato sea nulo.

1.3.3 Efectos Jurídicos del Convenio Arbitral

El hecho de que un acuerdo arbitral sea válido, implica el surgimiento de dos efectos:

Efecto Positivo:

La existencia de un acuerdo válido, obliga a que éste sea obligatoriamente cumplido. Se basa en el principio universal: *Pacta Sunt Servanda*, en virtud del cual los acuerdos deben ser cumplidos.

Efecto Negativo:

El sometimiento a un acuerdo arbitral impide la actuación de los jueces estatales. El artículo 7 de la Ley de Mediación y Arbitraje dice: “El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria”.²⁴ De la misma manera, el Artículo II.3 de la convención de New York dice: “El tribunal de uno de los Estados Parte al que se someta un litigio respecto del cual las partes han celebrado un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá las partes al arbitraje, a la instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.²⁵

²² Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana de 1997. Art. 5.

²³ Botero, Ana; Correa, Néstor. (2004): Op. Cit. p. 31.

²⁴ Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana de 1997. Art. 7.

²⁵ Convención de New York de 1958. Art. II 3.

Acuerdo Nulo:

Si el consentimiento se ha obtenido de una forma coercitiva, engaño, falsedad e incapacidad de una de las partes. En el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana establece la nulidad solo para los laudos arbitrales. La Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional se refiere a la nulidad del acuerdo de la siguiente manera:

- 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.²⁶

Acuerdo Ineficaz:

El acuerdo es ineficaz, cuando se ha producido una transacción, si ya fue resuelto por los jueces estatales y no hubo oposición de las partes, por una sentencia, por muerte o incapacidad de los árbitros, por el vencimiento del plazo para laudo. Todo esto también es aplicado en el Arbitraje Internacional, prueba de ello es lo contemplado en el número 3 del artículo II de la Convención de Nueva York, que menciona los efectos que produce un acuerdo ineficaz.

Acuerdo Inaplicable:

El acuerdo es inaplicable por la deficiente redacción del acuerdo, ya sea por cláusulas blancas ó patológicas, estas últimas referidas a cláusulas ambiguas o contradictorias.

²⁶ Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Internacional de Inversiones de 1985. Art. 8.

1.3.4 Renuncia al Acuerdo Arbitral

El Artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana se refiere a la renuncia del Acuerdo Arbitral, es decir las partes pueden renunciar al convenio acudiendo al órgano judicial con la reclamación. La renuncia será tácita, si una de las partes presenta una demanda ante el órgano judicial y la otra parte no opone excepciones de la existencia del convenio arbitral. Y será expresa si así lo deciden las partes.

1.4 LA LEY APLICABLE

Como claramente lo expresan Ana María Botero y Néstor Raúl Correa, al someterse a un Arbitraje internacional, es indispensable distinguir entre ley material y la ley procesal. “La primera regula las relaciones entre las partes, el contrato, el convenio arbitral y demás aspectos sustanciales. La segunda regula el trámite que se sigue con ocasión del funcionamiento del tribunal internacional de arbitramento”.²⁷

Varias teorías han pretendido dar solución referente a la ley aplicable, las que defienden la autonomía privada y consideran al arbitraje como un contrato, según la cual las partes escogerán la ley; y los jurisdiccionalitas que defienden la posición de que se debe aplicar la ley donde se lleva a cabo el arbitraje. El artículo 5 de la Convención de New York, apoya la tesis de la autonomía de la voluntad ya que las partes tienen la libertad de elegir la ley aplicable.

Las partes podrán escoger cualquier procedimiento siempre que se respete el debido proceso y la igualdad de las partes.

Para resolver el hecho de que las convenciones y tratados internacionales estén en contraposición por haberse celebrado unas antes y otras después, es conveniente acudir al artículo 30 de la Convención de Viena, el cual dispone

²⁷ Botero, Ana; Correa, Néstor. (2004): Op. Cit. p. 33.

que un tratado anterior prevalece sobre el posterior, cuando las partes y las materias sean las mismas. Caso contrario, será el posterior el que prevalece.

1.5 EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL

El Arbitraje Internacional tiene varios ámbitos, la presente investigación estará centrada en el campo de las inversiones, específicamente en el Arbitraje Internacional de Inversiones, para lo cual es necesario conocer de manera general el proceso del Arbitraje Internacional.

Antes de empezar con las etapas del procedimiento, es importante identificar los principios del procedimiento arbitral: “el principio de contradicción, el principio de impulso oficioso, el principio de libertad de pruebas, el principio inquisitivo, el principio de verdad material, el principio de oralidad y escritura”.²⁸

1.5.1 Determinación de la Sede

Según el artículo 20 de la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional y en concordancia con el Artículo 16 del Reglamento de la misma ley, las partes serán quienes decidan por mutuo consentimiento el lugar donde será el arbitraje. En el caso de que las partes no se pusiesen de acuerdo, el tribunal será quien decidirá en razón de las circunstancias y las conveniencias de las partes. El tribunal se podrá reunir en cualquier lugar para las deliberaciones, oír testigos, peritos, partes, examen de mercancías documentos o bienes.

1.5.2 Reglas del Procedimiento

El Arbitraje tienen como una de sus características principales, la libre autonomía de las partes, y por lo consiguiente éstas tienen plena libertad de pactar ya sea por medio de una cláusula compromisoria o un compromiso

²⁸ *Ibíd.* p. 32.

arbitral. La cláusula compromisoria es incluida dentro del contrato o en general en cualquier instrumento privado; y el compromiso arbitral constará en un instrumento público. Todo esto, en cuanto no afecten al orden público.

Según Claus von Webser,²⁹ existen diversos procedimientos que pueden ser pactados por las partes en un acuerdo de Arbitraje.

- a) Procedimiento conforme a un Código de procedimientos.- Se refiere a que las partes podrán someterse a la normativa procedimental de cualquier código de procedimiento, como el Código de Comercio, Código de Procedimiento Civil, etc.
- b) Procedimiento conforme a Reglas de Arbitraje previamente establecidas.- Es decir, por reglas de arbitraje como las contenidas en los convenios y tratados internacionales, un ejemplo de esto es la Ley de Modelo de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.
- c) Procedimiento conforme a reglas de una institución arbitral.- Las partes decidirán la institución que se amolde a sus necesidades, dicha institución aportará las reglas y el apoyo necesario a las partes y árbitros.
- d) Procedimiento conforme a los lineamientos que fije el árbitro.- Es el denominado arbitraje "ad hoc" y es más personalizado. Se lleva a cabo sin la intervención de una institución encargada para tal efecto, ya que las partes determinarán la forma en que se llevará el procedimiento. Si las partes tienen divergencias en cuanto al procedimiento, los árbitros determinarán el desarrollo del mismo. Por la flexibilidad de este tipo arbitraje, los árbitros tratan de adaptarse al deseo de las partes, lo cual no es tan recomendable puesto que es difícil que una vez iniciado el conflicto, las partes lleguen a un acuerdo respecto a cualquier aspecto del procedimiento, por lo cual no hay más seguridad para las partes que

²⁹ Von Wobeser, Clus. (2006): El desarrollo del procedimiento arbitral. Arbitraje Comercial Internacional. México: Fontamara. p. 103.

someterse a un centro que brinde los servicios de arbitraje, pues de esta manera se evitarán futuros inconvenientes que retrasen la solución del conflicto.

1.5.3 Etapas del Proceso

Es importante distinguir entre arbitraje institucional y arbitraje ad hoc. Según Osvaldo J. Marzorati,³⁰ el arbitraje institucional es una alternativa, en el caso de contratos de ejecución duradera, mientras que el arbitraje ad hoc es elegible en contratos de ejecución instantánea. El institucional aporta ventajas en cuanto a las normas de procedimiento de arbitraje y están adaptadas a un determinado reglamento de una institución.

En el proceso arbitral se distinguen tres etapas: “Primera: La Fase de alegaciones y contra alegaciones (la demanda y su contestación); segunda: La etapa de instrucción (el tribunal practica las pruebas y corre traslado para alegar; tercera: La terminación del Procedimiento (el laudo y la liquidación de los gastos)”.³¹

La demanda y contestación a la demanda

En el proceso arbitral hay dos escritos necesarios: el escrito de la demanda y el de la contestación a la demanda. El arbitraje es promovido mediante una demanda, la misma que estará dirigida directamente al destinatario o mediante la institución elegida, la misma que tendrá su propio reglamento, en el cual se especificarán los requisitos que contendrán la demanda y su contestación. En la Cámara de Comercio Internacional se exige la firma de un acta misión, la misma que es firmada luego de la presentación de la demanda, contestación o reconveniones y contestaciones a las mismas. En esta acta se establecen las

³⁰ Marzorati Osvaldo. (1997): Derecho de los negocios internacionales. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2da. Edición. p. 766.

³¹ Botero, Ana; Correa, Néstor. (2004): Op. Cit. p. 32.

pretensiones del arbitraje. En caso de que el acta misión no sea firmada, la Corte se pronunciará y continuará con el arbitraje.

En el caso del arbitraje institucional, el tribunal arbitral no puede conocer desde el primer momento la demanda y su contestación, puesto que el tribunal todavía no está constituido y por ende aún no asume funciones. Mientras tanto, la autoridad administradora del centro será quien formará un expediente, el que será entregado al tribunal.

Rebeldía de una de las partes

Al respecto dice el artículo 25 de la Ley Modelo expresamente dice:

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

- a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones; b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante; c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.³²

El proceso arbitral no se verá afectado si una de las partes no realiza los actos mencionados en los literales anteriores, es decir dicho proceso seguirá su curso, hasta dar por terminado el proceso, mediante el laudo.

Nombramiento de los árbitros

“Se dice que el arbitraje vale lo que valen sus árbitros”.³³ En los Reglamentos de los organismos de arbitraje prevalece el principio de autonomía de la voluntad, por el cual las partes son las que tienen plena libertad de elección; y frente a la imposibilidad de un acuerdo, la institución arbitral será quien

³² Ley Modelo de la Naciones Unidas sobre el arbitraje Comercial Internacional de 1985. Art. 25.

³³ Marzorati Oswaldo. (1997): Op. Cit. p. 769.

realizará el nombramiento. Cada institución para dicho nombramiento, tomará en cuenta parámetros de nacionalidad, especialidad, lo mismo que dará a cada árbitro su carácter de imparcialidad e independencia.

Los principios que un tribunal arbitral debe tomar en cuenta serán: trato igualitario a las partes, dar la oportunidad de presentar argumentos, de acceder a cualquier documento, de la solicitud de realización de audiencias, de valorar evidencias y admitir evidencias.

Representación y asesoramiento de las partes

En el artículo 4 del Reglamento de la Ley Modelo, así como en el artículo 4 del Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) expresan de una forma semejante lo siguiente: “Las partes podrán estar representadas o asesoradas por personas de su elección. Deberán comunicarse por escrito a la otra parte los nombres y las direcciones de estas personas; esta comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento”.³⁴

A criterio de Rubén Santos,³⁵ lo especificado en los reglamentos significa que las partes pueden actuar personalmente o por sus representantes, es decir no se necesita ser un abogado como en el proceso judicial. Las partes podrán estar representadas por asesores y especificar si es a título de representación o asesoramiento.

En los artículos antes mencionados, no se plantea la obligación de la representación, ya que con la palabra “podrán” abre la posibilidad de que las partes sean representadas o que no lo sean. Sin embargo, no se ha registrado casos en los que las partes hayan acudido personalmente. Respecto del

³⁴ Reglamento de la Ley Modelo de la Naciones Unidas sobre el arbitraje Comercial Internacional de 1976. Art. 4.

³⁵ Santos, Rubén. (2000): Op. Cit. p. 223.

Estado ecuatoriano, siempre ha estado representado por el Procurador General del Estado, como representante del Estado, así como por abogados externos.

El idioma

El artículo 22 de la Ley en concordancia con el artículo 17 Reglamento de la misma ley, las partes deciden el idioma o los idiomas que se utilizarán en las actuaciones arbitrales y a falta de acuerdo, lo decidirá el tribunal. En el caso de pruebas u otros documentos, el tribunal podrá ordenar que estén acompañadas de la traducción en el idioma o idiomas escogidos.

Audiencias

En forma general, se establece que las audiencias serán orales. Serán debidamente notificadas a las partes con anticipación. Si es el caso de arbitraje institucional, el presidente del tribunal es quien presidirá las audiencias. Se escucharán los alegatos de las partes; se presentarán pruebas ya sea testimoniales o personales; si es necesario el tribunal podrá pedir la intervención de expertos peritos, cuyos informes deberán estar a disposición de las partes. Podrán realizarse a puerta cerrada o de ser el caso, el tribunal tiene la facultad de reabrir las audiencias.

La Pruebas

“La prueba en el arbitraje pretende conducir a la verdad material de los hechos y no a la verdad formal”.³⁶ “La carga de la prueba la tiene la parte que pretende hacer valer su derecho”.³⁷ El Tribunal arbitral podrá practicar de oficio las pruebas que considere pertinentes. Los árbitros deben estar presentes en todo el periodo de práctica de pruebas. Vencido el término de prueba, el tribunal procederá a dictar el laudo.

³⁶ Marzorati Oswaldo. (1997): Op. Cit. p. 771.

³⁷ Botero, Ana; Correa, Néstor. (2004): Op. Cit. p. 38.

Testigos:

Los testigos son presentados por las partes, quienes estarán encargadas de comunicar al tribunal el nombre y la dirección de los testigos. El tribunal se encargará de hacer arreglos de las traducciones de las declaraciones, decidirá la forma en que se interrogarán a los testigos así como la pertinencia y admisibilidad de pruebas.

Expertos y Peritos:

El Tribunal podrá pedir la actuación de personas especializadas. Según el artículo 26 de la Ley Modelo, en concordancia con el artículo 27 del reglamento de la misma Ley, el Tribunal podrá nombrar los peritos que considere pertinentes sobre las materias tratadas en el conflicto. El perito dará un informe y el tribunal mediante un comunicado dará a conocer a las partes el contenido del mismo, para que éstas tengan la oportunidad de contestarlo. Las partes podrán participar en una audiencia con el fin de entablar las preguntas pertinentes. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen. Después de la entrega del dictamen y a solicitud de cualquiera de las partes, podrá oírse al perito en una audiencia en que las partes tendrán oportunidad de estar presentes e interrogarlo.

Medidas Cautelares

DEVIS ECHANDÍA, autor citado por Ernesto Salcedo Verduga, establece:

Se entiende por acciones accesorias aquellas que no tienen vida propia, porque dependen de otra a la que le sirven de afianzamiento o seguridad. Estas acciones pueden intentarse antes o después de la principal, es decir, antes o después de iniciado el juicio en el cual se conoce de esta. Las acciones accesorias son preventivas y cautelares, ya que tienden a evitar que por maniobras hábiles del demandado o presunto demandado se haga ineficaz la demanda que contra él se ha intentado o va a intentarse.³⁸

³⁸ Salcedo, Ernesto. (2007): Op. Cit. p. 9.

Es decir, las medidas cautelares pretenden asegurar que el objeto del litigio en cualquier procedimiento ya sea judicial o arbitral, sea conservado hasta el momento en que se dicte una sentencia o un laudo arbitral.

El artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece:

Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil (...) Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida (...)

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.³⁹

Respecto al artículo antes transcrito, el Dr. Ernesto Salcedo Verduga⁴⁰ destaca los siguientes aspectos importantes:

En primer lugar, las medidas cautelares no están nominadas, lo cual hace posible que los árbitros decidan las medidas más adecuadas de acuerdo al caso.

En segundo lugar, las medidas que los árbitros ordenen deben pretender asegurar el objeto del proceso para garantizar el resultado de éste.

En tercer lugar, los árbitros podrán solicitar una garantía o contracautela a quien solicite las medidas.

³⁹ Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana de 1997. Art. 9.

⁴⁰ Corporación de Estudios y Publicaciones. (2005): Medidas Cautelares en el Arbitraje. Guayaquil. p. 124-125.

En cuarto lugar, la parte afectada con la medida preventiva puede solicitar la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el Tribunal.

En quinto lugar, la norma reconoce al árbitro una especie de imperium, el cual implica que el tribunal de arbitraje no necesita del juez ordinario para la ejecución de las medidas cautelares.

En sexto lugar, las medidas cautelares sólo pueden adoptarse previa petición de la parte interesada. Nunca de oficio.

En séptimo lugar, las destinatarias de las medidas cautelares son las partes.

En octavo lugar, las medidas cautelares pueden decretarse antes, durante o después del procedimiento arbitral.

En el Ecuador, las facultades de los jueces y de los árbitros para dictar y ejecutar medidas cautelares son concurrentes y alternativas, en el sentido de que todo dependerá de lo que las partes hayan pactado en el convenio arbitral. Tal es el caso, que en la Ley de Arbitraje y Mediación se le ha dotado al árbitro de hacer ejecutar las medidas cautelares. Mientras que si en el convenio arbitral no está planteada la posibilidad de ejecutar la medida cautelar, la parte que la solicite deberá acudir ante el juez ordinario de primera instancia según lo contemplado en los artículos 898 del Código de Procedimiento Civil. El interesado en solicitar una medida cautelar deberá presentar: “(...) los datos, argumentos y en su caso, las justificaciones documentales que conduzcan al árbitro, sin llegar a prejuzgar el fondo del asunto, a tomar una decisión favorable a su petición”.⁴¹

Es común que el solicitante de la medida cautelar rinda una garantía en relación a la medida. Las medidas cautelares tienen el carácter de vinculantes y serán reconocidas y ejecutadas ante el tribunal judicial

⁴¹ Ibídem. p. 133.

competente en cualquier Estado en donde haya sido ordenado. De este modo, la ley protege a la persona afectada con la medida cautelar de posibles abusos, asegurándole al mismo tiempo, una indemnización de daños y perjuicios en el caso de que la medida haya sido concedida injustificadamente, esto es, si finalmente no existiere el derecho del solicitante en función del cual se concedió dicha medida.

Cuando las partes han decidido que sean los jueces quienes dicten y ejecuten una medida cautelar atenderán a la ley territorial, es decir a lo que establece el Código de Procedimiento Civil, mientras que si se les atribuye esta facultad a los árbitros, éstos tendrán más libertad para adoptarlas.

El Dr. Ernesto Salcedo Verduga, en lo referente a las medidas cautelares en un Arbitraje Internacional expresa:

En el campo del arbitraje internacional, para dilucidar el asunto, los árbitros deben resolver antes que nada si tienen potestad suficiente para ordenar la medida o, si por el contrario, carecen de ella. Para tal efecto, deben examinar tres cosas: en primer lugar, los términos de la cláusula arbitral; en segundo lugar, las normas de arbitraje promulgadas por el Estado o las institucionales a las que se han acogido las partes y, en tercer lugar, la Lex Arbitri que, por lo general, suele ser la ley del lugar de la celebración del arbitraje.⁴²

Nuevamente, las medidas cautelares dictadas dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, atienden a lo acordado entre las partes, a no ser que en el lugar donde se pretenda ejecutar la medidas, los árbitros carezcan de dicha facultad. Dentro de este mismo contexto, la Ley de Arbitraje y Medición debería especificar lo que corresponde a las medidas cautelares dentro de un arbitraje internacional, puesto que éste encierra particularidades específicas y varios instrumentos internacionales al cual las partes deben someterse, lo mismo que facilitaría tanto la actividad de los árbitros como la de los jueces.

1.5.4 Laudo Arbitral

⁴² Ibídem. p. 83.

“El laudo internacional resuelve el litigio sometido a la consideración de los árbitros, de suerte que se guía por el principio de congruencia, tanto respecto al pacto arbitral como a las pretensiones de la demanda”.⁴³

Según el artículo 28 de la Ley Modelo, el tribunal decidirá el litigio conforme a las normas de derecho elegidas por las partes, en caso de no ser indicadas dichas normas, pronunciará el laudo de acuerdo a las normas que estime convenientes. El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente.

Al ser el laudo una decisión de árbitros, es utilizado el concepto de la mayoría, tal como lo menciona el artículo 29 de la Ley Modelo.

Como principio general, el laudo debe constar por escrito, firmado por los árbitros y entregado a cada una de las partes. En caso que faltase la firma de alguno de ellos, se estará a lo que disponen los reglamentos de las distintas instituciones arbitrales.

Por otra parte, es necesario que el laudo esté motivado.

Acciones contra el laudo:

Los laudos son inapelables y vinculantes para las partes. El artículo 34 de Ley Modelo establece que contra un laudo, la única acción que se podría plantear es la nulidad, lo cual está en concordancia con lo estipulado en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana que dice: “Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes”.⁴⁴

⁴³ Botero, Ana; Correa, Néstor. (2004): Op. Cit. p. 38.

⁴⁴ Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana de 1997. Art. 30.

Sin embargo, el artículo 94 de la Constitución del 2008 del Ecuador establece como garantía constitucional, la acción extraordinaria de protección, la misma que procede: “(...) contra sentencias y autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional (...)”.⁴⁵ La disposición es clara, y al ser los laudos considerados como sentencias de última instancia, la acción extraordinaria de protección sería procedente. Esta acción lo que pretende es que el debido proceso y demás derechos constitucionales sean respetados y que el laudo o sentencia que los vulnere, sea anulada y no tenga efecto en el país, lo mismo que es cuestionable por las consecuencias internacionales que traería para el Ecuador. En el caso particular de los laudos dictados por Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el artículo 53.1 del Convenio de Washington establece que los laudos serán obligatorios y vinculantes sin ser susceptibles de ningún recurso, excepto los contemplados en los artículos 50, 51 y 52 del mismo Convenio, referentes a la aclaración, revisión y anulación del laudo. Los efectos del incumplimiento del laudo llevaría a que en virtud del artículo 27.1 del Convenio de Washington, el inversor pudiera ejercer la protección diplomática, además que el artículo 54.1 del mismo Convenio establece que el interesado en la ejecución del laudo podrá solicitarlo ante las autoridades competentes de cualquiera de los Estados Parte del Convenio que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los cuales deberán darle el mismo tratamiento que a una sentencia firme, lo mismo que hace que el procedimiento ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) sea totalmente desnacionalizado. Pero al parecer, por lo contemplado en la Constitución del Ecuador, muy independientemente de la responsabilidad internacional que para el Estado signifique, la acción extraordinaria de protección es para todos los laudos dictados ya sean del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o de cualquier otro procedimiento de arbitraje que haya violado algún derecho constitucional.

⁴⁵ Constitución del Ecuador del 2008. Art. 93.

Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros

Los árbitros si bien ejercen funciones jurisdiccionales, carecen de imperium para poder hacer ejecutar lo juzgado, es decir no pueden utilizar la facultad coercitiva que proviene de la soberanía del Estado para hacer cumplir sus resoluciones. Las partes deben acudir al juez ordinario, quien debe hacer valer su jurisdicción para la efectiva ejecución del laudo.

El arbitraje internacional se convierte realmente en un procedimiento efectivo, cuando el laudo emitido por el tribunal arbitral es cumplido, por lo consiguiente es importante que exista un mecanismo eficiente de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

En el caso particular del Ecuador, el inciso 5 del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Medición establece: “Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”. Y en concordancia con el artículo 32 de la misma Ley que dice:

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

Los laudos internacionales son equiparados a los laudos nacionales. Los laudos nacionales serán ejecutados de la misma manera que las sentencias de última instancia, por lo tanto los laudos internacionales serán ejecutados mediante la vía de apremio empleada para las sentencias de última instancia, sin necesidad de reconocimiento u homologación. En general, como se puede ver, la Ley de Arbitraje y Mediación no tiene un procedimiento específico para el reconocimiento y ejecución de laudos.

El Dr. Ernesto Salcedo Verduga⁴⁶ en su libro titulado: “El Arbitraje: La Justicia Alternativa”, interpreta el inciso 5 del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en el sentido de que este inciso se refiere a los laudos que si bien son provenientes de un arbitraje internacional, fueron dictados por un tribunal con sede en territorio ecuatoriano, por lo consiguiente no habría inconveniente para ejecutarlos de la misma manera que cualquier sentencia judicial ejecutoriada y con fuerza de cosa juzgada dictada en el país. De igual manera, manifiesta que cuando el laudo es dictado por un tribunal extranjero no carece de fuerza ejecutiva en el país, por lo cual requiere de un proceso de homologación a través de un procedimiento de exequátur. Cabe decir que la interpretación que hace el Dr. Ernesto Salcedo del inciso 5 de la Ley de Arbitraje y Medicación es bastante amplia y no tiene ningún sustento legal, ya que el artículo no hace ningún tipo de énfasis en que la ejecución mediante la vía de apremio, esté referida exclusivamente a los laudos internacionales dictados en el país.

Dentro del tema que se está tratando, el Dr. Santiago Andrade Ubidia, jurista y catedrático universitario, en su publicación titulada: “Entorno al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales” sostiene:

(...) si bien el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, sin embargo es dictado por un tribunal arbitral extranjero y no puede tener mejor calidad que una sentencia extranjera. Las razones que imponen la revisión de la sentencia son igualmente aplicables a los laudos internacionales, por lo tanto, un

⁴⁶ Salcedo, Ernesto. (2007): Op. Cit. p. 277

laudo dictado dentro de un procedimiento de arbitraje internacional surte los efectos de sentencia ejecutoriada extranjera.⁴⁷

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, afirma que necesariamente los laudos extranjeros deben tener los mismo efectos que una sentencia extranjera, por lo cual es necesario que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, el cual expresamente dice:

Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes.

A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo:

- a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y,
- b) que la sentencia recayó sobre acción personal.⁴⁸

El Dr. Santiago Andrade Ubidia, encuentra el fundamento de su apreciación en un fallo jurisprudencial de tercera instancia, de la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia del 27 de junio de 1972, la misma que en lo pertinente dice:

(...) Aun en el caso de que los EE.UU. de América no se hubieran adherido a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, tal circunstancia no podría impedir en forma alguna la ejecución de la sentencia en mención; pues, nuestro Derecho Procesal Civil, atendiendo a la obligación que tienen todos los Estados Políticos de coadyuvar a que el Derecho y la Justicia gobiernen las relaciones de todos los hombres, dispone su ejecución, cuando se cumplen los requisitos determinados en el art. 451 (414) del tantas veces mencionado Código, y sin consideración alguna a que sean Arbitrales o expedidas por la Justicia de otra clase de jueces. Reunidos los requisitos en mención, es obligación de los jueces ordenar la ejecución de las sentencias extranjeras. Consta de autos el cumplimiento de los requisitos que establece el arto 451 (414), pues la sentencia arbitral pasó en autoridad de cosa juzgada; la obligación que se demanda la ejecución es esencialmente personal y no contraviene al Derecho Político Ecuatoriano. Procede, en consecuencia, la presente acción dirigida a ejecutar la sentencia arbitral expedida por el Panel o Tribunal de Arbitradores, previsto en el correspondiente contrato. Además de

⁴⁷ Andrade, Santiago. (2006): En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales. <http://repositorio.uasb.edu.ec>, (25-03-2010)

⁴⁸ Código de Procedimiento Civil del Ecuador. Art. 414.

estar cumplidos aquellos requisitos, consta de autos que Arévalo fue citado con la demanda para la comparecencia al juicio arbitral; haber comparecido por intermedio de la firma Jacques Davis Associates Inc., haber pedido prórroga y posponer el procedimiento de arbitraje hasta el 15 de enero de 1969; haber tenido conocimiento del inmediato arbitramiento una vez terminada la prórroga; y aun haber cumplido en parte la orden contenida en la sentencia, cuando pagó 50 dólares fijados por los derechos de arbitraje (...).⁴⁹

Cabe decir, que dicho fallo jurisprudencial fue emitido en 1972, y en ese momento no existía una Ley de Arbitraje y Medición que establezca un procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, que si bien actualmente no es el más apropiado, establece que se ejecutarán los laudos internacionales mediante la vía de apremio.

El Dr. Javier Andrade, quien ha ahondado sobre el tema de los laudos extranjeros en su publicación titulada: “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en el Ecuador: Un Camino Inexplorado”, difiere acertadamente con la opinión del Dr. Santiago Andrade Ubidia, respecto a la similitud que hace entre las sentencias extranjeras y los laudos extranjeros y expone su crítica de la siguiente manera:

a) (...) estos dos tipos de fallos no comparten la misma naturaleza jurídica ni están sujetos a la misma normativa (...)

b) (...) La Ley de Arbitraje y Mediación (...) establece inequívocamente el mecanismo de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (...) Esta posición es compartida por el tratadista ecuatoriano Galo García Feraud quien sostiene que “no podemos imponer para la ejecución de laudos arbitrales otras condiciones de procedibilidad que no sean las señaladas en el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación” (...) resulta injustificado aplicar el mecanismo del Artículo 414 del Código de Procedimiento Civil que fue concebido para ejecución de sentencias judiciales extranjeras (...) porque las normas del Código de Procedimiento Civil se deben aplicar de manera supletoria (...)

c) (...)

d) (...) el reconocimiento y ejecución de una sentencia judicial extranjera es un juicio carácter declarativo que, al no tener un procedimiento específico en la legislación ecuatoriana, debe tramitarse mediante juicio ordinario (...) Este tipo de juicio es susceptible, entre otros, de recursos verticales de apelación y del recurso extraordinario de casación cuya resolución podría tomar varios años. (...) existirían razones suficientes para temer que el juez permita a las partes argumentar nuevamente sus posiciones y analice de novo los méritos de la

⁴⁹ Andrade, Santiago. (2006): Op. Cit.

disputa, lo cual refiría con la naturaleza del arbitraje y con la voluntad de las partes.⁵⁰

Las apreciaciones del Dr. Xavier Andrade son acertadas, principalmente porque la sentencia extranjera no puede ser tratada de la misma manera que un laudo extranjero, puesto que cada una de ellas provino de distintos procedimientos, de distintas fuentes. También es relevante aquel hecho de que si el reconocimiento de un laudo extranjero se ventilaría en un procedimiento ordinario, el cual por su misma naturaleza admitiría cualquier tipo de recurso, el juez nuevamente podría revisar los méritos de la causa, y de esta manera el procedimiento arbitral carecería de valor, lo que sería totalmente inaceptable desde el punto de vista de la parte beneficiada con el laudo, ya que por tal motivo las partes podrían verse envueltas nuevamente en un proceso, que en la mayoría de las ocasiones sería desgastante.

La ejecución del laudo es una acción que será ejercida a petición de la parte beneficiada con el laudo, lo cual es importante aclararlo porque un laudo no puede ejecutarse de oficio. El artículo 488 del Código de Procedimiento Civil establece que las sentencias que no tengan un procedimiento especial de ejecución serán ejecutadas mediante la vía de apremio. Así mismo el artículo 302 de este Código establece que las sentencias serán ejecutadas por los jueces de primera instancia.

La Vía de Apremio es iniciada mediante una petición, en la que la parte interesada solicita el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. Y el juez de primera instancia deberá expedir un auto de Mandamiento de ejecución.

A criterio del Dr. Javier Andrade,⁵¹ el fallo emitido en otro país requiere ser aceptado, validado y aplicable en el país en el que se pretenda la ejecución, lo mismo que obliga al juez a reconocer el laudo antes de que sea ejecutado. Es

⁵⁰ Andrade, Xavier. (2008): Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en Ecuador: Un Camino Inexplorado. Bogotá: Revista Internacional de Arbitraje. Volumen 8. ISSN 1794-4252. p. 27.

⁵¹ Cfr. Ibídem. p. 22.

decir, en el Ecuador para reconocer y ejecutar un laudo extranjero, el interesado deberá estar fundamentado ya sea en los convenios o tratados en materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros ratificados por el país o en la Ley de Arbitraje y Mediación, lo cual no quita la posibilidad de que se apliquen tales instrumentos legales de una forma complementaria, todo esto con el fin de volver al procedimiento de reconocimiento y ejecución más rápido y eficiente. Por ejemplo en el Artículo VII (1) de la Convención de New York, está establecido que se podría aplicar el derecho más favorable, lo cual da entender que el beneficiario de un laudo extranjero no estaría en la obligación de solamente remitirse a las disposiciones de tal Convención.

La Convención de New York tiene un sistema de reconocimiento y ejecución para laudos extranjeros. En este punto, es conveniente adoptar la sugerencia hecha por el Dr. Xavier Andrade, que consiste en que el reconocimiento debería realizarse en el momento de la expedición de la providencia de Mandamiento de Ejecución, ya que el juez deberá verificar las causales del Artículo V ⁵² de dicha Convención. Y que según el artículo 438 del Código de Procedimiento Civil tendría 24 horas para contestar dicha providencia.

⁵² El artículo V de la Convención de New York de 1958 establece:

1. "Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:
 - a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo 2 estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
 - b) que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
 - c) que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria; (...) y ejecución a las primeras; o d) que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada esa sentencia.
2. (...)
 - a) Que según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o
 - b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país."

Mediante la Convención de Nueva York, la parte vencida del laudo tiene derecho de oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo en razón del artículo V (1). Y si el juez sobre la base del Artículo V, encontrase fundamentos para no reconocer el laudo, la vía de apremio será suspendida y denegará el reconocimiento y ejecución de laudo. Pero si todas las condiciones con cumplidas, se optará por la ejecución forzosa del laudo.

En cuanto a las formalidades que se deberán cumplir para el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, el Artículo IV de la Convención de New York, establece que junto con la demanda se deberá presentar original o copia del laudo debidamente autenticado; el original o copia del acuerdo o convenio de arbitraje; traducción en el idioma oficial del país en que se pretenda el reconocimiento, la misma que deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado o por un agente diplomático o consular. En caso de que no se cumplan estos requisitos, el juez mandará a completar la petición, absteniéndose a seguir tramitándola.

Como se puede observar, existe una falta de armonía entre la legislación interna y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, puesto que por un lado, la Convención de New York contempla una fase de reconocimiento de laudos extranjeros, por otro está la vía de apremio, que es utilizada para la ejecución de sentencias locales y no fue pensada para la ejecución de laudos extranjeros.

Por otra parte, si los laudos extranjeros son ejecutados mediante el mecanismo utilizado en la Convención de Washington, al ser un arbitraje internacional totalmente desnacionalizado según el número 1 del Artículo 53 del Convenio de Washington, los laudos son obligatorios para las partes y no son susceptibles a ningún recurso, excepto los previstos en el mismo Convenio, por lo consiguiente no serán sujetos de ningún proceso de homologación o reconocimiento, lo mismo que está en armonía con lo que estipula el inciso 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Como varios profesionales en derecho sostienen, el procedimiento de reconocimiento se debería llevar a cabo mediante un procedimiento sumarísimo ante la Corte Nacional de Justicia con el fin de que sólo se revisen las cuestiones relacionadas al artículo VI de la Convención de New York, y que una vez reconocidas por el derecho nacional, los jueces ordinarios procedan con la ejecución mediante la vía de apremio, ya que actualmente recurrir directamente a la vía de apremio como lo establece la Ley de Arbitraje y Medición no es suficiente y deja varios vacíos que el juez debe suplir a su criterio. Además que la Ley de Arbitraje y Mediación debería incluir específicamente el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos y hacer una clara distinción entre sentencias extranjeras, laudos extranjeros y laudos internacionales, porque se entiende que las partes al pactar un convenio arbitral están dispuestas a aceptar las implicaciones de éste, por tanto sería inconcebible que posteriormente la parte vencida pretenda burlar la ejecución de los laudos ya sea por problemas relacionados con las leyes o por inconvenientes administrativos del país ejecutor.

CAPÍTULO II

2 INSTRUMENTOS Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

La globalización ha traído consigo el incremento de la actividad comercial y ha generado la creación de marcos jurídicos internacionales, entre los que se encuentran leyes modelos, así como convenciones que tienden a regular las distintas operaciones comerciales, específicamente en el ámbito internacional. A cargo de estas actividades, están varias organizaciones internacionales, entre las más destacadas están, la Organización Mundial de Comercio (OMC), así como la Comisión para la Unificación del Derecho Comercial de la Naciones Unidas (UNCITRAL).

En los países en vías de desarrollo, con los continuos cambios de gobiernos, así como la adopción de políticas contradictorias en materia de inversiones, han dado origen a la creación de leyes totalmente politizadas carentes de motivación, lo mismo que ha producido que el nivel de incertidumbre entre los inversores extranjeros crezca.

Al pasar el tiempo, frente al incremento de las relaciones comerciales, los países han tenido la necesidad de crear instrumentos internacionales que faciliten las relaciones y la resolución de conflictos. Por esta razón, se han creado instrumentos internacionales como formas de unificación y regulación del arbitraje internacional en sus distintos ámbitos, entre los de mayor importancia están: La Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre arbitraje Comercial Internacional de 1985, la Convención de New York de 1958, la Convención de Panamá de 1975, la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979, el Convenio de Washington de 1965, entre otros. De la misma manera, se han

creado organizaciones internacionales de Arbitraje Internacional como son: La Asociación Americana de Arbitraje (AAA), Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI), Mecanismo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Corte de Londres del Arbitraje Internacional (LCIA), Cámara de Comercio internacional (ICC), entre otras.

2.1 INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.1.1 Convención de Panamá de 1975

La Convención interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional fue aprobada por la Primera Conferencia Especial sobre Derecho Internacional Privado de la OEA. Fue “(...) suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975, ratificada mediante Decreto 3019 de 23 de noviembre de 1978, publicada en el Registro Oficial 729 de 12 de diciembre del mismo año, que entró en vigor el 16 de junio de 1976”.⁵³ El contenido en cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, es similar a la de la Convención de New York. La intención de la Convención de Panamá es la proveer reglas de Arbitraje Internacional como un mecanismo de arreglo de conflictos comerciales, está estructurada sobre la base de algunas de las disposiciones contenidas tanto en el tratado de Montevideo, como en las del Código Sánchez Bustamante. Implementa adicionalmente, la opción de que si las partes no han establecido normas de procedimiento arbitral, se aplicarán las normas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

⁵³ Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio. (1982): Contribución al Estudio del Arbitraje. Arbitraje Comercial en Iberoamérica. Madrid: Industria y Navegación. p. 171.

2.1.2 Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Uruguay 1979)

Fue adoptada en Uruguay, en 1979, es ratificada por el Ecuador el 6 de enero de 1982. Es aplicada a las sentencias judiciales y laudos arbitrales dictados en procesos comerciales civiles o laborales; su intención es la de proveer normas para la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. Las normas de esta Convención se aplican en todo lo no contemplado en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.

2.1.3 Convención de New York (1958)

La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras fue “aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas, suscrita por el Ecuador el 17 de diciembre de 1958 y ratificada por la función ejecutiva el 17 de diciembre de 1971”,⁵⁴ con la reserva de que solo se aplicará dicha Convención sobre litigios de relaciones jurídicas consideradas como comerciales. En esta Convención se encuentran disposiciones tendientes a facilitar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera; ofrece la opción entre controversias civiles y mercantiles, en este aspecto es más amplia que la Convención de Panamá, la cual rige exclusivamente para diferencias de carácter mercantil. Uno de los artículos más importantes de la Convención, es el Artículo Quinto, que establece las excepciones entre las que figura la de no arbitrabilidad, según la cual el órgano judicial del país ante el cual se pretende pedir la ejecución podrá denegarla en caso de que el conflicto no sea susceptible de arbitraje o afecte al orden público, este último punto ha traído varias divergencias debido a sus diversas interpretaciones, lo que ha llevado al consenso de que la interpretación debe ser orientada hacia los fines de la Convención, es decir que el orden público mencionado, es referido al

⁵⁴ *Ibídem*.

internacional y no al interno, salvo que se refiera a violaciones a moralidad o la justicia del Estado.

2.1.4 Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje de Comercio Internacional (1985)

La Ley Modelo regula el proceso arbitral internacional, en la que se han tomado en cuenta principios trascendentales del arbitraje internacional. Está fundamentada en la libre autonomía de las partes y en los principios del debido proceso. La disputa debe versar sobre relaciones mercantiles internacionales. La Ley trata de establecer la armonización de las normas de resolución de conflictos en el ámbito mercantil con las leyes internas de un país, de tal manera que aporta soluciones técnicas y legales que pueden ser adoptadas tanto para comerciantes nacionales como extranjeros.

2.1.5 Convenio de Washington (1965)

Es el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, surge debido al crecimiento de las inversiones internacionales y ante la posibilidad del surgimiento de conflictos entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes en el campo de las inversiones; para lo cual se implementan normas procesales de carácter arbitral para la solución de controversias. Dichos medios de solución de conflictos están bajo el amparo del Banco Mundial; se reconoce el consentimiento de las partes como acto previo para que el acuerdo sea obligatorio. El Convenio da origen al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en el cual se ventilan las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. Ecuador ratificó la Convención el 15 de enero de 1986, pero el presidente Rafael Correa lo denunció en el año 2009, por incompatibilidades con la Constitución

2.2 ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

2.2.1 Asociación Americana de Arbitraje (AAA)

La Asociación Americana de Arbitraje fue fundada en 1926, en el campo internacional tiene su propio reglamento. Facilita ayuda administrativa en distintas formas de resolución de conflictos, especialmente en el campo del arbitraje. La institución está comprometida por preservar los principios rectores del arbitraje, como el tratamiento imparcial y justo a las partes involucradas.

2.2.2 Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC)

Es una institución de carácter privado, nace frente a la necesidad de crear un sistema interamericano de arbitraje y conciliación, con el fin de dar solución de especializada a las controversias comerciales que puedan surgir dentro de la comunidad internacional. “Su órgano supremo lo constituye el Consejo de la Comisión, compuesto por un delegado titular y un suplente nombrado por cada Sección Nacional o asociada, encargándose su dirección superior a un Presidente, y tres Vicepresidentes”.⁵⁵ Está integrada por Estados Unidos, España, República Dominicana, Argentina, Bolivia, Portugal, Colombia, Panamá, Costa Rica, Ecuador, Brasil, El Salvador, Venezuela, Honduras, Guatemala, México, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Con sede en New York.

2.2.3 Centro Internacional para el establecimiento de los Conflictos de la Inversión (CIADI)

El Centro por sus siglas en inglés (ICSID), es una institución del Grupo del Banco Mundial, creado por la Convención de Washington, se encarga de arbitrar los conflictos legales en materia de inversión entre los Estados y los nacionales de otros estados. El CIADI tiene un consejo administrativo,

⁵⁵ Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. (2010): Estructura Organizacional. <http://www.ciac-iacac.org>, (2010-09-10)

presidido por el presidente del Banco Mundial, y una secretaria. En sus instalaciones tienen lugar la conciliación y arbitraje de la inversión

2.2.4 Corte de Londres del arbitraje internacional

Esta Corte por sus siglas en inglés (LCIA) es una institución internacional brinda servicios de arbitraje y mediación. Tiene su origen el 5 de abril de 1883. Establece sus propias reglas y procedimientos. Está dirigido por el secretario. El LCIA no publica hechos o estadística sobre las materias que juzga por la confidencialidad propia del arbitraje.

2.2.5 Cámara de Comercio Internacional

Es una institución especializada en la solución de controversias comerciales de carácter internacional. Su Corte Internacional de Arbitraje fue creada en 1923. Está conformada por más de 80 países, es apoyada por un Secretario, cuya sede se encuentra en París; sus miembros no interfieren en las decisiones de la Corte ya que para esto existen los árbitros designados según reglamento de la C.C.I.; además brinda apoyo en doce idiomas. Posee un sistema informático diseñado para el arbitraje.

2.2.6 Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI (UNCITRAL)

La Comisión limita su función a proporcionar normas que faciliten las relaciones comerciales y la resolución de conflictos que puedan surgir de ellas. Mediante estas normas pretende armonizar y modernizar las reglas de comercio internacional, las mismas que no son obligatorias para ningún país. Uno de los aportes realizados es la Ley Modelo sobre Arbitraje, la cual provee un sistema de fácil aplicación y adaptación a las exigencias mundiales. "(...) La CNUDMI y su Secretaría no actúan como tribunal arbitral, no administran actuaciones arbitrales, ni desempeñan ninguna otra función relacionada con procedimientos

arbitrales determinados, ni con ningún otro régimen público o privado de solución de controversias”.⁵⁶

⁵⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. (2010): Preguntas más frecuentes: La CNUDMI y las controversias o litigios privados. www.uncitral.org, (2010-09-25)

CAPÍTULO III

3 ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

3.1 ANTECEDENTES Y ORIGEN DE LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

Como antecedente de los tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras, en el siglo XIII, aparecen los tratados bilaterales de comercio que regulaban las actividades económicas realizadas en un Estado por particulares de otro; por otra parte, están los tratados en materia de comercio y navegación denominados “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties*) suscritos esencialmente durante la posguerra y hasta finales de la década del 60 por los Estados Unidos de América, Japón –en menor medida- y por algunas naciones de Europa Occidental”.⁵⁷

Tras varios intentos de consagrar un acuerdo multilateral que regule las inversiones, y debido a la falta de conciliación de intereses de los distintos países que conformaban los distintos grupos económicos, en el año 1959, es suscrito el primer tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones entre la República Federal de Alemania con la República Islámica de Pakistán, lo que provoca que países de Asia y África apliquen políticas en pro de la firma de estos tratados. A partir de los años 80, estos instrumentos fueron adoptados por algunos países de Europa del Centro y del Este y los del Sudeste Asiático.

⁵⁷ Garanato, Leonardo. (2010): Protección del Inversor Extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión. <http://books.google.com.ec>, (2010-09-18). p. 9.

En 1962, el Consejo de Ministros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, establece un modelo de contenido para este tipo de tratados, el mismo que es adoptado por los países miembros. Para el año 1982, los Estados Unidos crean su propio modelo, con algunas diferencias, pero siguiendo la pauta de las exigencias de seguridad contempladas en el primer modelo.

Para la década del 90 varios países latinoamericanos empezaron a suscribir este tipo de tratados.

3.2 DEFINICIÓN DE LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIÓN

Los tratados de promoción y protección de inversiones constituyen instrumentos internacionales a través de los cuales los Estados se comprometen a garantizar al inversor extranjero un "ESTANDAR" de tratamiento y protección reconocido a nivel internacional, que consiste en abstenerse de perturbar o interferir en la gestión económica de la inversión con medidas discriminatorias o arbitrarias, de nacionalizar o expropiar sino bajo ciertas condiciones, de interferir en las transferencias de capital relacionados con la inversión, hacia o desde el territorio establecido.⁵⁸

Es decir, que los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones son instrumentos de carácter internacional que proporcionan a las inversionistas extranjeros un régimen de protección, en los cuales están contempladas una serie de cláusulas que garantizan un trato no discriminatorio según los principios de trato nacional y de nación más favorecida; además las indemnizaciones por medidas expropiatorias; así como mecanismos de solución de conflictos.

⁵⁸ Tempone, Rubén. (2003): Protección de inversiones extranjeras. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina. p. 68.

Según lo expresa R. Dolzer,⁵⁹ autor que es citado por Beatriz Pallarés: los tratados bilaterales de inversión otorgan a los inversores de los países suscriptores, una variedad de garantías a través de diversos mecanismos.

Esta clase de tratados, además de contener la posibilidad de acudir al arbitraje internacional, se dota al inversor extranjero de asistir a la protección diplomática, la misma que es pocas veces utilizada por su contenido profundamente político.

3.3 CONTENIDO DE LOS TRATADOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE INVERSIONES

Los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones están estructurados sobre la base de cláusulas y disposiciones que tienden a brindar mayor protección al inversionista extranjero, entre las cuales se encuentran las relativas a los medios de solución de controversias, y en este caso específico, el Arbitraje Internacional de Inversiones, que será abordado más adelante en el desarrollo de la presente investigación. Por el momento, es pertinente hacer un breve análisis de algunos temas que son esenciales en la estructura y contenido de los tratados bilaterales de inversión.

Para tal efecto, es importante empezar con algunas definiciones referentes a inversión:

A criterio de Orlando Gutiérrez Roza, la inversión es: “El desembolso efectuado en bienes de capital. En el lenguaje diario se interpreta como la compra de un activo o también hacerse cargo de un compromiso que encierra un sacrificio inicial seguido por subsecuentes beneficios”.⁶⁰ De la misma manera que define a la inversión extranjera directa como:

⁵⁹ Pallarés, Beatriz. (2005): Reflexiones acerca del consentimiento del Estado para someterse al arbitraje. Derecho del Comercio Internacional temas y actualidades. Buenos Aires: Zavalía Editores. p. 65.

⁶⁰ Gutiérrez, Orlando. (2004): Inversiones Extranjeras. Más Garantías, Más Libertades. Bogotá: Ediciones Átropos. p. 10.

Inversión de compañías domiciliadas en un país, en compañías domiciliadas en otro país, por ejemplo proporcionando el capital inicial para ser verdaderas propietarias de una nueva compañía o aumentando el capital de una compañía que ya existe; en el sentido usual del término, esto supone que el inversionista ejercerá el control y a veces la administración del negocio.⁶¹

De la misma manera, Oswaldo J. Marzorati la define como: “El aporte de capital de riesgo efectuado por personas físicas o jurídicas, que no tiene constituido su domicilio o el principal asiento de sus negocios, en el país donde interviene con la finalidad de desarrollar una actividad económica”.⁶²

En el artículo I del Tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversión entre Ecuador y Estados Unidos define a la inversión como:

a) “Inversión” significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o este controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:

i) Los bienes corporales e incorporeales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;

ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos;

iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;

iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a: las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras, los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano, los diseños industriales, las obras de estampado de semiconductores, los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y

v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.⁶³

La definición dada en el tratado es bastante extensa, ya que considera tanto a bienes tangibles como intangibles, como es el caso de la propiedad intelectual. Las definiciones dadas por los autores citados anteriormente, dan una definición más generalizada ya sea como capital o como activos.

⁶¹ *Ibídem.* p. 11.

⁶² Marzorati Oswaldo. (1997): *Op. Cit.* p. 661.

⁶³ Tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones entre Ecuador y Estados Unidos de América de 1993. Art. I.

El tratado que ha sido tomado como ejemplo, no define expresamente el término de inversor, pero se entiende que son aquellos beneficiarios de las protecciones y garantías otorgadas por el tratado, ya sean personas naturales o jurídicas.

3.3.1 Efectos Jurídicos de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones

Los efectos jurídicos de los tratados bilaterales de inversión son los siguientes:

“En primer lugar, establecen el trato y protección que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar”.⁶⁴ Al establecerse los estándares de protección se garantiza que las inversiones extranjeras no sufran ningún trato discriminatorio que amenace su propiedad mientras se encuentren en el país receptor de la inversión. Se espera que sea cumplido tal propósito puesto que el tratado ha sido realizado convencionalmente.

“En segundo lugar, otorgan al inversor extranjero el derecho de someter una controversia con el Estado receptor a una instancia arbitral internacional”.⁶⁵ Lo cual, quiere decir que el inversor extranjero frente a cualquier arbitrariedad referente a la inversión puede plantear su reclamo sin la intervención del Estado de donde proviene. En el Convenio para el fomento y protección celebrado con Canadá, así como en el Tratado sobre promoción y protección de Inversiones con Estados Unidos, está dispuesto que el inversor extranjero podrá acudir al Arbitraje Internacional, si la diferencia no pudo ser solucionada amistosamente dentro de un periodo de seis meses.

En tercer lugar, “los tratados de protección de inversiones amparan los contratos concluidos por el inversor con el Estado territorial”.⁶⁶ El derecho interno del Estado receptor de la inversión, en muchas ocasiones puede variar

⁶⁴ Tempone, Rubén. (2003): Op. Cit. p. 32.

⁶⁵ *Ibidem*.

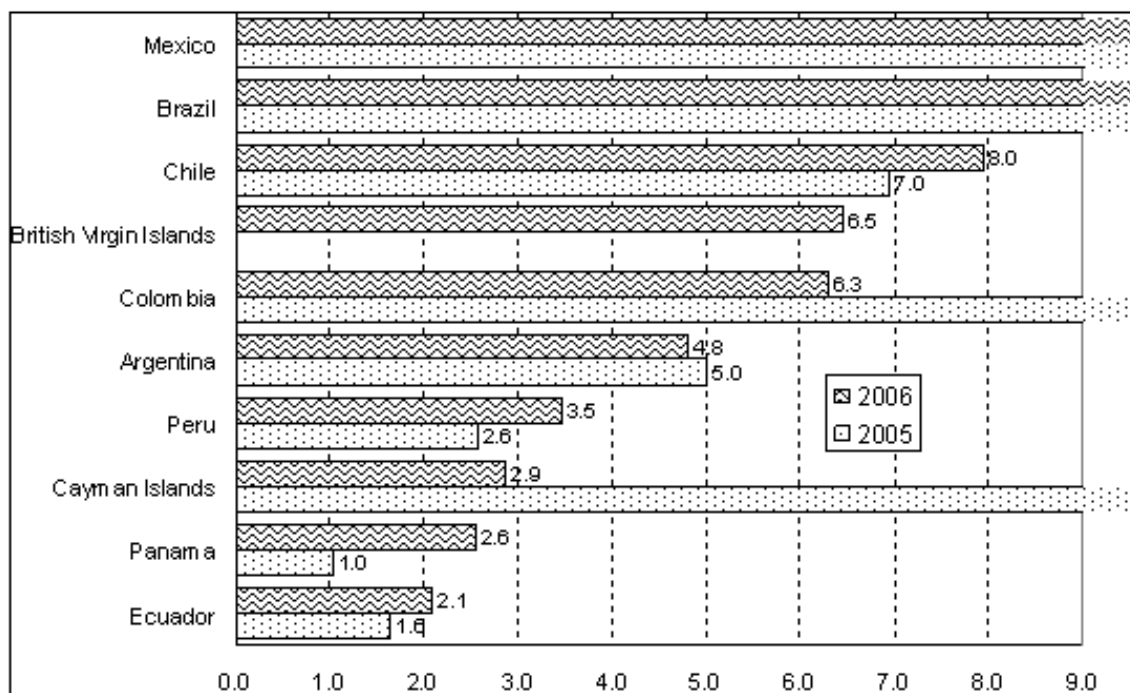
⁶⁶ *Ibidem*. p. 33.

ya sea por condiciones políticas, económicas o sociales, y el contrato de Estado al estar supeditado por el ordenamiento jurídico interno, también puede cambiar, y en algunas circunstancias da lugar para que el Estado receptor resuelva terminar el contrato de manera unilateral, lo mismo que produce incertidumbre y desconfianza al inversor. Y ante dicho suceso, surgen los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones que posibilitan la inserción de los contratos en el Derecho Internacional, pero no de una forma en la que regule la relación contractual, puesto que ésta se mantiene en el ámbito privado, sino en que si el Estado receptor de la inversión no cumple con lo establecido en el contrato y lo cual tenga influencia directa con las garantías y protecciones dadas en los Tratados, conllevará a la responsabilidad internacional del Estado infractor. “De este modo, el tratado actúa simultáneamente en dos niveles distintos e independientes: en el plano internacional, al regir las relaciones interestatales; y en el plano interno, al comprometer al Estado receptor a que respete los derechos del inversor extranjero”.⁶⁷

Si bien los tratados de promoción y protección de inversiones contienen varias cláusulas que son garantías suficientes para que un inversor extranjero invierta en un país, los datos demuestran lo contrario. Según una publicación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo y el Comercio (UNCTAD), la porción de inversión extranjera directa recibida por cada uno de los países de América Latina y el Caribe durante el 2006 fue expuesta mediante el siguiente gráfico:

⁶⁷ *Ibidem.* p. 34.

Gráfico 1.1: América Latina y el Caribe: las diez economías más importantes en entradas de IED, 2005-2006 (en millones de dólares)



Fuente: UNCTAD, World Investment Report 2007⁶⁸

Nota: Clasificadas en función de la magnitud de las entradas de IED en 2006.

Como se constata en el gráfico, después de México, Brasil obtuvo uno de los mayores niveles de inversión extranjera directa, a pesar que no tiene acuerdos ni tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. Y Ecuador, con 22 tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, se ubicó en el nivel más bajo en cuanto a los ingresos obtenidos por tal concepto. Lo cual da a entender, que no existe una relación directa entre la firma de tratados o acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones y el incremento de inversión extranjera directa en el país

⁶⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo y el Comercio UNCTAD. Las entradas de IED en América Latina y el Caribe aumentaron moderadamente en 2006, y las salidas se disiparon. <http://www.unctad.org/Templates>, (2010-12-08)

3.3.2 Obligaciones del Estado que surgen de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones

Los Estados receptores de la inversión deben cumplir ciertas obligaciones que incluyen normas de tratamiento y de protección, las mismas que están en beneficio del inversor extranjero.

3.3.2.1 Las Normas de Tratamiento

“El concepto de tratamiento se refiere al régimen legal aplicable a la inversión extranjera en el Estado receptor”.⁶⁹ Es decir que en el tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones se estipula una serie de cláusulas que aseguran que los inversionistas extranjeros no sean tratados de una manera discriminatoria.

Las normas de tratamiento pueden ser relativas y absolutas.

Normas de tratamiento relativas

Contienen a los principios del trato nacional y el de la nación más favorecida, que son los pilares de estándares mínimos de no discriminación para el tratamiento de las inversiones.

Trato nacional.- “Consiste en garantizar a la inversión extranjera un trato no menos favorable que el otorgado a sus propias inversiones”.⁷⁰ Mediante la estipulación de esta cláusula, el inversor tiene la certeza que la igualdad de condiciones entre las partes prevalecerá.

Según Orlando Gutiérrez Rozo: “El trato Nacional para los inversionistas extranjeros. Consiste en la obligación que tienen los gobiernos de dar un

⁶⁹ Ibídem. p. 50.

⁷⁰ Ibídem.

tratamiento igual o mejor a los inversores y a sus inversiones extranjeras, con respecto a las inversiones nacionales”.⁷¹

Ymaz Videla sostiene:

...que este estándar de tratamiento no está ideado únicamente para otorgar estricta igualdad de trato con los inversores nacionales o los extranjeros; sino así mismo para asegurar un tratamiento privilegiado para los inversores del país de origen que suscribió el acuerdo bilateral, pues, tanto en la formulación de la cláusula de Nación más favorecida como en la de trato nacional se habla de un tratamiento “no menos favorable” que el otorgado a los inversores nacionales o extranjeros de un tercer Estado contratante.⁷²

Trato de nación más favorecida: Según Perugini,⁷³ esta cláusula es un compromiso que asume un Estado frente a otros Estados de dar a las inversiones un trato no menos favorable que el que se otorga en situaciones similares a las inversiones de terceros países. En sentido general, es aquella obligación según la cual el Estado receptor de la inversión tiene la obligación de dar un trato igualitario que el que se le da los inversores de otros países.

Las normas de tratamiento absolutas

Están comprendidas por el tratamiento justo y equitativo y la protección y seguridad plenas.

El trato justo y equitativo, es un principio que depende de la valoración efectuada para cada caso, cuyo alcance podrá ser determinado por el principio fundamental de la buena fe. Al respecto, Leonardo Granato, hace mención a lo expresado por Fernández de Gurmendi:

...la obligación de conceder el tratamiento justo y equitativo, que constituye una reivindicación tradicional de los países exportadores de capital, está muy difundida en la práctica internacional relativa a las inversiones extranjeras. Parece todavía

⁷¹ Gutiérrez, Orlando. (2004): Op. Cit. p. 36-37.

⁷² Granado, Alberto. Protección del Inversor Extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión. <http://books.google.com.ec>, (2010-09-18). p. 24.

⁷³ Ibídem. p. 23.

difícil, sin embargo, sostener la existencia de una norma internacional al respecto. Tampoco existe consenso sobre su contenido y alcance. Algunos lo asimilan al principio de buena fe que comporta, entre otras, la obligación de no tener un comportamiento contrario al objeto y fin del acuerdo [...]. Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, muy elástico, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta.⁷⁴

Este principio no se traduce en una obligación legal, sino que deja un espacio considerable para el juicio y apreciación del tribunal en razón de la justicia y la equidad de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

La protección y seguridad plena: Según Miguel Tempone,⁷⁵ el Estado receptor de la inversión es el encargado de velar y ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera.

Esta garantía plena de protección y seguridad es considerada como una obligación de diligencia debida. Las violaciones a estas medidas son las que se producen cuando el Estado receptor no ha adoptado las medidas de protección que se esperaba que razonablemente pudiera haber adoptado para prevenir la destrucción física de la propiedad del inversor.

Como fue expresado en los párrafos anteriores, estas normas son observadas según el caso, guiados por el principio de "(...) razonabilidad y equidad".⁷⁶

Las normas de protección

Las reglas de protección en los tratados están relacionadas con la protección del inversor contra cualquier riesgo. Es decir, sobre la interferencia del Estado en la propiedad extranjera, lo que provocaría limitación al uso, goce, mantenimiento o disposición del derecho de propiedad. Ya que todo esto

⁷⁴ Ibídem.

⁷⁵ Tempone, Rubén. (2003): Op. Cit. p. 55.

⁷⁶ Ibídem. p. 56

deriva del principio de soberanía permanente de los Estados sobre los recursos naturales.

En estos Tratados se prohíben las expropiaciones, a no ser que sean efectuadas por utilidad pública y que exista de por medio una compensación.

3.3.2.2 Cláusula Paraguas (Umbrella Clause)

Mediante esta cláusula, se asegura que la situación más favorable dada a otras inversiones y estipulada en otros instrumentos, sea mantenida a pesar de la existencia del tratado. Bajo la cláusula paraguas del tratado, se convierte en una obligación cumplir lo estipulado en otro instrumento que contiene obligaciones más favorables para el inversionista. Por ejemplo, Ecuador y un inversionista extranjero suscriben un contrato para la explotación de recursos hidrocarburíferos y en el Tratado de promoción y protección de inversiones suscrito entre el Ecuador y el Estado de donde proviene el inversionista, contiene una cláusula según la cual, el Ecuador estaría obligado a respetar lo establecido en el contrato en el que se establecen medidas de protección más favorables que las previstas en el tratado. Esto significa que ante un supuesto incumplimiento contractual, el inversor tendría la posibilidad de recurrir a la vía contractual o a la relacionada con el tratado.

3.3.2.3 Sistemas de Solución de Controversias

El Derecho Internacional, a medida que las relaciones comerciales han evolucionado, y considerando que no puede intervenir directamente en las relaciones contractuales del Estado con el inversor extranjero ya que éstas son de carácter privado, el Derecho Internacional con el fin de evitar tensiones políticas ha establecido un procedimiento de solución de controversias sobre la base de reglas previamente establecidas. A continuación, se analizará al Arbitraje Internacional de Inversiones, como un mecanismo destinado a resolver diferencias entre el Estado y el inversor extranjero.

La cláusula de elección de vías

Mediante esta cláusula, el inversionista que somete la disputa a los tribunales nacionales del Estado receptor o a cualquier otro medio de resolución, perdería su derecho de recurrir al arbitraje internacional. Los números 2 y 3 del Artículo VI del Tratado de promoción y protección recíproca de inversiones entre Estados Unidos y Ecuador reza en lo que interesa, lo siguiente:

Cuando surja una diferencia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o
 - b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido, o
 - c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.
3. a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio.

La errónea interpretación y aplicación del Tratado es una causa para que el sistema sea movilizado. En el artículo VII del Tratado de promoción y protección recíproca con los Estados Unidos de América está establecido que

las Partes entablarán negociaciones directas o consultas amistosas durante un periodo de seis meses. Si la controversia no se resuelve, cualquiera de las partes puede someter la diferencia a un tribunal arbitral ad hoc de tres miembros, en el que cada parte designará a un árbitro y de común acuerdo a un nacional de un tercer Estado para actuar como presidente del tribunal. Si es el caso de que las partes no acuerden la constitución del tribunal, se recurre al Presidente de la Corte Internacional de Justicia o al Secretario General de las Naciones Unidas para los nombramientos. Al ser un arbitraje ad hoc, las partes tendrán que ponerse de acuerdo respecto al procedimiento, de lo contrario, regirán las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

3.4 ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Con el objetivo de crear condiciones para el establecimiento de capitales e incrementar la inversión extranjera, se consagra un procedimiento jurisdiccional de arbitraje internacional, denominado Arbitraje Internacional de Inversiones.

El arbitraje internacional de inversiones con base hoy en día, de forma predominante, en un Tratado específico (o ley interna), tiene lugar entre un estado receptor, destinatario-beneficiario de la inversión y un inversor nacional de otro de los estados parte en ese Tratado, sea bilateral, sea multilateral, que se aplica.⁷⁷

Es decir, el Arbitraje Internacional de Inversiones puede ser habilitado por medio de una ley interna o por un tratado bilateral, multilateral o regional y es posible entre un Estado y un inversionista extranjero.

Es necesario mencionar, que en el Arbitraje Internacional de Inversiones, el Estado receptor de la inversión otorga de forma unilateral el consentimiento, mediante cualquiera de los instrumentos mencionados anteriormente, el mismo que se ve perfeccionado cuando la otra parte solicita el arbitraje. El

⁷⁷ Chillón, José. (2010): El arbitraje internacional de inversiones: Su tratamiento singular reciente a partir del derecho convencional y de la Jurisprudencia arbitral. www.cmanicaragua.com.ni, (2010-09-27)

consentimiento presenta la posibilidad de someter las controversias estrictamente legales referentes a inversiones ante un tribunal arbitral. Este consentimiento es otorgado de forma anticipada y constituye una oferta que hace el Estado anfitrión, aún antes de que la inversión se haya concretado. Por otra parte, el carácter personal derivado del convenio arbitral es sustituido por normas generales, que generan efectos para todos los posibles inversionistas extranjeros, lo cual es una característica principal que lo diferencia del resto de arbitrajes. Otro de los aspectos que lo distingue, es la confidencialidad propia del arbitraje, puesto que ésta puede ser disminuida por la intervención de terceros, ya que en muchas ocasiones el objeto de las disputas puede ser de interés público.

Entre las funciones que desempeñan los Estados, se encuentra la jurisdicción, que es uno de los atributos principales de la soberanía. Y en algunas ocasiones, los Estados ceden esa jurisdicción a una instancia internacional, siempre que en primer término sea agotada la etapa de negociación y consultas amistosas. Esta etapa es importante, porque ubica a las partes en un rol conciliador de intereses y necesidades mutuas.

Existen también beneficios desde la perspectiva estatal. “Los Estados no sólo son importadores de capital; también exportan. Por ende, la disciplina es recíproca: obliga y protege. Obliga al Estado en tanto es destinatario de capital extranjero; y lo protege en tanto que es emisor del mismo”.⁷⁸

El Arbitraje Internacional de Inversiones surge como una solución para aquellos temas específicos de inversiones, que permite una defensa válida para los inversionistas. Ante lo cual, surge el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el mismo que abre las puertas para que inversionistas y Estados solucionen sus disputas ante árbitros internacionales expertos.

⁷⁸ González, Francisco. (2010): Arbitraje de Inversión En América Latina. www.uncitral.org/pdf, (2010-09-28). p. 5.

3.4.1 Arbitraje Internacional de Inversiones en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

“El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante el CIADI o el Centro) se establece por el Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (en adelante Convenio del CIADI o Convenio)”,⁷⁹ intenta postularse como un sistema con jurisdicción neutral y autónomo que procura establecer un equilibrio entre los intereses de los inversionistas y los Estados y de esa manera, despolitizar y desnacionalizar el arreglo de diferencias que pudieran surgir en materia de inversiones y así evitar la intervención estatal.

El número 1 del artículo 25 del Convenio de Washington dice:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.⁸⁰

Se trata del arbitraje institucional o administrado y ha adquirido gran importancia en los últimos años, al mismo que las partes pueden acudir en el marco de un acuerdo o tratado de promoción y protección recíproca de inversiones.

Deberá tratarse de diferencias jurídicas en materia de inversiones, por lo consiguiente se excluye las diferencias surgidas por razones técnicas, políticas, económicas o exclusivamente comerciales.

El consentimiento para el sometimiento a la jurisdicción del CIADI, es voluntario, pero una vez que éste es dado, no puede ser retirado de una forma

⁷⁹ Graciarena, María. (2006): La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos de CIADI. Buenos Aires: Lexis Nexis. 1ra. Edición. p. 3.

⁸⁰ Convenio de Washington de 1986. Art. 25.

unilateral. La suscripción de los tratados bilaterales de inversión, así como una legislación interna sobre promoción de inversiones que ofrezca la opción de recurrir al CIADI, implica el consentimiento expreso a la jurisdicción del Centro por parte de los Estados Parte.

Para que las Partes puedan someterse a la jurisdicción del Centro, deben manifestarlo por escrito, en el caso particular de Arbitraje Internacional de Inversiones, será por medio del tratado de promoción y protección de inversiones.

Para que las partes puedan someterse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI), deben ser parte de la Convención del CIADI, y que las mismas hayan otorgado el consentimiento mediante un instrumento.

3.4.1.1 Autonomía del Sistema

El sistema procedimental del Centro es autónomo salvo las excepciones relacionadas a las medidas cautelares y ejecución del laudo, ya que para obtenerlas es preciso recurrir a los tribunales nacionales.

La autonomía se ve reflejada en el artículo 26, el mismo que aísla todos los procedimientos arbitrales del Centro de cualquier forma de intervención de los tribunales estatales. Otro ejemplo de esta autonomía, es la contemplada en el artículo 54 del Convenio, según el cual se elimina el procedimiento exequátur, ya que es suficiente presentar una copia certificada por el Secretario General del Centro. Al igual que el artículo 27 del Convenio excluye la posibilidad de acudir a la protección diplomática.

3.4.1.2 El Procedimiento

El procedimiento consta de dos etapas: las de actuaciones escritas y las de actuaciones orales.

Las normas procedimentales son supletorias ya que podrán ser modificadas por las partes. Las normas que son de carácter obligatorio, son las relacionadas con la composición del tribunal, el cual estará conformado por un solo árbitro o por un número impar, los mismos que pueden o no pertenecer a la lista de árbitros que posee el Centro.

El arbitraje puede efectuarse en la sede del Centro, pero a decisión de las partes podrá ser tramitado en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya o en cualquier institución pública o privada con la que el Centro haya llegado a un acuerdo.

Cualquier Estado contratante o nacional de un Estado Contratante que quiera iniciar un procedimiento de arbitraje, deberá dirigir una solicitud al Secretario General quien enviará copia de la misma a la otra parte. El Secretario General registrará dicha solicitud y notificará a las partes del acto de registro. Posteriormente, se procederá a la constitución del Tribunal, el mismo que será compuesto de un árbitro o por un número impar según el acuerdo de las partes. En caso de que el Tribunal no llegue a constituirse dentro de 90 días posteriores a la fecha de notificación del acto de registro, el Presidente a petición de cualquiera de las partes deberá nombrar a los árbitros.

Las partes una vez notificadas del registro de la solicitud de arbitraje, procederán a constituir el Tribunal e informarán el número de árbitros y el método para nombrarlos al Secretario General. Después de la constitución del Tribunal, éste consultará a las partes sobre cuestiones procesales. A solicitud del Secretario General, o por iniciativa del Presidente, se podrá celebrar una audiencia preliminar con el fin de intercambiar información para que el procedimiento se lleve de una manera eficaz. También a solicitud de las Partes, en la audiencia preliminar se podrá considerar el objeto de la diferencia a fin de llegar a un acuerdo.

Además de la solicitud de arbitraje, comprenderán memoriales tanto de la parte solicitante como de la otra parte. Los memoriales consisten en una relación de los hechos, el derecho aplicable y peticiones.

En las actuaciones orales se oirán a las partes mediante sus representantes.

Respecto a las pruebas, cada parte dentro de los plazos fijados darán al Secretario General información respecto a las pruebas que se presentarán, así como aquellas que se propone pedir al Tribunal que solicite. El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de las pruebas y valor probatorio.

Cuando las partes hayan terminado de hacer las presentaciones se declarará cerrado el procedimiento.

En cualquier parte del procedimiento, las partes podrán solicitar que el Tribunal recomiende la adopción de medidas provisionales, en dicha solicitud se especificará los derechos que se protegerán, las medidas que se piden y las circunstancias que hacen necesaria la aplicación de dichas medidas.

El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones. En este caso, cualquiera de las partes y en cualquier estado del procedimiento, podrá solicitar al Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Antes de dictar laudo, el Tribunal previa notificación, concederá un período de gracia a la parte que no haya comparecido.

El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.

El Centro tiene algunas normas contra cualquiera de las partes que pretenda obstaculizar el normal desenvolvimiento del proceso, si alguna de las partes no acude al procedimiento, éste puede continuar sin su presencia.

Si una de las partes solicita la terminación del proceso, el Tribunal o en su defecto, el Secretario General fijará mediante resolución, el plazo dentro del cual la otra Parte podrá oponerse, y en el caso de que no haya respuesta se presumirá que la otra parte ha consentido en la terminación.

De la misma manera, si una de las partes deja de intervenir en cualquier etapa del procedimiento durante seis meses consecutivos o cualquier otro plazo acordado por las partes, se entenderá que las partes han dado por terminado el proceso.

3.4.1.3 El Laudo Arbitral

Según el artículo 42 de la Convención de Washington, el Tribunal decidirá la diferencia, de acuerdo a las normas acordadas previamente por las partes, pero a falta de acuerdo se aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia. Los laudos arbitrales son obligatorios.

El artículo 53 del Convenio establece que el laudo es obligatorio y que no es susceptible de ningún recurso excepto de los previstos en el Convenio. En este artículo se especifica el carácter definitivo del laudo, su autonomía ya que no es objeto de recursos y su carácter es vinculante, debido a que su incumplimiento se traduce en falta de un deber legal.

La autonomía que presenta el sistema protege al laudo de objeciones o defensas opuestas con fundamento en el derecho interno, la exclusión de cualquier medio externo implica que una vez dictado el laudo adquiere valor de cosa juzgada y evita que otros procedimientos externos sean llevados a cabo.

El sistema plantea ciertas medidas contra los laudos entre las cuales se encuentran:

Rectificación: Por omisiones y errores materiales, aritméticos similares del laudo.

Aclaratoria: Respecto al sentido o alcance del laudo.

Revisión: Fundada en el descubrimiento de algún hecho nuevo que hubiera sido desconocido al momento de que el laudo fue dictado, si el desconocimiento no se debe a negligencia.

Anulación: Interpuesta solo por los motivos específicos como: vicios en la constitución del Tribunal, extralimitación de las facultades del Tribunal, corrupción de algún miembro del Tribunal, violación de normas procedimentales o falta de motivación.

Las solicitudes de aclaración, revisión o anulación de un laudo deberán presentarse ante Secretario General.

Reconocimiento de laudos

El artículo 54 del Convenio regula el proceso de reconocimiento y ejecución, para lo cual cada uno de los Estados no puede alegar razones de derecho interno para evitar el reconocimiento del laudo, ya que al laudo se le equipara una sentencia firme. Para la ejecución y reconocimiento se recurrirá a los tribunales nacionales ya que la jurisdicción arbitral carece de imperio para obligar el cumplimiento del laudo. Y si el Estado receptor se niega a acatar el laudo, el inversor acudirá a la protección diplomática.

El reconocimiento se lo ha definido como el “método de verificación de las condiciones de regularidad de una sentencia extranjera a efectos de que se

despliegue su eficacia en el ordenamiento del foro”.⁸¹ El Convenio se limita a la verificación de la autenticidad del laudo mediante la copia del mismo que debe estar debidamente certificado por el Secretario General, eliminando de esta forma, el procedimiento de exequátur.

3.5 SOBERANÍA Y DERECHO INTERNACIONAL

La historia de América Latina ha estado ligada a una serie de luchas por la independencia contra las diferentes intervenciones colonialistas y neocolonialistas. Desde siempre ha buscado desligarse del intervencionismo y ha ido buscando la autodeterminación de los pueblos. Con el transcurso del tiempo, el ser humano ha pasado de ser un ser aislado a un ser asociado, y en este sentido se ha agrupado de diversas formas:“(…) como pueblo, como nación, como Estado, con pretensiones de región o con aspiraciones de comunidad internacional”.⁸²

El fenómeno de la globalización trae consigo varios cambios, ya que ocasiona que un Estado se reajuste y se adecúe a las crecientes demandas internacionales, dejando atrás aquellas nociones convencionales sobre Estado y soberanía. En la actualidad los países tienden a reafirmar su soberanía mediante la integración comercial y económica, lo cual involucra la suscripción de acuerdos internacionales en materia comercial, de inversiones, solución de conflictos, entre otros.

Como uno de los defensores de la soberanía absoluta, está el pensador francés Bodino,⁸³ quien concebía a la soberanía como un poder absoluto y perpetuo.

⁸¹ *Ibidem.* p. 47.

⁸² González, Antonio. (2009): *La no intervención, la autodeterminación y los organismos internacionales. No Intervención, autodeterminación y democracia en América Latina.* México: Siglo Veintiuno Editores. p. 294.

⁸³ Carpizo, Jorge. (2010): *La Soberanía del pueblo en el Derecho Interno y en el Internacional. No intervención, autodeterminación y democracia en América Latina.* México: Siglo Veintiuno Edición. p. 4.

Rousseau, en su teoría democrática decía que:

El titular de la soberanía es el pueblo, ya como el ejercicio de la voluntad general, y esta soberanía nunca es enajenable, prescriptible o divisible. De estas características se deducen otras, pero la soberanía no es enajenable porque de serlo se destruiría el cuerpo político, no es divisible porque la voluntad es general y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede ahogar, pero o suprimir se ha dicho, la libertad es al hombre, lo que la soberanía al pueblo, es su esencia misma.⁸⁴

El pensamiento de Rousseau descansa sobre la concepción de la libertad y la dignidad del hombre y sobre la base de estos preceptos, el pueblo soberano En virtud de estos principios el Estado no puede delegar ni dividir a la soberanía, puesto que esto haría que el cuerpo político se destruya.

El tema relacionado a la soberanía de los Estados ha sido motivo de varias opiniones, considerando a la soberanía como uno de los elementos principales del Estado y virtud del cual el Estado tiene total potestad de dictar su propio ordenamiento jurídico y consecuentemente eligen a sus gobernantes. Así se traduce la facultad que tiene el pueblo de “dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes”.⁸⁵ Y con la soberanía externa, el pueblo soberano se presenta en el ámbito internacional y establece relaciones.

Por otro lado, varios autores sostienen que la soberanía ha sido un obstáculo para la organización mundial y que ha ocasionado varias guerras, atentando al progreso de los pueblos. León Duguit, decía que la soberanía es una “idea metafísica, totalmente extraña a la realidad y que se halla en caminos de desaparecer”.⁸⁶ Kelsen manifestaba: “(...) que el mundo llegaría a tener un orden jurídico universal y justo, cuya validez no dependería del reconocimiento de los estados y para alcanzar lo anterior había que abolir el dogma de la soberanía de cada Estado”.⁸⁷

⁸⁴ Ibídem. p. 7.

⁸⁵ Ibídem. p. 8.

⁸⁶ Ibídem. p. 9.

⁸⁷ Ibídem.

Respecto a la coexistencia entre la soberanía con el Derecho Internacional, Hermann Heller afirmaba que:

La concepción del derecho internacional que no tome como punto de partida la existencia de una pluralidad de unidades de voluntades soberanas, está de antemano y necesariamente destinada al fracaso. El derecho internacional existe únicamente en la medida en que, por lo menos, están presentes dos unidades territoriales decisorias universales y efectivas. La idea de Estado soberano es un presupuesto necesario del pensamiento internacional; por lo contrario, la idea del derecho internacional no es un presupuesto indispensable para el pensamiento estatal. La civitas máxima o el Estado que pudieran aislarse dentro de una muralla china, sería unidades decisorias soberanas y existiría sin necesidad sin necesidad de la existencia o vigencia de un derecho internacional (...) El Estado es soberano; esta fórmula significa que el Estado es una unidad territorial decisoria universal y efectiva, tanto en el interior como en el exterior.⁸⁸

Según el internacionalista César Sepúlveda: "(...) el derecho internacional es un orden jurídico de entes soberanos a los que obliga, y que la soberanía del Estado consiste en la capacidad de crear y de actualizar el derecho, tanto en lo interno como en el internacional, pero obligación de actuar conforme al derecho y responsabilidad por esa conducta".⁸⁹

De lo expresado por Sepúlveda y Hermann Heller, se concluye que no existe contradicción entre la idea de soberanía y Derecho internacional, ya que la idea de soberanía no tiene que ver con arbitrariedad, debido a que los Estados con el fin de no vivir aislados entran en relación con otros Estados, y es lógico suponer que en toda convivencia pacífica es necesario ceder recíprocamente en el marco de la igualdad estatal.

La soberanía conjuga una serie de conceptos desde aspectos culturales hasta económicos, en donde se reafirma la dignidad de un pueblo y sobre la base de la unificación de la voluntad de los pueblos soberanos, se ha dado origen al Derecho Internacional.

⁸⁸ Heller, Hermann. La soberanía: Contribución a la teoría del Estado de Derecho Estatal y del Derecho Internacional. México: Universidad Nacional Autónoma de México. p. 225.

⁸⁹ Carpizo, Jorge. (2010): Op. Cit. p. 8.

En la actualidad, la soberanía es uno de los temas más polémicos y de gran confrontación para los países latinoamericanos, principalmente por el hecho de que con el fin de integrarse y con la intención de atraer inversión extranjera se han visto en la necesidad de unirse a este gran proceso globalizador. Tales acontecimientos globalizadores y con el fin de facilitar el tráfico comercial y de inversiones, varios convenios y tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones han sido firmados, lo mismo que ha originado severas críticas por aquellos defensores de la soberanía, ya que en el contenido de tales tratados está la cláusula de solución de controversias, según la cual cualquier controversia legal de inversiones derivada del Tratado se someterá a la jurisdicción de algún tribunal arbitral internacional.

En el caso particular del Ecuador, el concepto de soberanía ha sido muy discutido, puesto que además de ser un tema de alto contenido emotivo, ha servido para la toma de varias decisiones de carácter legal, que han dado un giro a las relaciones internacionales.

En el Ecuador, el hecho detonante para que surjan inquietudes respecto al tema de la soberanía jurisdiccional fueron las demandas arbitrales que estaban amparadas en los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. Por tal motivo, varios sectores empezaron a criticar la actitud del gobierno de turno, de someter al pueblo ecuatoriano a una injustificada pérdida de soberanía ante los tribunales arbitrales internacionales, lo mismo que generó una preocupación generalizada, ya que la información divulgada constataba una situación de desventajas y pérdidas continuas en tribunales extranjeros. Motivaciones suficientes para que en la de Constitución del 2008, se incluya el artículo 422, que expresamente dice:

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

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

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

Referente al artículo antes transcrito, la vicepresidenta de la Comisión de Relaciones Internacionales de la Asamblea Nacional, Linda Machuca, en una entrevista a la BBC Mundo expresó: “Aquí estamos defendiendo el principio de la soberanía jurisdiccional. Queremos reconocer la posibilidad que tiene nuestro Estado de resolver las controversias en una instancia en la que tenga confianza”.⁹⁰ Además afirmó: “En el caso del CIADI tenemos datos que revelan que sus dictámenes han sido mayoritariamente favorables a las empresas extranjeras”.⁹¹ Esta última afirmación es totalmente ajena a la verdad, ya que tanto las ganancias y pérdidas en arbitrajes internacionales ante el CIADI, muestran resultados equilibrados. “Desde el año 2001 se han registrado 14 demandas ante el CIADI, de las cuales 5 han sido retiradas y 3 están pendientes; 2 laudos han sido desfavorables para el Ecuador, 3 favorables y 1 laudo parcialmente favorable”.⁹²

Por otro lado, el problema entorno al que gira el artículo 422 de la Constitución es la pérdida de soberanía jurisdiccional. Como soberanía jurisdiccional se entendería a la potestad que tiene el Estado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

⁹⁰ Red por la Justicia Social en la Inversión Global. Ecuador pone fin a tratados bilaterales de inversiones. <http://es.justinvestment.org>, (2010-11-01)

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).Cases. <http://icsid.worldbank.org>, (20-02-2011)

En este punto es importante citar al Dr. Jan Kleinheisterkamp,⁹³ profesor titular de Derecho de la Bolsa de Londres, quien hace una acertada y clara distinción entre la jurisdicción de los árbitros y de los jueces, afirmando que los jueces poseen una jurisdicción general mientras que los árbitros tienen una jurisdicción extraordinaria, la misma que es una jurisdicción limitada en el tiempo y a lo pactado por las partes en el convenio arbitral. Los jueces tienen que realizar la tarea que el Estado les dota para ejercer coerción, siendo esto una expresión y justificación de la soberanía estatal. Y los árbitros, en virtud del convenio arbitral poseen poder de decisión, más no de ejecución. El valor jurídico del convenio arbitral es reconocido por Estado mediante sus leyes y el Estado permite que las partes puedan someter la controversia a decisión de los árbitros (efecto prerrogativo) y no a la de los jueces (efecto derogativo). Lo cual hace que el juez ya no sea competente para conocer la causa mientras sea válido el convenio arbitral, pero tampoco quiere decir que el juez pierda jurisdicción general sobre las partes.

Los aportes doctrinarios de Rousseau, Hegel, Jellineck, Bodino, Sepúlveda y el Dr. Jan Kleinheisterkamp, han permitido obtener conclusiones respecto al tema de la soberanía. En especial el aporte ilustrativo del Dr. Kleinheisterkamp, el cual permite aclarar el tema de la soberanía jurisdiccional, ya que hace una distinción entre la jurisdicción de los jueces y la de los árbitros y el papel preponderante que tiene la ley al reconocer cada una de esas jurisdicciones. Si bien uno de los atributos principales de la soberanía es la jurisdicción, no es menos cierto que en virtud de la soberanía, el Estado soberano dicte sus propias leyes, y es en este aspecto en donde radica la importancia de las apreciaciones del Dr. Jan Kleinheisterkamp, en que el Estado da valor jurídico al convenio arbitral en virtud del reconocimiento que hace de éste mediante sus leyes, y es precisamente el Estado el que permite que las partes sometan sus controversias a la decisión de árbitros no de jueces. Es decir, la pérdida o no

⁹³ Kleinheisterkamp, Jan. (2006): Medidas Cautelares en el Arbitraje. Una perspectiva comparatista. Derecho Económico Internacional. Quito: Corporación Editora Nacional. p. 152.

de soberanía jurisdiccional, dependerá del reconocimiento que hace la ley de la institución del arbitraje.

El Ecuador como Estado soberano tiene total potestad de elegir cualquier organismo de arbitraje, pero también es preciso comprender el Arbitraje Internacional no es sinónimo de pérdida de soberanía jurisdiccional, al contrario si bien en el Arbitraje Internacional se cede jurisdicción a instancias arbitrales internacionales, es porque las partes así lo convinieron dando su consentimiento en un convenio o instrumento internacional. Todo esto porque la ley lo permitió.

3.6 ANÁLISIS DE INVERSIONES Y SUS INTERESES AL MOMENTO DE INVERTIR EN UN ESTADO

El interés de un inversionista en cualquier país donde invierte su capital, es que en el menor tiempo posible pueda percibir el retorno de su capital más las ganancias que le reportó su inversión. Una de las preocupaciones tanto para inversionistas como para gobernantes es el riesgo país ya que a palabras del Economista Alberto Acosta: “Indica el nivel de incertidumbre para otorgar un préstamo a un país. Mide la capacidad de dicho país para cumplir con los pagos de los intereses y del principal de un crédito al momento de su vencimiento”.⁹⁴ El riesgo país es aquel que corre un inversionista en el momento de invertir en un país, y que se evidencia por la confluencia de distintos factores endógenos y exógenos. Para el economista Alberto Acosta, el riesgo país varía de acuerdo al nivel de compromisos y consensos asumidos por el Ecuador, para ejecutar sus reformas estructurales.

Otro de los temas de gran importancia que merece ser tomado en cuenta, es el de la seguridad jurídica ya que es uno de los requisitos primordiales para incentivar a las inversiones extranjeras y su carencia, representa una de las mayores trabas para que un inversionista tenga la confianza de invertir capital

⁹⁴ Acosta, Alberto. (2005): El Riesgo País convencional y un riesgo para el desarrollo. EL otro riesgo. Indicadores y desarrollo en la economía. Quito: Ediciones Abya- Yala. p. 9.

en un país, lo que involucra distintos agentes que necesariamente van entrelazados como son: la ineficiencia de la administración pública, la discrecionalidad normativa y la corrupción.

El concepto de seguridad jurídica fue idealizada en la Revolución Francesa, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el 26 de agosto de 1789; en la que se promulgaban como derechos: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Ricardo Lobo Torres “ubica a la seguridad jurídica, junto con la libertad y la justicia, como los valores e ideas básicas de derecho”.⁹⁵

La seguridad jurídica es considerada como el valor fundamental de un Estado de Derecho ya que mientras más objetivas sean las relaciones, el Estado se verá más fortalecido.

“Se relaciona con la elaboración, la aplicación, la interpretación y la positivización del ordenamiento, en tanto en el lenguaje es búsqueda de claridad y certeza”.⁹⁶

Recasens Siches decía: “Y es al conjuro de tal necesidad de seguridad, de garantía irrefragable, que surge el derecho. Esta es su motivación primaria, su más honda raíz en la vida de derecho. Y agrega: certeza y seguridad constituyen el sentido formal de la función del derecho”.⁹⁷

Las políticas estatales tendientes a atraer la inversión están orientadas básicamente en los conceptos de libertad, apertura y libre competencia.

⁹⁵ Mazz, Addy. (2008): El principio de seguridad jurídica y las inversiones. Estudios de derecho tributario constitucional e internacional. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. p. 284.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 284.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 289.

La idea de seguridad jurídica para los inversionistas depende de la confluencia de varios factores, ya que principalmente los inversionistas se manejan sobre la base de percepciones que son modificadas, dependiendo no sólo de la existencia de leyes sino del desempeño que se realiza en temas referentes a la lucha contra la ilegalidad, condición que asegura los derechos de la propiedad, restricciones a las inversiones, el desempeño de la administración pública, administración de justicia, corrupción seguridad ciudadana, etc. También el tema referente a la administración de la justicia, es uno de los aspectos que el inversor extranjero toma en cuenta en relación a las garantías establecidas.

Las leyes económicas tienen cuatro funciones:

Definir y proteger los derechos de propiedad, establecer reglas para el intercambio de esos derechos, determinar las normas para emprender una actividad productiva o abandonarla y promover la competencia vigilando la estructura y el comportamiento del mercado y corrigiendo sus deficiencias.⁹⁸

Los mercados no pueden alcanzar desarrollo sin derechos de propiedad eficaces, para lo cual los Estados deben procurar cumplir con las siguientes condiciones: “La primera de ellas es la protección contra el robo, la violencia y otros actos predatorios. La segunda es la protección contra la arbitrariedad de las instancias gubernamentales que perturban la actividad comercial. La tercera condición es un poder judicial razonablemente justo y previsible”.⁹⁹

Cuando los derechos de propiedad están plenamente garantizados, el mercado puede alcanzar su desarrollo.

Además se establecen una serie políticas que sirven como garantía para los inversionistas extranjeros. Entre las que se podrían mencionar: Una normatividad adecuada, que involucre la implementación de políticas

⁹⁸ Vargas, Julio. (1999): La seguridad jurídica en las inversiones: Apuntes para un enfoque integral. Revista Justicia y Sociedad: Hacia un nuevo mejor Servicio Público de Justicia. p. 78.

⁹⁹ *Ibíd.*

macroeconómicas que son materializadas mediante instrumentos legales; los convenios de estabilidad jurídica que garantizan la inversión en materia tributaria y son celebrados entre el inversionista y el Estado; los convenios bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, mediante los cuales se establece el trato igualitario a los inversionistas extranjeros y es celebrado entre Estados; los seguros de Inversión, que cubren el riesgo de los inversionistas, en el caso de riesgos no comerciales como la transferencia de divisas, expropiación, fenómenos sociales, incumplimiento del contrato, etc.; y por último los mecanismos de resolución de controversias, que aseguran a los inversionistas un trato independiente en cuanto a la administración de justicia. Estos últimos, y de manera especial el Arbitraje Internacional de Inversiones, constituye un medio idóneo para equiparar la asimetría existente entre quien detenta el Poder (Estado) y el inversionista.

3.6.1 El Inversionista en el Ámbito Legal Ecuatoriano

En el número 12 del Artículo 416 de la Constitución de la República del Ecuador se establece:

Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: (numeral)12.- “Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.”¹⁰⁰

En este contexto, la política de inversiones esta reorientada a un plan de desarrollo; sin embargo están vigentes algunos instrumentos legales que fueron adoptados en las dos anteriores Constituciones, los mismos que a continuación serán brevemente expuestos:

¹⁰⁰ Constitución del Ecuador del 2008. Art. 416.

En primer término, esta la Ley de promoción y garantía de la inversión que entró en vigencia el 19 de diciembre de 1997, es una ley en la que se priorizaba la inversión en los sectores productivos y servicios, además que se establecía un sistema legal para los inversionistas tanto nacionales como extranjeros. Se establecía que los inversionistas extranjeros frente a cualquier situación de discriminación podían denunciar el hecho ante el Ministerio de Industrias y Competitividad, para que éste a través del COMEXI tome las acciones correspondientes.

La Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI), era un marco normativo que regulaba el desenvolvimiento del comercio exterior y de las inversiones en el marco del fomento y atracción de las mismas. La Ley creaba el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones, el cual era el encargado de determinar las políticas de comercio exterior, integración, expedición de normas, etc.

En la Decisión 291 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, sobre el Régimen Común de Tratamiento a la Inversión Extranjera vigente desde 1991, pretende dar mayor apertura a las inversiones extranjeras entre los países de la Comunidad.

El Código de Orgánico de Producción, Comercio e inversiones que recientemente entró en vigencia, deroga 18 cuerpos legales, entre los cuales está la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI). Este Código trata de proporcionar reglas e incentivos de toda índole tanto a la inversión nacional como la extranjera. Este nuevo cuerpo legal contiene 236 artículos, en los cuales se establecen disposiciones para los distintos sectores de la economía. Más adelante serán detalladas algunas particularidades que contempla este Código.

CAPÍTULO V

4 ESTADO Y POLÍTICA PÚBLICA

4.1 DEFINICIÓN

Para W. Phillips Shively considera que:

La política, entonces, consiste en la toma de decisiones comunes para un grupo, por medio del uso del poder... Cualquier acto de política puede ser visto desde cualquiera de dos perspectivas, ya sea como una búsqueda cooperativa de una respuesta a problemas comunes o como un acto en el cual algunos miembros de un grupo imponen su voluntad sobre otros miembros de grupo.¹⁰¹

Para otros autores la política pública “(...) es el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental es decir, de los actos y de los “no actos comprometidos” de una autoridad pública frente a un problema o en un sector relevante de su competencia”.¹⁰²

Es decir, una política pública es una toma de decisión frente a una problemática determinada por parte de una autoridad investida de poder. Esta toma de decisión, es producto de varias iniciativas y actuaciones encaminadas a lograr resultado favorable en pro de la solución de un problema existente.

4.2 ESTADO PROTECTOR Y SUBSIDIARIO

Las políticas públicas son establecidas de acuerdo al momento histórico que atraviesan los Estados, y consecuentemente el modelo económico responde a estos cambios.

¹⁰¹ Vargas, Alejo. (1999): Notas sobre el Estado y las políticas públicas. Bogotá: Almudena Editores. p. 56-57.

¹⁰² Ibídem. p. 56.

El Estado Protector o de Bienestar es un modelo económico, que tiene como característica principal la intervención en la economía, así como la protección al bienestar social de sus habitantes, en el sentido de que intenta proporcionar distintos servicios con el fin de satisfacer las necesidades básicas de las personas. Es un modelo de carácter humanista, con eje principal en el desarrollo de políticas sociales. En cuanto a las actuaciones económicas, intenta corregir ciertos defectos del mercado, así como procura una adecuada distribución de la renta. En general, pretende que los habitantes alcancen un determinado nivel de bienestar a través de la distribución de bienes y servicios producto de la generación de recursos. Respecto a los aspectos negativos de este tipo de modelo, se dice que el Estado interviene de tal forma, que en algunos casos, la propiedad privada puede verse limitada. Además que los habitantes tienen poco control en la compra de bienes y servicios, ya que debido al “bien común” se establecen ciertas barreras que impiden la libre elección de los mismos.

Por otra parte, está el Estado subsidiario, cuya premisa pretende acercarse a la lo que se denomina la intervención mínima del Estado. Posee claros rasgos neoliberales, es decir el Estado solamente se hace cargo de aquellas actividades que por ciertos motivos económicos, estratégicos o relativos al bien común, los particulares no pueden realizar. El Estado de cierta manera incidirá en la vida de los particulares, así como también prestará servicios, pero siempre que esto no incida en la libre iniciativa privada. En el sistema neoliberal, el rol del estado es brindar seguridad, defensa y administración de las políticas y efectos negativos que genere el mercado. Por otro lado, es muy común que en este modelo se desnacionalicen los recursos naturales con la concepción de que el Estado no es un buen administrador, lo que da como resultado que temas prioritarios referentes al medio ambiente y ciertas necesidades básicas no sean cubiertas.

El Ecuador ha pasado de un sistema social de mercado a un modelo de economía social y solidaria. En el primer sistema, coexisten tanto una política

de mercado así como una política social. Mientras que en segundo modelo, la prioridad es el ser humano con gran énfasis en la responsabilidad social, que incluye servicios básicos y redistribución de la riqueza. Lo cual sería totalmente aceptable si existiría un total equilibrio entre bienestar y mercado. Tomando en cuenta que la economía se rige por principios técnicos y que los resultados de ciertos modelos son medidos en el tiempo.

En el Título XII referente al sistema económico dentro de la Constitución de 1998 del Ecuador, estaban establecidos varios artículos respecto al modelo social de mercado, es decir que lo establecido en todo lo referente al plano económico debía ir encaminado a establecer el equilibrio entre libertad de mercado y responsabilidad social, teniendo como pilar fundamental el bien común.

Alfred Müllen– Armack, autor citado por Juan Rivadeneira Frisch, en su publicación titulada “Economía Social de Mercado”, se refería al Modelo Social de Mercado como: “Un sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad social y el progreso social”.¹⁰³ En esta definición se establece la conexión indiscutible entre la libre iniciativa y la responsabilidad social, haciendo imposible la existencia del modelo si es que uno de estos dos elementos faltase.

El modelo social de mercado es una forma de concebir el funcionamiento de la economía, mediante el diseño de políticas, que permitan la coexistencia entre la libertad del mercado y el avance social. Se pretende lograr un crecimiento económico y desarrollo social.

En el Ecuador, nunca se llegó a concretar el modelo económico social de mercado, puesto que las políticas estatales no tuvieron continuidad debido a

¹⁰³ Rivadeneira FRISCH, Juan. Economía social de mercado. [publicación en línea]. Disponible en Internet: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_18854-1522-4-30.pdf?100706190336 >2009 Fundación Konrad Adenauer, Ecuador. [con acceso el 2010-09-28], p.9.

los constantes cambios de gobiernos, la inestabilidad jurídica, falta de capacitación a los funcionarios públicos y una serie de conflictos internos que dificultaban la materialización de las distintas políticas. El modelo social de mercado fue confundido con un arraigado neoliberalismo propio de los Estados subsidiarios que como fue explicado anteriormente, dan prioridad a lo privado.

El artículo 243 de la Constitución del 2008 del Ecuador, plantea el sistema económico social y solidario, el cual dice expresamente:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.¹⁰⁴

Según el Presidente de la República, el economista Rafael Correa,¹⁰⁵ el sistema económico y solidario reconoce al ser humano como sujeto y fin, además que propende una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, Estado y mercado, lo cual posibilitará el buen vivir.

El sistema económico y solidario pretende la satisfacción de las personas y no del mercado, puesto que el eje sobre el que gira cualquier actividad económica debe ir en armonía con el desarrollo social.

Ahora con el modelo de economía social y solidaria, si bien el Estado no debe aislarse de su rol social, es necesario que en el campo de las inversiones exista más consensos entre los diferentes actores, porque un Estado para materializar sus distintas políticas sociales necesita ingresos y esto no se puede lograr sino es mediante una política económica tendiente a la atracción

¹⁰⁴ Constitución del Ecuador del 2008, artículo 243.

¹⁰⁵ El modelo económico del Ecuador será el Sistema Social y Solidario. En: Ecuadorinmediato. <http://www.ecuadorinmediato.com>, (2010-08-01)

de inversiones, que contenga una serie de incentivos en pro del desarrollo económico.

4.3 LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN EL PROCESO SOCIAL Y LA TOMA DE POSICIÓN POR PARTE DEL ESTADO

Las políticas estatales responden a una realidad social, económica y política, en general a un modelo económico determinado. Para que una política estatal pueda ser pensada y posteriormente materializada necesita ser legitimada, es decir aceptada por el sector al cual va dirigido. La toma de posición del estado es evidenciada en el momento en que tanto la racionalidad técnica como política interactúan. La racionalidad política referida a la negociación entre los distintos actores de poder. Considerando que:

(...) una política pública no es una decisión aislada sino un conjunto de tomas de posición que involucran varias instituciones estatales ya sea simultáneamente o secuencialmente. Pero igualmente significa la materialización de las decisiones tomadas en términos de acciones que producen resultados sobre la situación problemática y los actores involucrados en la misma.¹⁰⁶

Alejo Vargas¹⁰⁷ expresa que los resultados de una política pública podrán ser vistos mediante la implementación de mecanismos de coordinación inter e intra burocráticos que estén direccionados a garantizar que las decisiones tomadas sean implementadas de una manera eficaz y eficiente.

Es pertinente tomar en cuenta, que una política pública no elimina totalmente una situación problemática, sino que dependerá de la intervención de los distintos actores y el ámbito en el que sea aplicada.

Para Alejo Vargas Velásquez,¹⁰⁸ las políticas estatales están compuestas por tres elementos:

¹⁰⁶ Vargas, Alejo. (1999): Op. Cit. p. 58.

¹⁰⁷ Ibídem. p. 58

¹⁰⁸ Ibídem. p. 60

- Previsión.- Las acciones estatales tienen un referente del futuro de la aplicación de la política a la situación problemática.
- Decisión.- La política pública es una decisión como respuesta a una situación problemática, en tanto se requiere escoger entre varias alternativas.
- Acción.- Las decisiones deben ser llevadas a la práctica mediante la ejecución de planes, proyectos o acciones específicas.

Para que una política pública pueda ser pensada debe atender a dos situaciones: a los problemas sociales y a las situaciones socialmente problemáticas. Los primeros, referidos a las necesidades de ciertos sectores o de la sociedad en forma colectiva, en los que el Estado establece prioridades en su accionar. Y las segundas, son los problemas sociales de alta prioridad que requieren una política pública.

Las interacciones de de las distintas instituciones de la administración pública es prioritaria en el momento de ejecutar una política pública.

Alejo Vargas Velásquez¹⁰⁹ expresa que las políticas públicas deben ser entendidas desde una contexto internacional, ya que es difícil entender que en los actuales momentos en los que cada vez más influye la era globalizadora, un país haga caso omiso del contexto internacional en que se encuentra, y mucho más frente a situaciones problemáticas.

Las políticas públicas de un país deben guardar coherencia con las nuevas tendencias mundiales, lo cual no quiere decir que se alejen de la realidad que cada uno enfrenta, pues como fue mencionado, una política debe ser legitimada y coherente con las razones que la motivó, y sobre todo deber ser puesta en práctica.

¹⁰⁹ *Ibíd.* p. 71

4.4 PROCESO EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para el diseño y la implementación de una política pública es necesaria la interacción de una serie de eventos, de actos administrativos, jurídicos financieros y organizacionales. El grado de eficiencia y eficacia de una política pública será medido por el nivel de institucionalización del proceso al interior del sistema estatal.

Alejo Vargas Velásquez ¹¹⁰ puntualiza el siguiente proceso:

- a) El inicio o surgimiento.- Es la transición que existe desde la concepción de un problema social a lo que es una situación socialmente problemática, la misma que merece una respuesta inmediata mediante la implementación de una política estatal.
- b) La formulación.- Es la toma de decisión entre las diferentes alternativas, En esta etapa, las presiones de índole política y muchas veces cultural pueden ser evidenciados. En este contexto, los actores involucrados negocian y deciden.
- c) La ejecución.- Es la implementación de las decisiones tomadas con la interacción de las instituciones interestatales.
- d) La evaluación.- Es la valoración de los resultados, efectos e impactos, para de esta forma reformular o modificar la política pública. La evaluación debe ser formativa y no sumativa, para lo cual es necesario disminuir la cultura autoritaria de la administración, ya que esto con lleva a que el funcionario público plantee respuestas para todo los problemas y esas condiciones le convierte en incapaz de aceptare errores y que los mismos se conviertan en posibilidades de aprendizaje.

¹¹⁰ *Ibíd.* p. 73

Se debe tomar en cuenta que una política pública genera incertidumbre y que nunca es estática, por tanto requiere de una planeación estratégica.

En este contexto, la idoneidad de aplicar una política de Arbitraje Internacional de Inversiones en el Ecuador, con el fin de atraer inversiones extranjeras, exige revisar la problemática que surge al tratar el tema. Por tanto, es necesario el planteamiento de ciertos cuestionamientos: ¿El Ecuador prohíbe el Arbitraje Internacional de Inversiones? ¿Arbitraje Internacional significa pérdida de soberanía jurisdiccional? ¿Las cláusulas de Arbitraje Internacional dispuestas en los tratados de promoción y protección de inversiones son un incentivo determinante para atraer inversión extranjera al país?

Con la finalidad de dar respuesta a la primera interrogante, es pertinente recurrir al inciso 1 del artículo 422 de la Constitución del 2008, que dice: “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”.¹¹¹ En esta primera parte del artículo 422, es conveniente definir lo que implica el término “comercial” y “contractual” y si dichos términos afectan a los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. El Dr. Juan Manuel Marchan en su publicación titulada: “El tratamiento del arbitraje en la Constitución ecuatoriana”, para la correcta comprensión de lo que significa “comercial” y “contractual” se remite al artículo 1454 del Código Civil,¹¹² a los artículos 2 y 3 del Código de Comercio, referentes a los comerciantes y los actos de comercio y al artículo I de Ley de

¹¹¹ Constitución del 2008. Art. 422.

¹¹² Código Civil. (2005): Artículo 1454.- “Contrato o convención es un acto por el cual una partes se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.

Modelo.¹¹³ El Dr. Juan Manuel Marchán¹¹⁴ señala que por lo establecido en la legislación ecuatoriana, la definición de lo que implica “comercial y contractual” no afecta a los tratados de promoción protección recíproca de inversiones, por lo consiguiente el inciso 1 del artículo 422 no se refiere a esta clase de tratados, debido a que éstos lo que hacen es establecer un marco general de garantías a favor de un inversionista, y más no regulan la actividad comercial o contractual.

La vía del Arbitraje Internacional de Inversiones establecida en los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones es activada si las garantías y derechos en ellos establecidos son vulnerados, más no las controversias surgidas de una relación contractual o comercial. Ahora el nuevo Código de la Producción, Comercio e Inversiones, si bien no hace una diferenciación directa entre comercio e inversiones, los está regulando de una forma especializada y de esta manera reconoce sus diferencias de tratamiento. Por ejemplo, el artículo 3 define como inversión a “la asignación de recursos a un producto nuevo o existente”, lo mismo que no tiene nada que ver con los actos de comercio establecidos en el Código de Comercio ecuatoriano. Por estos motivos legales, se podría decir que el Arbitraje Internacional de Inversiones establecido tanto en una ley como en un tratado de promoción y protección de inversiones está permitido en el Ecuador.

La segunda pregunta referente al Arbitraje Internacional y la soberanía jurisdiccional, fue expuesta en el Capítulo III, en el sentido de que la pérdida o no de soberanía jurisdiccional será en virtud del reconocimiento que hace la ley del Arbitraje.

¹¹³ Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial de 1985. Artículo I.- Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y (...)

¹¹⁴ Marchán, Juan. (2011): El tratamiento del Arbitraje Internacional en la Constitución. <http://www.usfq.edu.ec>, (2011-02-01)

La tercera pregunta referida a que si las cláusulas de Arbitraje Internacional dispuestas en los tratados de promoción y protección de inversiones son un incentivo determinante para atraer inversión extranjera al país, la respuesta a tal interrogante fue expuesta en el capítulo III, en el que se obtuvo como conclusión, que los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones en los que se incluyan cláusulas de arbitraje son incentivos complementarios y no determinantes para la atracción de inversiones al país.

Una vez contestadas las interrogantes planteadas, es necesario mencionar los efectos que trajo la aplicación del artículo 422 de la Constitución del 2008. Por una parte, sin importar de lo especificado en la legislación nacional respecto a lo que implicaba el término “comercial”, las autoridades gubernamentales han relacionado directamente la prohibición contenida en el inciso 1 del artículo 422 con los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. Por tal motivo, mediante Decreto Ejecutivo N° 1823 del 2 de julio del 2009, se denunció al CIADI. Después el Presidente de la República, Rafael Correa, denunció formalmente trece tratados suscritos y ratificados por el Ecuador con Alemania, Reino Unido-Irlanda del Norte, Finlandia, China, Suiza, Chile, Venezuela, Suecia, Estados Unidos de América, Canadá, Países Bajos, Argentina y Francia. Dicha denuncia fue enviada por el ejecutivo a la Asamblea Nacional, la misma que fue conocida por la Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional. Luego, la petición del Presidente fue remitida nuevamente al Ejecutivo, ya que el pedido de denuncia debía estar respaldado por un dictamen previo y vinculante de la Corte Constitucional, la misma que hasta el momento ha declarado la inconstitucionalidad de los tratados con “Alemania y Reino Unido- Irlanda del Norte, China, Finlandia, Suiza, Francia, Canadá, Suecia, Países Bajos, Estados Unidos de América, Venezuela y que únicamente falta el dictamen del tratado con Argentina”.¹¹⁵ Por su parte la Asamblea Nacional ha aprobado la denuncia de los tratados de inversiones con Alemania, Reino Unido e Irlanda del Norte, Francia y Suecia.

¹¹⁵ Comité Empresarial Ecuatoriano. (2010): Sobre el pedido de Denuncia a Tratados de Protección de las Inversiones suscritos por el Ecuador. www.aebe.com.ec, 2010-08-01]

Por otro lado, está el inciso 2 del artículo 422 de la Constitución, que tiene como excepción: “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”.¹¹⁶ Esta excepción genera duda respecto al alcance que se dará al término “ciudadanos”, puesto que en el derecho nacional la ciudadanía se relaciona directamente con las personas naturales y excluiría de este ámbito a las personas jurídicas. Otra de las dudas que surge, es que si la parte correspondiente a “en Latinoamérica” se refiere a que sólo los arbitrajes por controversias entre Estados y ciudadanos serán en Latinoamérica, o que si incluye para todos los arbitrajes internacionales en los que el Estado esté involucrado.

Hasta este momento, se desconoce el verdadero alcance que tiene la disposición del artículo 422, ni las verdaderas motivaciones que lo originaron. Pero es claro que el artículo 422 tiene una deficiente redacción que se presta para varias interpretaciones, que precisamente no deberían existir, puesto que se trata de una disposición contenida en el máximo cuerpo normativo del país, y que por tal concepto, debería ser clara y libre de ambigüedad en su propósito, tomando en cuenta que desde este marco legal se originan las demás leyes.

De la manera como se están suscitando los hechos, la denuncia del Convenio del CIADI junto con la idea de denunciar a los tratados que contemplen la jurisdicción del CIADI, hace deducir que el problema no radicaba en las cláusulas de arbitraje Internacional establecidas en los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, sino de forma específica en que estas controversias tengan que ser resueltas en el CIADI.

Después del estudio realizado y partiendo del hecho de que el Arbitraje Internacional de Inversiones está permitido en la Constitución, y suponiendo que las autoridades gubernamentales y legislativas no hubieren relacionado la

¹¹⁶ Constitución del Ecuador del 2008. Art. 422.

prohibición contenida en el artículo 422 de la Constitución con los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, y asumiendo el hecho que el Ecuador ya tenía compromisos internacionales materializados en esta clase de tratados, independientemente de que sean o no incentivos determinantes para la atracción de inversión extranjera, hubiese sido recomendable que frente a esta realidad, el país en lugar de tomar la decisión de denunciarlos, hubiera podido renegociarlos, en virtud de los preceptos constitucionales, porque precisamente este tipo de actuaciones hacen que el riesgo país aumente, por la incapacidad del Estado ecuatoriano a cumplir compromisos internacionales. Sin embargo, los resultados de las decisiones del gobierno no podrán ser observados en la actualidad, ya que los tratados tienen cláusulas de remanencia que les dan vigencia por un periodo de 10 o 15 años después de que éste sea denunciado.

4.5 ESTADO COMO AGENTE DE DESARROLLO EN LA MATERIALIZACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El Estado como un agente de desarrollo debe potencializar la implementación de políticas públicas estratégicas principalmente en el campo de las inversiones, porque uno de los factores que determinan el crecimiento económico de un Estado es el nivel de inversiones que posee. Dependiendo del modelo económico adoptado por los Estados, se toman una serie de decisiones que son materializadas a través políticas públicas, las que están enmarcadas dentro de los principios establecidos por cada modelo.

El sistema económico social y solidario planteado por Ecuador en la Constitución del 2008, exigió el replanteamiento de una serie de políticas, entre las cuales se encuentran las de inversión. Con el fin de crear un clima favorable para la inversión, se ha estado estableciendo un marco legal sobre la base los principios constitucionales.

Las políticas públicas de índole económica son las que involucran específicamente temas referidos a la atracción de inversiones. Las políticas de atracción e incentivo de inversiones están directamente relacionadas con las distintas concepciones ideológicas de las autoridades que ostentan el poder, las mismas que han establecido un plan de desarrollo en el que están involucrados distintos actores que hacen que dichas políticas tengan plena funcionalidad y vayan vinculadas a las realidades sociales, políticas y económicas de los países.

Si bien el objetivo alrededor del cual gira la temática de la presente investigación no es analizar la política actual de inversiones en el país y al ser el Arbitraje Internacional de Inversiones considerado como un incentivo complementario para la atracción de inversiones extranjeras, es oportuno hacer mención de algunos aspectos que en la nueva política de inversiones el Ecuador pretende poner en marcha.

Dentro de las políticas de incentivo de inversiones, las autoridades gubernamentales sobre la base de principios constitucionales pretenden dar varios lineamientos para la reforma al marco normativo, entre las que se encuentran:

...la revisión y simplificación del régimen tributario y arancelario, la eliminación de una serie de barreras para-arancelarias, la eliminación de los regímenes precarios de contratación laboral como la intermediación y la tercerización, la simplificación de trámites burocráticos, estableciéndose la obligación de hacer públicos los procedimientos administrativos.¹¹⁷

El objetivo de atraer inversión extranjera debe estar acorde con las 4 éticas definidas por el Gobierno Nacional: “Ética con el empleado, ética con el consumidor, ética con el medio ambiente, ética tributaria”.¹¹⁸

¹¹⁷ Ministerio de Industrias y Productividad. (2010): La reorientación del Régimen Legal Nacional de las Inversiones: perspectivas Parámetros de Inversión extranjera. <http://www.micip.gov.ec>, (2010-12-01)

¹¹⁸ *Ibidem*.

El Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones que entró en vigencia el 29 de Diciembre del 2010 y derogó 18 cuerpos legales que protegían a las inversiones, tiene su base y fundamento en los numerales 2, 15, 16, 17, 26 y 27 del artículo 66; artículo 275; el numeral 2 del artículo 276; el numeral 5 del artículo 281; los artículos 283, 284; los numerales 1, 2 y 3 del artículo 285; los artículos 306, 319, 320, numeral 1 del artículo 334; los artículos 335, 336, el numeral 6 del artículo 304 de la Constitución del Ecuador; así como en el Objetivo número 11 del Plan Nacional para el Buen Vivir.

Los artículos antes mencionados, son enunciados en los Considerandos del Código de Producción, Comercio e Inversiones. De manera general, estos artículos toman como planteamiento el sistema económico social y solidario, reconociendo al ser humano como eje de toda política económica, propendiendo una relación dinámica y equilibrada entre mercado, sociedad y Estado en armonía con la naturaleza; se plantea la democratización de los medios de producción con el fin de superar la pobreza; el financiamiento a los pequeños y medianos productores priorizando la producción nacional; se abre un panorama de incentivos tributarios y se hace énfasis en el impulso de las exportaciones ambientalmente responsables que involucren un valor agregado.

El Código de Producción, Comercio e Inversiones regulará el proceso productivo en todas sus etapas, lo cual podría originar inconvenientes ya que como varios analistas lo han manifestado, el hecho de reunir en solo cuerpo legal temas tributarios, aduaneros, laborales, de comercio exterior, comercio justo, etc., originarían ciertos vacíos e inconvenientes en el momento de su aplicación.

El Código de la Producción, Comercio e Inversiones es un marco legal en el que se incluyen varios incentivos impositivos y económicos. Los artículos 23 y 24 establecen los incentivos de orden tributario, tales como reducción gradual de tres puntos en el impuesto a la renta, un punto cada año, para lo cual no se requiere que se firmen los contratos de inversión; exoneración del impuesto a

la renta, educaciones, etc. Y en el campo administrativo, la simplificación de los trámites mediante bases automatizadas.

Entre los aspectos que vale la pena resaltar, es el énfasis que se da al tema ambiental y humano. Además que se reivindica la importancia del sector privado, y de su necesaria e indispensable comunicación y coordinación con el sector público, para de esta forma cumplir con la política de desarrollo sustentable.

Según las autoridades gubernamentales, el Código suple a los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, puesto que contienen principios de no discriminación y varios derechos. Sin embargo, los tratados tienen términos que tienen alcances más amplios que los establecidos en el Código, ya que estos tratados son instrumentos de protección exclusiva para los inversionistas, en donde se encuentran establecidos los mecanismos a los cuales podrían recurrir en caso de ser afectados por cualquier decisión que tome el Estado y que vayan en desmedro de los derechos y principios contemplados en los tratados. Precisamente este último aspecto, es el que omite el Código de Producción, Promoción, Producción e Inversiones, puesto que no establece la responsabilidad del Estado frente a la vulneración de los principios de trato no discriminatorio, derechos de propiedad, y demás derechos contemplados en el Código. Tanto en el Código de la Producción, Comercio e Inversiones como en el borrador de su Reglamento están establecidas solamente las infracciones y sanciones para los inversionistas, por ende sería recomendable que en el Reglamento del Código se establezcan los mecanismos y los órganos ante los cuales el inversionista podría acudir en caso de que sus derechos se vean afectados por decisiones arbitrarias del Estado, ya que si bien los contratos de inversión podrían contemplar tal posibilidad, no todos los inversionistas tendrán la posibilidad de firmar dichos contratos, ya que para firmarlos se fijará un monto específico de inversión.

Dentro del Código de Producción, Comercio en Inversiones, los contratos de inversión, cobran un papel primordial en la política de inversiones que plantea el gobierno.

Según la Publicación de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Comercio, titulada “Incentivos”, el contrato de inversión es:

(...) aquel concertado entre un inversor y un país receptor (...) pueden incluir no solo una ayuda fiscal y financiera sino también incentivos basados en la reglamentación (...) El Estado que es parte en un contrato puede establecer en éste un régimen jurídico especial para la inversión que sea más favorable al inversor que el marco regulador “normal”(...) estas cláusulas de estabilización de acuerdo con las cuales el Estado se compromete, por ejemplo a no enmendar la legislación vigente en perjuicio del inversor extranjero (...).¹¹⁹

Según el artículo 25 del Código de Producción, los contratos de inversión son contratos firmados a iniciativa del inversionista y son suscritos entre éste y Estado, se materializarán mediante escritura pública, en el que se hará constar el tratamiento a la inversión según lo que establece la Constitución, el Código y su Reglamento. Tendrán una vigencia de 15 años, lo mismos que serán prorrogables por 15 años más. El Consejo Sectorial de la Producción establecerá los parámetros que deberán cumplir las inversiones que soliciten someterse a este régimen. La existencia de un contrato de inversión no implicará una limitante de aplicación de actos de regulación y control por parte del Estado a través de las entidades competentes.

Las ventajas y desventajas de los contratos de inversión podrán ser observadas en el tiempo. Y posiblemente sus implicaciones se harán evidentes en el momento que surjan desavenencias. Los contratos de inversión tienen derechos contractuales que están claramente especificados en el contrato y en la legislación nacional aplicable de acuerdo con las características de la inversiones, lo que quiere decir que el Estado establecerá

¹¹⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. (2004): Incentivos. Publicación de las Naciones Unidas ISBN 92-1-312307-8. Suiza. p. 59. [<http://books.google.com.ec>, (2010-03-20)]

sus propias condiciones y las implicaciones de cada una de las cláusulas, es decir el Estado ya no va ser sujeto a un modelo internacional preestablecido. En el Código se especifica que los contratos no serán limitantes para que el Estado realice controles y regulaciones en el ámbito de la inversión, lo mismo que podría ser considerado como una ventaja, puesto que los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones constituirían obstáculos para que el Estado realice cualquier tipo de regulación. Además que el incumplimiento contractual origina la responsabilidad del estado receptor de acuerdo con su propia legislación y no responsabilidad internacional como la que originan los tratados de promoción y protección de inversiones. La capacidad del Estado para cumplir con los compromisos pactados en el contrato, será el determinante para atraer mayores niveles de inversión al país. Una de las desventajas, es que los contratos de inversión de la forma como los concibe el Estado, no sean suficiente incentivo para los inversionistas y que realmente no logren superar las expectativas que generan los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. Actualmente están pendientes de suscribir los contratos de inversión con “OCP S.A., Machala Power Cía. Ltda, Termoriente Cía. Ltda. Quiport S.A., Grünenthal Ecuatoriana Cía. Ltda, General Motors S.A., Hidroabánico S.A”.¹²⁰ Estos contratos de inversión tenían como centro de solución de controversias al CIADI, en la actualidad están suspensos hasta que no sea aprobado el Reglamento del Código de la Producción, Comercio e Inversiones.

Aspecto que merece relevancia dentro de los contratos de inversión son los mecanismos de solución de conflictos. El artículo 27 del Código establece que en los contratos de inversión se podrán pactar cláusulas de arbitraje para la resolución de controversias. En el caso de suscitarse una controversia, la vía administrativa deberá ser agotada, posteriormente se intentará arreglar de una manera amistosa con diálogo directo en el término de 60 días. Si no se llega a solucionar la controversia por la vía amistosa, deberá existir una instancia

¹²⁰ Ministerio de Industrias y Productividad. (2010): La reorientación del Régimen Legal Nacional de las Inversiones: perspectivas Parámetros de Inversión extranjera. <http://www.micip.gov.ec>, (2010-12-01)

obligatoria mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas. Si persiste la controversia el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. El Tribunal decidirá en derecho, según la legislación ecuatoriana. Si después de los 6 meses de que se agotó la vía administrativa, las partes no hubieren llegado a ningún acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral, se someterá el conflicto a la justicia ordinaria nacional. Haciendo énfasis que no se someterán a arbitraje asuntos tributarios.

Como se puede percibir, al arbitraje se llega después de una serie de fases, que es muy posible que sean poco eficaces, principalmente por las etapas de diálogos directos y negociación, seguida por una etapa de mediación, ya que si en la primera etapa que duró 2 meses no se logró un acuerdo, es muy poco probable que las partes puedan solucionar sus diferencias en una mediación de 3 meses, puesto que cuando surge una fallida negociación las partes van a estar predispuestas más a la litigiosidad que a buscar una solución.

Además, el establecer que el Tribunal decidirá en derecho según las leyes ecuatorianas, puede llevar a la interpretación que el arbitraje internacional y nacional debe someterse a la ley ecuatoriana, sin importar el lugar en el que se lleve a cabo el arbitraje. En el arbitraje internacional sería ineficaz dicha disposición ya que existen instrumentos internacionales en los cuales las partes podrían apoyar el procedimiento arbitral. Al respecto existen varias discrepancias entre las autoridades gubernamentales, puesto que varios de ellos están de acuerdo en que el arbitraje debe llevarse dentro de la región y otros concuerdan en que se podrían optar organismos externos como la Cámara de Comercio Internacional.

En el 2007, con motivo de la reunión de los países del Alba, Bolivia, Nicaragua y Venezuela anunciaron su retiro del CIADI, pero solo Bolivia ratificó dicha denuncia. Más adelante, el 2 de julio del 2009, Ecuador denunció al Convenio

del CIADI y está manteniendo una política de denuncia de los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones; mientras que Bolivia está llevando la política de renegociación de dichos tratados. En la esfera sudamericana los países miembros de la Unión Suramericana de Naciones (Unasur) evaluaron la posibilidad de constituir un tribunal de arbitraje regional que evite a los Estados acudir ante el CIADI o a otras instancias arbitrales internacionales. En la actualidad la idea todavía está siendo estructurada.

Las experiencias de América Latina en relación a temas de Arbitraje Internacional han sido similares en cuanto han acumulado demandas arbitrales ante el CIADI. Argentina, con 34 demandas a lo largo de su historia, y con 4 casos¹²¹ pendientes, es considerado el país con mayor número de demandas registradas ante el CIADI, el mayor número de demandas se originaron debido a la emergencia económica del 2002. Venezuela en la actualidad tiene 13 casos¹²² pendientes, la mayoría de ellos por expropiaciones y estatizaciones. Y Bolivia tiene 2 casos¹²³ por resolver. Actualmente Venezuela es la más afectada por los constantes demandas internacionales, que no dejarán de cesar hasta que el Gobierno del Presidente Hugo Chávez detenga su política de expropiaciones, lo cual es criticable desde el punto de vista que en caso que las compañías llegasen a tener laudos favorables, las indemnizaciones hundirían al Estado venezolano en una profunda crisis económica.

Desde otra perspectiva están países como Perú y Colombia, que a pesar de ser tan parecidos y cercanos a Ecuador distan en gran medida de la realidad que están atravesando Venezuela, Ecuador y Bolivia. Todo esto porque Perú y Colombia tienen una política expansionista comercial y de inversiones, considerando que han firmado acuerdos de libre comercio con Estados Unidos, la Unión Europea, y un acuerdo para la expansión de nuevos mercados en Asia

¹²¹ International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). (2011): Cases. <http://icsid.worldbank.org>, (25-03-2011)

¹²² *Ibidem*.

¹²³ *Ibidem*.

y el Pacífico. Dentro de este mismo contexto, tienen una política abierta hacia el arbitraje internacional, tratados de inversiones y contratos de inversión.

En el Ecuador hubiera sido favorable el establecer una política de Arbitraje Internacional de Inversiones, porque si bien ya se contaba con los tratados de promoción y protección de inversiones, hubiera sido idóneo aprovechar la oportunidad histórica que tuvo el país de conformar una nueva Constitución, en la que se acepten libremente y sin ningún tipo de reparo el Arbitraje Internacional, y en la que se obligue a renegociar todos aquellos tratados que no vayan acorde a los principios y derechos supremos constitucionales.

En este punto, muy independientemente de que las cláusulas de resolución de conflictos contenidas en un tratado de promoción y protección recíproca de inversiones no sean incentivos determinantes para la atracción de inversión extranjera, son indudables las ventajas del Arbitraje Internacional como son: la neutralidad y la flexibilidad, reconocimiento internacional de laudos arbitrales, idoneidad de árbitros, especialidad del arbitraje y confidencialidad.

El Arbitraje Internacional de Inversiones al ser un mecanismo que se accede mediante un tratado o una ley, y frente a la hostilidad de las autoridades ecuatorianas frente a los tratados de promoción y protección de inversiones, este tipo de arbitraje podría encontrar cabida en una Ley, en la que el Estado ofrezca de forma anticipada el consentimiento unilateral del Estado para someterse a un arbitraje Internacional regional, de esta manera los inversionistas que no alcancen el monto de inversión como para suscribir un contrato de inversión con el Estado, podrían sujetarse a lo establecido en esta Ley. Pero esta decisión debería ser tomada con plena responsabilidad y conocimiento de que no necesariamente con la aplicación de este incentivo, la inversión extranjera va a aumentar de una forma acelerada, ya que ésta responde a la confluencia de una serie de factores, entre los cuales se encuentran: la estabilidad política, una adecuada administración de justicia, seguridad ciudadana, infraestructura, cumplimiento de obligaciones

internacionales, entre otras. Una política adecuada en Arbitraje Internacional de Inversiones involucraría necesariamente una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, principalmente en el tema de medidas cautelares, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, en general es necesario que la Ley de Arbitraje y Mediación guarde armonía con los distintos instrumentos internacionales que en materia de arbitraje haya ratificado el Ecuador.

CAPÍTULO V

5 CASOS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ECUADOR

Dentro de la presente investigación, fue preciso acudir a la Procuraduría General del Estado, lugar en que se pudo obtener varios casos de Arbitraje Internacional en el que Ecuador es uno de los protagonistas principales. De los múltiples procesos revisados fueron escogidos: El de *Occidental Exploration and Production Company v. República del Ecuador* por IVA Petrolero, el de *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador* por caducidad del Contrato y por último el de *EnCana Corporation v. República del Ecuador* por IVA Petrolero.

Los tres casos que serán expuestos a continuación, fueron escogidos porque constituyeron el punto de partida de varias críticas tanto a la institución del Arbitraje Internacional como a los Tratados Bilaterales de Inversiones.

Mediante la exposición de los casos se podrá comprender de una mejor manera la implicación de las obligaciones de los Tratados Bilaterales de Inversión, así como del procedimiento arbitral internacional.

5.1 CIADI: CASO ARBITRAL Nº UN 3467: OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. REPÚBLICA DEL ECUADOR IVA PETROLERO

ANTECEDENTES

OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY (“OEPC” o “La Compañía”), es una compañía estadounidense que inicialmente celebró un contrato de servicios con la empresa estatal Petroecuador para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15 de la Región Amazónica

ecuatoriana, por el cual el Estado reembolsaba la totalidad de las inversiones, es decir los costos y gastos, montos en los cuales estaba incluido el IVA, más una tasa de servicios. Posteriormente, el 1 de julio de 1999, los contratos de servicios fueron reemplazados por Contratos de Participación, en el que la Compañía asumía los riesgos de la inversión, costos y gastos, e incluido IVA a cambio de una participación expresada en un porcentaje de la producción de petróleo descrita como Factor X. Este nuevo tipo de contrato fue posible debido a la reforma a la Ley de Hidrocarburos en 1993.

Tanto el Contrato de Servicios como el Contrato de Participación estaban regidos por la Ley de Régimen Tributario Interno; y en cuanto al tratamiento del IVA, en los dos contratos el IVA era tratado como costo.

Las cláusulas 8.6 y 11.11 del Contrato de Participación estaban referidas a la estabilidad económica del Contrato, las mismas disponían, que en caso de una eventual modificación del régimen tributario o de la participación laboral posterior a la firma del Contrato, en los porcentajes de participación sería incluido un factor de corrección, que permitía que OECP solicitara los reajustes en los porcentajes de participación.

HECHOS

El SRI, a través de varias “Resoluciones de Concesión” otorgaba créditos tributarios y devoluciones de los pagos de IVA a las compañías petroleras. Esta política duró hasta mediados del 2001. Sin embargo, el 28 de agosto de 2001, el SRI emitió la Resolución No. 664, la cual rechazó la solicitud de devolución del IVA hecha por OEPC respecto a los períodos de octubre a diciembre de 2000 y de enero a mayo de 2001. Lo cual estaba fundamentado en que el reembolso del IVA no le correspondía conforme al artículo 69A de la Ley de Régimen Tributario Interno, y que dicho impuesto ya había sido incorporado dentro de los costos y gastos de inversión y por lo tanto fue reembolsado automáticamente a través del Factor X del Contrato.

Posteriormente la Resolución 234 del 1 de abril del 2002 anuló las Resoluciones de Concesión, y ordenó que OEPC reintegre los montos antes devueltos con los intereses correspondientes. Más adelante, fueron emitidas la Resolución 406 del 31 de enero del 2003 y la Resolución 026 del 6 de marzo del 2003, las mismas que de igual manera negaban otras devoluciones del IVA a OEPC.

Las declaraciones que OEPC efectuaba no registraban crédito tributario hasta Diciembre del 2001. Todo el IVA pagado había sido declarado como anexos de costos. En enero del 2002, aparece una declaración con saldo acumulado a favor de OEPC por concepto de crédito tributario. Es decir que las declaraciones que realizó por las compras realizadas, no las registró como crédito tributario durante el periodo de dieciocho meses hasta enero del 2002. Todo esto, condujo al SRI a concluir que el IVA por las compras estaba incluido dentro del costo del Contrato.

El Artículo 65 de la Ley de Régimen Tributario Interno que estuvo en vigencia hasta el 30 de abril de 1999, contemplaba un crédito tributario del IVA a todos los productores de bienes producidos para el mercado interno o para exportación en el IVA pagado en la compra de bienes y servicios. El 30 de abril de 1999, el Artículo 69A también entró en vigencia, según el cual las devoluciones se limitan a los manufactureros orientados a la exportación.

La tasa de IVA a la firma del Contrato era del 10%. El 18 de noviembre de 1999, al aumentarse la tasa del IVA del 10% al 12%, se agregó el Artículo sin número, después del Artículo 55 de la Ley Tributaria lo cual confirma el derecho de los exportadores a una devolución de impuestos, puesto que, como se ha señalado, este derecho ya ha sido previsto en el Artículo 65 de la Ley Tributaria.

OEPC inició cuatro juicios en el Tribunal Fiscal Distrital No. 1 de Quito, en el que objetaba cada una de las Resoluciones de Negación antes mencionadas, sobre la base de que ellas violaban los Artículos 65 y 69A de la Ley Tributaria.

En opinión del SRI, y Ecuador, la nueva política estaba justificada sobre la base de que el Factor X fue calculado de tal manera en que en él estuviera incluido dicho reembolso del IVA.

DEMANDA

El 11 de noviembre de 2002, OEPC decidió acudir a un arbitraje internacional argumentando que, Ecuador incumplió sus obligaciones contempladas en el Tratado y el Derecho Internacional, principalmente las referidas a: a) trato justo y equitativo; b) trato no menos favorable que el otorgado a los exportadores ecuatorianos; c) el de no de afectar a través de medidas arbitrarias o discriminatorias la administración; y, c) el de no de expropiación a la inversión. En particular, se reclamaba que una expectativa económica legítima en la cual se basaba la inversión ha sido afectada por las medidas adoptadas.

El arbitraje se llevó a cabo bajo la Ley Modelo Uniforme para el Arbitraje Internacional de las Naciones Unidas (CNUDMI). El 12 de septiembre de 2003 el Demandado planteó objeciones en cuanto a la jurisdicción y admisibilidad.

Ecuador objetó varios puntos: En primer término, el de la bifurcación de la vía, ya que OECP acudió previamente a los Tribunales nacionales, lo mismo impedía que en lo posterior acuda a la jurisdicción local; en segundo término, que las reclamaciones respecto a medidas fiscales están impedidas conforme al Artículo X del Tratado, ya que este último se refería cuestiones tributarias específicamente enunciadas como son los acuerdos o autorización de inversión, transferencia de fondos y expropiación. Y en el caso de que estas categorías estuviesen incluidas, el Tratado preveía ciertas cuestiones relativas a la discriminación, trato justo y equitativo, protección y seguridad completas y

otras garantías; y por último, en que no había existido expropiación, por lo cual argumentaba que la demanda no era admisible.

El Tribunal procedió a resolver las objeciones de la demanda. Sobre la bifurcación de la vía, afirmó que el Contrato de Participación calificaba como un “acuerdo de inversión” según el Tratado; y que se está sujeto a lo contemplado en el Artículo II (3) (b) del Tratado, el cual prevé el sometimiento al arbitraje por las medidas arbitrarias o discriminatorias incluso si el demandante ha recurrido a las cortes o los tribunales administrativos del Demandado. Y que el mecanismo de “bifurcación en la vía” no procedía, puesto que éste supone que el inversionista tenía que elegir entre vías alternativas, lo cual no sucedió ya que el inversionista no tuvo una opción real de elegir. En relación con el tratamiento justo y equitativo enunciado en párrafo 1 del Artículo X del Tratado sobre cuestiones tributarias es igual que la obligación de tratamiento justo y equitativo incluida en el Artículo II, según los cuales el Estado anfitrión de la inversión tiene la obligación de otorgar justicia y equidad en relación a las políticas tributarias concernientes al tratamiento de la inversión. En este mismo contexto, el Tribunal afirmó que la disputa tuvo sus orígenes en el Contrato ya que se disputaba el hecho de que si el reembolso del IVA estaba efectivamente incluido en el Factor X. Por lo tanto el Tribunal llegó a la conclusión de que la cuestión tributaria asociada con un acuerdo de inversión y que en este caso el Contrato es fundamental para la disputa, por lo consiguiente tenía jurisdicción para considerarla.

El aspecto de la expropiación, fue tratado como un punto a resolver dentro de los fundamentos de la demanda, respecto al cual el Tribunal expresó que una expropiación no necesitaba involucrar la transferencia del título sobre una propiedad determinada, la cual era la característica distintiva de la expropiación según el Derecho Internacional. El Tribunal sostuvo que el Demandado no adoptó medidas que se podrían considerar como equivalentes a la expropiación directa o indirecta. De hecho, no ha habido privación alguna del uso o beneficio económico de la inversión, ni tampoco medidas que afecten una parte significativa de la inversión.

En relación a la violación del Tratamiento Menos Favorable y Trato nacional, el Demandante sostuvo que Ecuador devolvía el IVA a varias compañías que exportaban productos no manufacturados, tal era el caso de las flores, minería, productos marinos, madera, banano, aceite de palma africana. Dentro de este contexto, el Demandante afirmaba que el significado de “en situaciones similares” involucraba a compañías de todos los sectores y solamente a los que correspondían al mismo sector como lo afirmaba el Demandado. El Tribunal decidió sobre estos puntos, tomando en cuenta la definición de “productos similares” en relación al Trato Nacional dado por el GATT / OMC, la cual consistía en que se entenderían por productos similares solo a aquellos sustituibles y competitivos, lo cual difería del enfoque que se le había dado en la disputa respecto a lo que se conoce en “situaciones similares” establecido en el Tratado, ya que el propósito de trato nacional en éste consistía en evitar que en mercados extranjeros los exportadores no se enfrenten con desventajas por impuestos indirectos establecidos en los países de origen, es decir estaba aplicado a todos los exportadores que compartieran las mismas condiciones.

Dentro de este mismo tema, Tribunal no estuvo de acuerdo con el SRI de que solamente se otorgara el derecho a una devolución de impuestos a los exportadores de bienes involucrados en actividades como la minería, pesca, madera, bananas y aceite de palma africana y no a la industria petrolera.

A opinión del Tribunal, estos acontecimientos llevaron a que OEPC recibiese un tratamiento menos favorable que la que se otorgaba a las compañías nacionales.

El Tribunal decidió que en relación al tratamiento justo y equitativo, el Estado anfitrión debería haber proporcionado un marco estable a la inversión para asegurar sus ganancias. El Tribunal concluyó que como el marco legal establecido fue cambiado por las acciones del SRI, el Estado anfitrión no cumplió con esta obligación.

CONSIDERACIONES FINALES

El Tribunal concluyó que el reembolso del IVA no fue incluido en el Contrato de OEPC ya que no existe prueba alguna que demuestre lo contrario. Además determinó que se ha incumplido con la obligación de otorgar a OEPC un tratamiento no menos favorable de acuerdo con el estándar de trato nacional, así como también a ha incumplido su obligación con respecto al tratamiento equitativo.

En relación a los montos devueltos por concepto de IVA por las Resoluciones de Concesión no podían ser nuevamente reintegrados, puesto que dicho reembolso, no estaba incluido en el Contrato. El Tribunal modificó parte del IVA cuya devolución fue solicitada ya que el Demandado planteó objeciones en cuanto a los documentos que respaldaban dicha devolución.

Más allá de que si efectivamente correspondía la devolución de IVA, la importancia radicaba, en que si la inversión se desarrolló en un marco legal estable idóneo para la inversión y expansión de sus negocios de acuerdo con el Derecho Internacional.

Entre los factores determinantes que dieron origen a la disputa se encuentran: la constante contradicción en las leyes internas y su falta de armonía con las leyes internacionales, así como también la falta de preparación de los funcionarios en la negociación de los contratos, el desconocimiento y falta de comunicación entre distintas autoridades. Todo esto generó desconfianza e inseguridad, ya que un inversionista espera como regla general, que el marco legal con el que se pactó las condiciones de los contratos sea mantenido, y que se prevean las posibles soluciones frente a los cambios de legislación, sin que esto pueda accionar la vía del Arbitraje Internacional.

Entre las principales objeciones de Ecuador fue que el Artículo referido a las cuestiones tributarias, que excluía una posible reclamación por concepto de

IVA, lo cual tuvo varias interpretaciones tanto del Tribunal como de las partes, debido a la generalidad de la norma.

Es importante destacar que los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones tienen algunas falencias como son aquellos conceptos muy generalizados respecto a las normas de tratamiento, los cuales producen ambigüedades y confusión, y que dan al inversionista suficientes motivos para que por cualquier razón, tengan derecho de recurrir a la vía del arbitraje internacional, por supuestas violaciones a los tratados de promoción y protección de inversiones. Todo esto ha sucedido porque varios de estos Tratados no han sido producto de la negociación, sino de la imposición de modelos preestablecidos y también porque las personas involucradas en las negociaciones de dichos tratados, no consideraron intereses mutuos, ni las realidades sociales y económicas de cada Parte.

Todo esto no debe ser entendido como que los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones son negativos, ni mucho menos que afectan la libre determinación de los pueblos, por lo contrario, un Tratado bien negociado, con definiciones y disposiciones claras referentes a las normas a utilizarse, constituyen una de las expresiones más soberanas que un Estado puede tomar, en el marco de la comunidad internacional.

5.2 CIADI: CASO ARBITRAL N° ARB/06/11: OCCIDENTAL PETROLEUM CORPORATION AND OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY V. REPUBLIC OF ECUADOR (CADUCIDAD DEL CONTRATO)

ANTECEDENTES

Mediante el Contrato de Participación y de los “Acuerdos Operativos” conexos relacionados a los yacimientos unificados de Edén-Yuturi y Limoncocha, se

otorgó a OEPC el derecho exclusivo de realizar actividades de exploración y explotación en el “Bloque 15” de la Amazonía ecuatoriana.

HECHOS

OEPC celebró dos acuerdos (“el Acuerdo de Farmout de AEC” y el “Acuerdo Operativo de AEC”, en conjunto “los Acuerdos de AEC”) con City Investing Company Ltd. (ahora conocida como AEC Ecuador Ltd., “AEC”), filial de EnCana Corporation en octubre de 2000, OEPC.

En virtud de los Acuerdos de AEC, OEPC y AEC realizaron una transacción en dos fases. En la primera fase, OEPC otorgó a AEC un interés económico del 40% en la proporción de la producción del Bloque 15 que obtenía OEPC en virtud del Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos. Y AEC se obligó a pagar a OEPC varias sumas anuales determinadas a lo largo de un período cuatrienal, como aporte al financiamiento de inversiones de capital en el Bloque 15, y el 40% de los costos operativos incurridos por OEPC. El “Acuerdo de Farmout” de AEC establecía que OEPC se obligaba a dar en arriendo y transferir a AEC un interés económico del 40% (‘el interés de Farmout’) en la Propiedad sujeta a Farmout. El interés de Farmout que tenía que transferirse a AEC no incluía título jurídico nominal. OEPC seguía siendo la propietaria del 100% del título jurídico a los Acuerdos del Bloque 15. En la segunda fase, una vez que AEC hubiera realizado todos los pagos preceptivos al final del período cuatrienal, y sujeto a que OEPC hubiera obtenido las aprobaciones gubernamentales necesarias, OEPC transferiría a AEC título jurídico.

El 1 de noviembre de 2000, OEPC emitió un comunicado de prensa en que anunciaba a los Acuerdos de AEC y también confirmaba que OEPC seguiría siendo la operadora del Bloque 15 y que AEC recibiría un interés económico del 40% en las operaciones. En el 2001, Oxy consultó al Ministro de Energía, sobre la posibilidad de firmar el farmout agreement sin la necesidad de solicitar

el debido permiso al Estado, a lo cual el Ministro de Energía de ese entonces, respondió que si bien se podía firmar un acuerdo, no se podían ceder derechos, ya que para que esto suceda se tendría que pedir la debida autorización.

El número 11 del artículo 74 de la Ley de Hidrocarburos que regía el contrato en el 2006, decía claramente que el Ministro del Ramo “podría” declarar la caducidad del contrato, en caso de que el contratista haya traspasado derechos o celebrado contratos privados para la cesión de derechos. El ‘farmout agreement’ no incluía que EnCana participara en la operación del bloque, sino que sea una especie de socio no operador del bloque, para lo cual tenía que pedir autorización al Estado.

El 24 de agosto de 2004, el Procurador General del Ecuador ordenó al Ministerio de Energía y Minas que diera por terminado el Contrato de Participación y los Acuerdos Operativos a través de una declaración de caducidad. El 8 de septiembre de 2004, se dio paso a los procedimientos de caducidad por supuestos incumplimientos del Contrato de Participación, entre la causas que los originaron constaban: Que OEPC había transferido a AEC sin aprobación ministerial derechos y obligaciones previstos en el Contrato de Participación; que no había invertido las sumas mínimas requeridas conforme al Contrato de Participación, y que continuamente se estaba sobreexplotando el bloque 15. El 15 de mayo de 2006 el Ministro de Energía y Minas notificó a OEPC su decisión de dar por terminado el Contrato de Participación declarando su caducidad.

DEMANDA

El procedimiento arbitral fue iniciado el 17 de mayo de 2006 por las Demandantes, Occidental Petroleum Corporation (“OPC”) y Occidental Exploration and Production Company (“OEPC”), contra la República del Ecuador. El arbitraje fue iniciado por supuestos incumplimientos del Contrato

de Participación celebrado el 21 de mayo del 1999, para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15” de la Amazonia. Adicionalmente se acusaba a Ecuador por haber violado la legislación interna, el derecho internacional y al Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre Ecuador y Estados Unidos. OPC y OEPC exigen entre los principales puntos que se declare la nulidad del Decreto de Caducidad y que se restablezcan los derechos de OEPC.

Ecuador propuso excepciones a la competencia del Tribunal, entre las principales, estaba el supuesto de que en la cláusula 21.4 del Contrato de Participación se excluía a la caducidad del ámbito del arbitraje, lo cual era contemplado como un principio jurídico ecuatoriano según el cual, los decretos de caducidad poseen una presunción de legalidad, y sólo podían impugnarse ante los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos. Sin embargo, la Cláusula 21.4 no se pronunciaba respecto de los procedimientos a ser usados para solucionar las controversias que surjan de una declaración de caducidad. Adicionalmente, que en la Constitución ecuatoriana de 1998 se le otorgaba competencia exclusiva a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para revisar los actos unilaterales de la administración. Por lo consiguiente, los demandantes tenían que plantear un recurso de nulidad del Decreto ante los Tribunales locales. Como algo adicional se basó en el artículo 22.2.1 del Contrato de Participación, la cual establecía que en caso de controversias que pudieran surgir de la aplicación del Contrato, el Contratista de acuerdo con la ley ecuatoriana, renunciaba de manera expresa a utilizar la vía diplomática o consular, o a recurrir a cualquier órgano jurisdiccional nacional o extranjero no previsto en el Contrato, o cualquier tipo de arbitraje no previsto en el Contrato. Por lo tanto, aquel arbitraje en materia de caducidad no se encuentra reconocido. Por tanto, en la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación OEPC renunció de manera clara al arbitraje con respecto a asuntos sobre caducidad.

Las Demandantes alegaron que ni la Cláusula 21.4 ni la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación excluyen del arbitraje las diferencias relativas a la caducidad y que sus reclamaciones están basadas primordialmente en el Tratado. Todo esto en virtud de lo dispuesto por el Artículo VI.2 y en el Artículo VI.3.

Según el Tribunal, la cláusula 22.2.1 no contiene disposición relativa a que las diferencias relacionadas con la caducidad pudieran ser sometidas ante los tribunales de lo contencioso administrativo y que el Tribunal no podía interpretar una cláusula confusa como una renuncia implícita y que el silencio en tal sentido no era suficiente. Respecto a la Cláusula 21.4, no se indicaba la intención de las partes en excluir la posibilidad de acudir a un arbitraje en caso de caducidad; y que la Sección 21 en la que está incluida la Cláusula 21.4, está dedicada a las causas por las que el Contrato podría llegar a su fin. Por lo tanto el Tribunal concluyó que la Cláusula 21.4 no tiene como objeto excluir de la jurisdicción del CIADI las diferencias sobre caducidad. Y que en el Tratado, la Demandada consintió expresamente que las diferencias se sometieran a un arreglo a través de arbitraje. Por otra parte, en el Artículo 163, la Constitución del Ecuador de 1998 reconocía que los tratados internacionales ratificados prevalecen sobre las leyes del país. De lo cual el Tribunal se declaró competente para conocer las reclamaciones.

CONSIDERACIONES FINALES

En el Contrato si bien no se establece de una manera clara la exclusión del arbitraje en cuestiones de caducidad, en la Constitución del 98 se establece que los actos administrativos tomados unilateralmente por el Estado serán conocidos por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Es importante tener claro, que el farmout es un acuerdo privado de asociación y que si bien es utilizado comúnmente en el área de los recursos naturales, OECP tenía que solicitar autorización al Estado. Por otra parte, las constantes multas por sobreexplotación del Bloque 15 fueron otras de las causas para caducidad. Si

bien, la declaración de la caducidad no fue pertinente en el momento político que vivía el país, si fue una decisión que respondió a cuestiones legales.

5.3 CIADI: CASO ARBITRAL UN 3481, ENCANA CORPORATION. REPÚBLICA DEL ECUADOR IVA PETROLERO

ANTECEDENTES

EnCana Corporation (“EnCana”), es una compañía canadiense que adquirió *Pacalta Resources Limited* («Pacalta») en mayo de 1999. Pacalta era una sociedad canadiense propietaria de AEC y al mismo tiempo esta última era propietaria indirecta de COL, las mismas que fueron constituidas en Barbados.

Tanto AEC como COL formalizaron contratos de participación con el Estado ecuatoriano, los cuales delegaban al contratista la facultad de explorar y explotar hidrocarburos realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, es decir los costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción. A cambio de lo cual, el contratista tendría derecho a una participación en la producción del área del contrato en función del volumen de hidrocarburos producidos. Estos porcentajes de producción convenidos fueron denominados factores X. En el momento que fueron formalizados los contratos, estaba previsto que el nivel de la producción petrolera fuera bajo y en función de esto se fijaron los factores X. Posteriormente en dos de las concesiones (el campo unificado 18B Fanny (AEC) y el yacimiento Tarapoa (AEC) adyacente) aumentaron su producción, por lo cual se inició una nueva ronda de negociaciones con el objeto de ajustar el factor X3.

HECHOS

El nuevo Artículo 69A de la Ley de Régimen Tributario Interno, que entró en vigencia el 30 de abril de 1999 establecía que tanto las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el impuesto al valor agregado en las

adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado. El 18 de noviembre 1999 se insertó un Artículo no numerado después del Artículo 55 de la LRTI (en adelante, el «Artículo 55A»). Dicho Artículo disponía que las personas naturales y jurídicas exportadoras que hayan pagado el IVA en la adquisición de bienes que exporten, tuvieran derecho a crédito tributario por dichos pagos. Igual derecho tendrían por el impuesto pagado en la adquisición de materias primas, insumos y servicios utilizados en los productos elaborados y exportados por el fabricante. Además se mencionaba que la actividad petrolera se regiría por sus leyes específicas.

Posteriormente, tanto AEC como COL presentaron ante el SRI solicitudes de devolución relacionadas con el IVA pagado entre enero de 1998 y abril de 1999, y entre septiembre de 2000 y mayo de 2001 (en el caso de AEC), y por el período entre enero de 1999 y diciembre de 2000 (en el caso de COL).

El SRI devolvió el IVA por el periodo de mayo de 1999 y agosto del 2000. En abril del 2002, la Resolución 223 anula las resoluciones del IVA devuelto a AEC y ordena s que dichas cantidades sean devueltas porque éstas ya habían sido incluidas en el Contrato.

Frente a resoluciones denegatorias, Encana propuso un recurso administrativo ante el SRI y posteriormente impugnó dichas resoluciones ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, quien resolvió que si bien el artículo 69 A de la Ley de Régimen Tributario Interno no era aplicado a las empresas petroleras, el Artículo 12 de la Ley concedía derecho a los contribuyentes de exigir el reintegro por modificación de los impuestos, en este caso del IVA. Decisión que fue apelada ante la Corte Suprema. Posteriormente, Encana, decidió presentar la demanda arbitral.

DEMANDA

EnCana inició el proceso arbitral contra la República de Ecuador el 14 de marzo de 2003, conforme al Artículo XIII(2) del Convenio para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones (el “CFPRI”) celebrado entre los Gobiernos de Canadá y de Ecuador. En el momento de presentación de la notificación arbitral tanto AEC como COL eran indirectamente filiales participadas al 100% por EnCana. El Arbitraje fue llevado a cabo bajo las normas de arbitraje de la CNUDMI. Y se decidió que la sede del arbitraje sería Londres.

La demanda estaba basada en las medidas adoptadas por Ecuador contra dos filiales participadas al 100% por EnCana, denominadas AEC Ecuador (“AEC”) y City Oriente Limited (“COL”) infringían lo previsto en CFPRI. Estas medidas comprendían las Resoluciones 233, 669, 670, 736 y 3191 del SRI, la negativa de reconocer y reintegrar los créditos tributarios y las modificaciones de las normas. En el proceso se solicitaba los reintegros de IVA derivados de los contratos de participación formalizados por AEC y COL, cuya negativa de devolución habían causado serios daños y perjuicios a EnCana.

El hecho de que Ecuador adoptó medidas contrarias a la obligación de estimular la creación de condiciones favorables para que los inversionistas efectúen inversiones en su territorio; por incumplir el compromiso de dar a las inversiones y beneficios de EnCana un tratamiento justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional; y que Ecuador incumplió el compromiso de dar a EnCana un tratamiento no menos favorable a aquel que otorgaba a sus propios inversionistas, por el hecho de que las medidas adoptadas constituyen una expropiación o producen un efecto equivalente a una expropiación.

La Demandada presentó una serie de objeciones respecto a la competencia, entre las cuales argumentaba que Encana no podía presentar reclamación por

pérdidas sufridas por filiales constituidas en un tercer Estado, ya que el Convenio solo lo permitía en relación a las filiales establecidas en el país receptor de la inversión y Ni AEC ni COL eran sociedades ecuatorianas. En consecuencia, el CFPRI no contemplaba ningún mecanismo mediante el cual el inversionista pudiese reclamar en nombre de una sociedad no constituida en el Estado anfitrión. Sobre este particular, Encana manifestó que las pruebas demostraban que la financiación de ambas filiales fueron satisfechas por Encana y que la negativa de devolución del IVA constituyeron una pérdida directa de las filiales y por ende a Encana. Sobre esta base, el Tribunal mencionó que el Artículo I(g) hace una definición de inversión como cualquier clase de activo que pertenezca o esté controlado directamente o indirectamente por un inversionista de un tercer Estado, lo cual hace que los intereses de los inversionistas canadienses en Ecuador puedan ser mantenidos a través de sociedades de terceros países, siempre y cuando éstas sean de propiedad del inversionista o estén controladas por éste y el inversionista alegue haber sufrido daños o pérdidas, directa o indirectamente, por motivo de la vulneración del CFPRI. Considerando todo esto, el Tribunal llegó a la conclusión de que el CFPRI debería interpretarse ampliamente para cubrir todas las demandas legales de Encana.

Otra de las objeciones que el Tribunal abordó fue respecto a las alegaciones que hacía la demandada referentes a que las medidas fiscales no estaban dentro del ámbito de aplicación del artículo XII (1) del CFPRI, con excepción a lo que pueda estar fundamentado en una expropiación en virtud del artículo VIII, el mismo que establece que ante una expropiación, el Estado debe compensar de una manera justa y pronta al inversor. Para el Tribunal, el concepto medidas fiscales no estaba definido en el CFPRI, además en el Artículo I (i) se especifica el concepto de «medida», el mismo que incluye cualquier tipo de ley, procedimiento, requisito o práctica fiscal, es decir se incluyen todos aquellos aspectos del régimen tributario. Por lo consiguiente, el Tribunal arbitral decidió no admitir la alegación respecto a medidas fiscales que realizó Encana.

Respecto a la expropiación, Encana alegaba que la repentina negativa de los créditos y reintegros del IVA a partir de agosto de 2001, seguida por de la negativa retroactiva de los créditos y reintegros del IVA previamente autorizados a las compañías petroleras de propiedad extranjera, constituían una expropiación y una interferencia injustificada con las posibilidades de la Demandante de beneficiarse de sus derechos económicos. Según el Convenio, si el Estado expropia la propiedad del inversionista, éste tiene derecho a una justa y pronta compensación.

En el caso de expropiación indirecta, la reclamación es que incluso suponiendo que las filiales no tenían derecho a un reembolso fiscal en virtud de la legislación ecuatoriana, la negativa de abonar estos reintegros tuvo repercusiones sobre las filiales tan significativas como para ser equivalentes a la expropiación de la inversión. Esta manera de exponer la reclamación, hizo al tribunal referirse sobre dos aspectos: En primer término, que cuando inversionista decide invertir en un determinado país, tiene que ser consciente de que va a estar sujeto a ciertos impuestos, que y a falta de compromiso, el inversionista no debe mantener ningún tipo de expectativa esta que cualquier inversión en el Estado anfitrión está sujeto a una ciertos impuestos, y a falta de compromiso, el inversionista no debe mantener ningún tipo de expectativa que el régimen fiscal no cambie durante el periodo que dure su inversión. Y que solo en casos extremos, los efectos de un impuesto de afectación general podría considerarse expropiación. En segundo término, si se sería el caso de que el Estado anfitrión negó los reembolsos, estos no fueron tan significativos como para suspender cualquier actividad que involucre la inversión, es más se consideró que no había nada documentado que sugiriese que el cambio en la legislación del IVA o en su interpretación provocarse la paralización de las compañías o que convirtiese al valor derivado de sus actividades en algo tan marginal o poco rentable como para privarlas efectivamente de su carácter de inversiones.

Respecto a la reclamación de expropiación directa, en este caso EnCana alegó que Ecuador le negó indebidamente los derechos a los reembolsos debidos a las filiales de EnCana en virtud de la legislación ecuatoriana, lo cual presentó dos cuestiones: La primera relativa al ámbito del CFPRI y la otra a la ley aplicable. En cuanto al primer punto, Ecuador no rechazó el hecho que tanto los derechos legales como los activos físicos estuviesen protegidos por el Artículo VIII. A lo cual agregó que la inversión protegida por el CFPRI, involucraba los activos físicos de las filiales de Ecuador, incluyendo sus derechos de explorar y exportar crudo, y que el derecho a una devolución o crédito fiscal no constituía ni una “inversión” ni un “beneficio”. Como contrapartida, se alegó que la definición de inversión incluía créditos que estén controlados o pertenezcan directamente o indirectamente a un inversionista de un tercer Estado. Por consiguiente, los créditos dinerarios de titularidad del inversionista de un tercer Estado pueden constituir una inversión.

CONSIDERACIONES FINALES

El Tribunal rechaza por mayoría la reclamación de EnCana basada en el Artículo VIII del CFPRI por unanimidad decide rechazó las pretensiones de la Demandante.

Los fallos dados en los casos de OECP y Encana referentes al IVA petrolero, son contradictorios, a pesar de que el objeto de la disputa era el mismo, que se llevaron bajo las mismas reglas y se desarrollaron en Londres, lo cual trajo varias reacciones por la disparidad de criterios de los Tribunales y por ende desconfianza en el sistema arbitral internacional.

Si bien cuando se da el consentimiento mediante un instrumento internacional para acudir al Arbitraje, no se puede esperar que el Tribunal falle a favor, lo que se desea es que exista imparcialidad, independencia y sobre todo conocimiento de la materia a tratarse. Es evidente que superficialmente los casos sean idénticos, pero si son analizados desde el punto de vista del instrumento

internacional mediante los cuales fue otorgado el consentimiento, se puede ver que en cada uno existen disposiciones que afectan individualmente el curso del proceso, principalmente en cuanto al “tema de medidas fiscales”. En el caso de OECP, a criterio del Tribunal, las medidas fiscales referentes al IVA podían ser tratadas dentro de la disputa, lo cual junto a los testimonios de varios de los negociadores del Contrato de Participación de Petroecuador concluyeron que efectivamente los reembolsos del IVA no fueran incluidos en el Contrato.

CAPÍTULO VI

6 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

- El artículo 422 de la Constitución del Ecuador, no prohíbe el arbitraje internacional de inversiones, ya que según lo comprendido por “comercial y contractual” tanto en el Código de Comercio como el Código Civil, no afectaría a los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, puesto que la vía del arbitraje establecida en esta clase de tratados, podría exclusivamente ser activada si el Estado anfitrión de la inversión viola cualquier derecho o garantía establecida a favor del inversionista en el tratado, mas no por alguna divergencia contractual o comercial que exista entre las partes.
- La pérdida de soberanía jurisdiccional de un Estado, dependerá del reconocimiento que hace la ley a la institución del Arbitraje Internacional.
- Los tratados o acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones no son los medios principales para la atracción de la inversión extranjera al país, ya que no existen datos empíricos que así lo determinen; por lo consiguiente, más que un determinante para la atracción de inversión extranjera, son incentivos complementarios, que unidos a un adecuado nivel de seguridad jurídica, estabilidad política, económica, tributaria, entre otros, logran activar el verdadero interés de los inversionistas extranjeros. Muestra de esta realidad, es el caso de Brasil, que a pesar de no tener tratados de promoción y protección recíproca de inversiones con ningún país, reflejó en el período del 2006 mayores cifras de inversión que cualquier país sudamericano que había firmado esta clase de tratados.

- Mientras los tratados de promoción y protección de inversiones continúen vigentes y contemplen como centro de solución de controversias al CIADI, la decisión del Ecuador de retirarse del CIADI, no tiene ningún valor.
- Si bien es cierto que los tratados de promoción y protección de inversiones tienen poderosas cláusulas de protección al inversionista extranjero, y constituyen un elemento complementario que los inversionistas toman en cuenta en el momento de invertir; es también muy cierto que los tratados y acuerdos no fueron hechos para todos los países, ya que en muchas ocasiones, éstos no tienen el real conocimiento de las implicaciones de las cláusulas contenidas en un tratado o acuerdo, así como de los efectos que acarrearían el incumplir dichas obligaciones; efectos que darían paso a demandas arbitrales, y muy posiblemente a fallos no favorables.
- Las cláusulas poco claras referentes a las normas de tratamiento estipuladas en un acuerdo o tratado de inversión, dan lugar a una extensa interpretación, así como la escasa definición de expropiación indirecta, lo cual se ve reflejado en el número de demandas que tienen los Estados. Lo mismo que evidencian los bajos niveles de negociación de los Estados receptores, ya que muchos tratados responden a modelos preestablecidos, que hacen que el proceso de negociación sea reemplazada por la imposición.

6.2 RECOMENDACIONES

- La deficiente redacción del artículo 422 de la Constitución del Ecuador, exige una enmienda urgente, para que de esta manera se acepte plenamente al Arbitraje Internacional, independientemente de la fuente que lo origine. Además que se requiere que se especifique claramente de que si el Arbitraje Internacional va tener como sede Latinoamérica o si estará a la libre elección de las partes, como debería ser lo conveniente,

puesto que de esta forma no se estaría atentado contra la flexibilidad procesal.

- Una política pública en Arbitraje Internacional, requiere la reforma de la Ley de Arbitraje y Mediación, principalmente para que ésta cuente con un trámite particular de homologación para laudos extranjeros.
- Los tratados y acuerdos de promoción y protección de inversiones son beneficiosos, en cuanto se adecuen a la realidad económica de los países receptores de la inversión, y en cuanto se disminuyan las asimetrías existentes entre las ventajas que se dan a los inversionistas y los riesgos que representan para los Estados receptores de la inversión, el aceptar las disposiciones contenidas en un acuerdo o tratado. Por otro lado, un Estado no necesariamente debe firmar acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, ya que como se indicó antes, no constituyen motivos determinantes de atracción para los inversionistas extranjeros; sin embargo un Estado en vías de desarrollo debería reforzar su legislación interna en materia de inversiones, y ser muy cuidadoso de la imagen que proyecta, porque muchas veces, éste es uno de los principales factores que influyen a un inversionista en elegir o no un determinado país, porque de qué les sirve conocer a los inversionistas que un Estado ha firmado un tratado o acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones, si sabe que en cualquier momento el tratado será irrespetado, debido a la inestabilidad política, legal, y económica,
- En los tratados y acuerdos de promoción y protección de inversiones o en general en cualquier acuerdo comercial o tributario, se deben establecer los alcances de cada una de las disposiciones, mediante el empleo de reservas o documentos adjuntos al Tratado, que sean producto de un consenso respecto a la interpretación de las normas de tratamiento, expropiación y medidas fiscales, ya que de esta manera se podría reducir

los riesgos que tienen estas cláusulas para los Estados receptores de la inversión.

- Una política en medios de resolución de conflictos, en el que se de especial importancia al Arbitraje Internacional de Inversiones, exige el liberarse de concepciones erradas respecto a la soberanía, así como de ideologías separatistas que no hacen más que perjudicar la imagen internacional de un país. Además, en el caso especial del Ecuador, esta política debe ir inexorablemente unida, a una política de prevención de controversias.

BIBLIOGRAFÍA

- AYLWIN, Patricio, El Juicio Arbitral. Editorial Jurídica Chile, 2005.
- ANDRADE, Xavier. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Ecuador: Un camino inexplorado, 2008
- BENADAVA, Santiago, Derecho Internacional Público, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- BOTERO, Ana y CORREA, Néstor, Arbitraje Internacional, Editorial Departamento de Publicaciones Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2004.
- DREYZIN, Adriana, Derecho del Comercio Internacional temas y actualidades, Zavalia Editores, 2005.
- GRACIARENA, María Carolina. La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos de CIADI, Lexis Nexis, 2006.
- GONZALEZ, Pablo, No Intervención, autodeterminación y democracia en América Latina, Siglo Veintiuno Editores.
- GUTIERREZ, Orlando. Inversiones Extranjeras. Más Garantías, Más Libertades, Ediciones Átropos, 2004.
- HELLER, Hemann, La soberanía: Contribución a la teoría del Estado de Derecho Estatal y del Derecho Internacional, Universidad Nacional Autónoma de México.
- LÁPIZ, Rocío entre otros, EL otro riesgo. Indicadores y desarrollo en la economía, Ediciones Abya- Yala, 2005.
- PEREZNIETO, Leonel, Arbitraje Comercial Internacional, Fontamara, 2006.
- RIVERA, Julio, Arbitraje, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.
- SALCEDO, Ernesto, El Arbitraje: La Justicia Alternativa, DistriLibl Editorial, 2007.
- SANTOS, Rubén, Arbitraje comercial Internacional, Perezniето Editores, 2000.
- TEMPONE, Rubén Eduardo. Protección de inversiones extranjeras, Editorial Ciudad Argentina.

- TAVEIRA, Heleno, Estudios de derecho tributario constitucional e internacional, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- VARGAS, Alejo. Notas sobre el Estado y las políticas públicas. Almudena Editores, 1999.

Documentos electrónicos

- ANDRADE, Santiago. En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales. <http://repositorio.uasb.edu.ec>, (25-03-2010)
- GARANATO, Leonardo. Protección del Inversor Extranjero en los Tratados Bilaterales de Inversión. <http://books.google.com.ec>, (18-09-2010)
- CHILLÓN, José, El arbitraje internacional de inversiones: Su tratamiento singular reciente a partir del derecho convencional y de la Jurisprudencia arbitral. <http://www.cmanicaragua.com.ni>, (27-09-2010)
- GONZÁLEZ, Francisco, ARBITRAJE DE INVERSIÓN Y AMERICA LATINA. <http://www.uncitral.org>, (28-09- 2010)
- RIVADENEIRA, Juan. Economía social de mercado. <http://www.kas.de>, (28-09-2010)
- MARCHÁN, Juan Manuel. El tratamiento del Arbitraje Internacional en la Constitución. <http://www.usfq.edu.ec>, (2011-02-01)
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DESARROLLO Y EL COMERCIO UNCTAD. Las entradas de IED en América Latina y el Caribe aumentaron moderadamente en 2006, y las salidas se disiparon. <http://www.unctad.org>, (08-12-2010)
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. Los principios del sistema de comercio. <http://www.wto.org>, (01-08-2010)
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE ARBITRAJE COMERCIAL. Estructura organizacional. <http://www.ciac-iacac.org>, (10-09-2010)
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL. Preguntas más frecuentes: La CNUDMI y las controversias o litigios privados. <http://www.uncitral.org>, (25-09-2010)

- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DESARROLLO Y EL COMERCIO UNCTAD. Las entradas de IED en América Latina y el Caribe aumentaron moderadamente en 2006, y las salidas se disiparon. <http://www.unctad.org>, (08-12-2010)
- ECUADORINMEDIATO. El modelo económico del Ecuador será el Sistema Social y Solidario. <http://www.ecuadorinmediato.com>, (01-08-2010)
- MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD. La reorientación del Régimen Legal Nacional de las Inversiones: perspectivas Parámetros de Inversión extranjera. <http://www.micip.gov.ec>, (01-12-01)
- RED POR LA JUSTICIA SOCIAL EN LA INVERSIÓN GLOBAL. Ecuador pone fin a tratados bilaterales de inversiones. <http://es.justinvestment.org>, (01-11-2011)
- International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).Cases. <http://icsid.worldbank.org>, (25-03-2011)

Normas ecuatorianas

- Constitución Política aprobada mediante referéndum de fecha 28 de septiembre de 2008, RO No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador del año 1998, RO No. 1 de fecha 11 de agosto de 1998.
- Código de Procedimiento Civil, Codificación, RO No. 58 de fecha 12 de julio de 2005, Suplemento.
- Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 145 de fecha 4 de septiembre de 1997.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado del 2004, artículo 11 (RO N° 312 del 13 de Abril de 2004).

Tratados y Convenios Internacionales

- Código de Derecho Internacional Privado (Código Sánchez de Bustamante) Suplemento RO No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

- Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (Convención de Nueva York), RO No. 43 de 29 de diciembre de 1961.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá), RO No. 875 de 14 de febrero de 1992.
- Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Convención de Montevideo), RO No. 240 de 11 de mayo de 1982; Decreto Ejecutivo No. 853; Codificación No. 1220, RO Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington), RO No. 386 de 3 de marzo de 1986.
- Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) Sobre Arbitraje Comercial Internacional.
- Tratado bilateral de promoción y protección recíproca de inversiones entre Ecuador y Estados Unidos de América, suscrito el 27 agosto del 1993, y vigente 11 de mayo del 1997