

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS
FACULTAD DE DERECHO

TITULO DEL TRABAJO

**ANALISIS DEL CASO OCCIDENTAL Y EL USO DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE EL ESTADO ECUATORIANO Y COMPAÑÍAS
EXTRANJERAS.**

AUTORES:

**DAVID DONOSO TOBAR
JOSÉ ANDRÉS GARCÍA MONTERO
AÑO DE PRESENTACIÓN: 2005-2006**

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS
FACULTAD DE DERECHO

TITULO DEL TRABAJO
ANALISIS DEL CASO OCCIDENTAL Y EL USO DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE EL ESTADO ECUATORIANO Y COMPAÑÍAS
EXTRANJERAS
TRABAJO DE TITULACIÓN PRESENTADO EN CONFORMIDAD A LOS REQUISITOS
PARA OBTENER EL TITULO DE ABOGADO

PROFESOR GUÍA: DR. PABLO ZAMBRANO ALBUJA

AUTORES:
DAVID DONOSO TOBAR
JOSÉ ANDRÉS GARCÍA MONTERO
2005-2006

AGRADECIMIENTOS:

Empezamos agradeciendo a la Universidad de las Américas (UDLA) por haber sido la principal artífice de nuestra formación profesional, a todos y cada uno de los catedráticos que día a día nos dieron su apoyo y pusieron a nuestra merced todo su conocimiento con el único objetivo de formar profesionales de la más alta calidad. Agradecemos especialmente la enorme colaboración del Dr. Pablo Zambrano Albuja nuestro Director de Tesis y Profesor Guía, por todo el tiempo dedicado durante la fase investigativa, así como para la elaboración del presente trabajo de titulación. Agradecemos al Dr. Arturo Donoso Castellón por sus enseñanzas no solo jurídicas sino también principios y valores éticos y morales que sin duda son los cimientos donde todo Abogado debe empezar a forjar su futuro profesional, así mismo como no agradecer inmensamente a nuestro Decano el Dr. Antonio Terán quien a más de ser un catedrático con un gran conocimiento, y cumpliendo sus funciones de Decano de la Facultad supo plasmar su filosofía de vida en quienes realizamos este trabajo de titulación.

Agradecemos en la elaboración de este trabajo de titulación a Dios, nuestra familia, esposa, amigos, y demás personas que nos apoyaron en todo momento.

Queremos también agradecer al Doctor Paúl Corral por todo su ayuda y apoyo desinteresado cuando al empezar a elaborar el presente trabajo, nos proporcionó toda la información necesaria para el desarrollo del mismo.

AGRADECIMIENTOS PARTICULARES:

Agradezco a mi madre Asunción Tobar Cobo, a mi padre, Carlos Gustavo Donoso Castellón, a mis hermanos María Asunción y Gustavo, por todo su apoyo durante mi carrera, agradezco a mi tío y padrino el Dr. Arturo Donoso Castellón quien a sido mi más cercano referente de lo que es ser un verdadero Abogado en el más amplio sentido de la

palabra, quien con sus cátedras magistrales no solo me formó como abogado sino lo más importante nos enseñó a ser personas de bien para la sociedad. *“David Donoso Tobar”*

Agradezco, primero a Dios quien ha sido mi principal guía y especialmente agradezco a mi madre María del Pilar Montero y Alfredo Moncayo por todo su apoyo, esfuerzo y ayuda al formar una persona y entregarme una carrera, la cual es parte de mi vida. A mi padre José García Córdova, quien supo plasmar en mi vida grandes enseñanzas, a mi esposa María Susana Dávalos Pinto por todo el tiempo y apoyo que me ha brindado para elaborar este trabajo y por toda su ayuda incondicional. Y por último a mis abuelos, a mi abuela Norma Serrano Rodríguez, a mi hermano, y en fin a toda mi familia y amigos por su ayuda desinteresada. Especialmente agradezco a los Doctores Abogados Reinaldo Varea Serrano y Fernando de los Reyes Cuesta quienes han sido verdaderos amigos al darme la oportunidad de aprender y trabajar junto a ellos, en procura siempre de formarme como un gran abogado. *“José Andrés García Montero”*

DEDICATORIA.

Dedicamos este trabajo a nuestra familia

RESUMEN.-

El presente trabajo de titulación, parte de una explicación general de lo que abarca el Arbitraje como tal, entendiéndose como un método alternativo de solución de conflictos diferente a la justicia ordinaria. Dentro del Arbitraje explicamos primero como surge el mismo, es decir una breve historia de como llega a tener aplicación en la actualidad. Posteriormente, nos referimos a las normas que hacen referencia del arbitraje en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para luego analizar el Convenio de Garantía de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos, Tratado analizado debido a que es la base legal para solucionar el conflicto jurídico que se suscitó entre la Compañía Extranjera "Occidental" y el Estado Ecuatoriano. En la parte medular analizamos la demanda planteada por "Occidental" así como la contestación del Estado Ecuatoriano y finalmente analizamos en profundidad el laudo arbitral dictado en Londres.

El objetivo del trabajo es el de determinar la aplicabilidad del arbitraje como medio de solución de conflictos entre el Estado Ecuatoriano con personas naturales o jurídicas de nacionalidad de Estados firmantes de tratados bilaterales de inversión. El método que se utilizó en el presente trabajo de titulación fue el deductivo y analítico. Por último concluimos que la elaboración del presente trabajo es de mucha importancia ya que el caso en cuestión será un referente histórico en cuanto se refiere a la verdadera eficacia del arbitraje como elemento que garantice el cumplimiento de los tratados bilaterales de inversión firmados por el Estado Ecuatoriano y su implicación en las inversiones presentes y futuras que se realicen en nuestro país.

INDICE.-

1. INTRODUCCIÓN

2.- DESARROLLO DEL TEMA.- CAPITULOS Y SUBCAPITULOS:

1. CAPITULO 1.- INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE

1.1 Subcapítulo 1. Breve historia del arbitraje

1.1.1 Subcapítulo 2. Concepto

1.1.1.1 Subcapítulo 3 Clases de arbitraje

1.1.1.1.1 Subcapítulo 4 Convenio Arbitral

1.1.1.1.1.1 Subcapítulo 5 Materia Arbitral

2. CAPITULO 2.- ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO.

2.1. Subcapítulo 1.- Antecedentes

2.1.1 Subcapítulo 2.- Constitución Política de la República del Ecuador

2.1.1.1 Subcapítulo 3.- Código de Procedimiento Civil

2.1.1.1.1. Subcapítulo 4 Ley de Arbitraje y Mediación

2.1.1.1.1.1. Subcapítulo 5 Otras Leyes

3. CAPITULO 3.- CONVENIO DE GARANTIA DE INVERSIONES ENTRE ECUADOR Y ESTADOS UNIDOS

3.1 Subcapítulo 1 Tratados Bilaterales, concepto y jerarquía legal

3.1.1 Subcapítulo 2.- Análisis del Principio "Pacta Sunt Servanda"

3.1.1.1 Subcapítulo 3.- Breve análisis del Tratado bilateral de inversiones entre Estados Unidos y Ecuador.

4. CAPITULO 4.- DEMANDA DE OCCIDENTAL

4.1 Subcapítulo 1.- Antecedentes

4.1.1 Subcapítulo 2.- Fundamentos de hecho

4.1.1.1 Subcapítulo 3.- Fundamentos de derecho

4.1.1.1.1 Subcapítulo 4.- Pretensión de "Occidental Exploration and Production Company."

5. CAPITULO 5.- CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR EL ESTADO ECUATORIANO

5.1 Subcapítulo 1.- Posición del Procurador General del Estado

5.1.1 Subcapítulo 2.- Excepciones

5.1.1.1 Subcapítulo 3.- Pretensiones del Ecuador.

6. CAPITULO 6.- LAUDO ARBITRAL

6.1. Subcapítulo 1 Decisión del Tribunal con respecto a la objeción planteada por el Ecuador en cuanto a la bifurcación del proceso.

6.1.1. Subcapítulo 2. Decisión del Tribunal Arbitral con respecto al significado del Artículo X del Tratado Bilateral de Inversiones

6.1.1.1. Subcapítulo 3. La determinación del tribunal con respecto a la expropiación.

6.1.1.1.1. Subcapítulo 4. Discusión de las Leyes aplicables a los fundamentos de derecho

6.1.1.1.1. Subcapítulo 5. Reparaciones

6.1.1.1.1.1 Subcapítulo 6. Recurso de Nulidad.

7. CAPITULO 7.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

7.1. Subcapítulo 1.- Conclusiones

7.1.1. Subcapítulo 2.- Recomendaciones

8. BIBLIOGRAFÍA.-

INTRODUCCIÓN:

Empezaremos diciendo que este trabajo de titulación es realizado por la gran importancia jurídica y política que resulta para el Ecuador de la resolución de un caso entre un inversionista extranjero "Occidental" y el Estado Ecuatoriano.

Este resultado será para nuestro país un referente histórico y por ende afectará no solo los intereses del Ecuador sino las futuras inversiones extranjeras y la seguridad jurídica que brinda el Estado Ecuatoriano a la inversión extranjera. También nos parece de gran importancia como las relaciones internacionales, buscan para la solución de sus controversias un método alternativo a la justicia tradicional de cada país, que es el Arbitraje, y como este procedimiento brinda seguridad, eficacia y justicia para las partes; de ahí la importancia de que los Jurisconsultos, Abogados, Catedráticos y Estudiantes nos preparemos en conocer estos métodos alternos de solución de conflictos que serán en un futuro mediato parte de la mecánica jurídica internacional.

Es importante mencionar que el arbitraje tiene su historia en tiempos muy antiguos donde ya un tercero imparcial y elegido por las partes en disputa resolvía los casos presentados por los mismos. Es así que en nuestro trabajo luego de hacer una investigación sobre la teoría del arbitraje, su historia, clasificación etc. nos centramos en que este método está reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y es más se lo reconoce no solo en leyes sino en la Constitución Política de la República, elevando a este método a principio constitucional. El Ecuador con esto avanza en sus normas legales y busca que los conflictos legales no sean todos solucionados por la Función Judicial, congestionando los procesos dando una justicia lenta e ineficaz. El Ecuador, también dentro de sus relaciones internacionales ya sea con otros Estados o con compañías y personas extranjeras y con el fin de atraer inversión en varios sectores donde se posee los recursos naturales pero careciendo de industria y procesos para formar a los recursos naturales en

productos elaborados como es el caso del petróleo, suscribe convenios y tratados donde el Estado se obliga a cumplir con los mismos. En nuestro tema específicamente, el Ecuador suscribió con los Estados Unidos de Norteamérica un Convenio de Garantía de Inversiones principalmente en el cual se comprometió en brindar a los inversionistas extranjeros un tratamiento no menos favorable que el que otorga a sus nacionales.

La Compañía “Occidental” llegó al Ecuador con el fin de ejecutar sus actividades económicas en el petróleo del Ecuador, celebrando con Petroecuador un contrato de prestación de servicios, durante su permanencia en este país todos los procedimientos se los llevaba con claridad, hasta que por un cambio en el contrato celebrado con Petroecuador e interpretaciones realizadas a la ley tributaria ecuatoriana por el Servicio de Rentas Internas, se suscitó un problema principalmente en que si el IVA pagado por la compañía extranjera en las exportación y explotación del petróleo debía o no ser devuelto. El problema se estableció ya que en el contrato modificado se omitió en una de sus partes en establecer si “Occidental” tenía derecho a la devolución de impuesto, por lo que el SRI negó las devoluciones del IVA pagado y ordenó a la compañía a devolver el IVA que no le correspondía, negando así concesiones realizadas anteriormente. La Compañía “Occidental” siguiendo lo que determina la ley tributaria ecuatoriana inició procedimientos judiciales en los tribunales Fiscales del Ecuador con el fin de impugnar las resoluciones tomadas por el Servicio de Rentas Internas.

Al observar que el SRI seguía negando las devoluciones al IVA pagado y viendo que el Ecuador no daba el mismo tratamiento con sectores de nacionales y extranjeros que se dedicaban a las mismas actividades que realiza “Occidental”; se da un procedimiento arbitral (forzoso) en el cual “Occidental” demanda a Ecuador el incumplimiento del Tratado de Garantía de Inversiones celebrado entre nuestro país y Estados Unidos con el fin de que el Tribunal Arbitral de Londres decida y sancione al Ecuador por su obligaciones no observadas.

La investigación realizada se realizó con diferentes materiales como libros, revistas, publicaciones y con un análisis profundo del proceso arbitral para determinar si el mismo ha sido justo y equitativo para ambas partes.

El objetivo fundamental del trabajo realizado es que a través de un caso podamos observar la importancia y la aplicabilidad del Arbitraje como medio de solución de conflictos que se de entre el Estado Ecuatoriano y compañías extranjeras. Otro objetivo fundamental es el de determinar el arbitraje como medio que garantice la seguridad jurídica y el de determinar la relevancia del laudo arbitral como precedente para futuras inversiones a realizarse en el Ecuador.

DESARROLLO DEL TEMA.-

1. CAPITULO 1. Introducción al Arbitraje

1.1 Subcapítulo 1.- Breve historia del Arbitraje:

Según el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga**, en su libro *El Arbitraje, la Justicia Alternativa*, menciona que el Arbitraje con el devenir de los años ha ido evolucionando hasta llegar a lo que en la actualidad significa. Por esto en su libro habla sobre la historia del arbitraje dividiéndolo en las siguientes etapas:

a) Sociedades Primitivas:

En las sociedades primitivas los litigios se solucionaban por la fuerza e imperaba el régimen de la venganza privada. En la evolución histórica surge el arbitraje para solucionar los conflictos.

El autor **Patricio Aylwin Azocar** “menciona que el arbitraje en aquellos tiempos se sometía para su fallo a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad”¹. Este tercero llamado “componedor” no tenía ninguna jurisdicción obligatoria, solo conocía los asuntos que las partes sometían voluntariamente y sus decisiones no tenía fuerza coactiva alguna.

b) El arbitraje en Grecia:

El arbitraje surgió en Grecia hacia el año de 1520 AC. Los consejos anfictiónicos eran los que resolvían los conflictos entre los grupos étnicos, y existían árbitros de carácter público que conocían las causas criminales y públicas. Demóstenes, expidió leyes sobre arbitraje en la que le daba al laudo carácter definitivo, es decir no apelable. A medida que evoluciona el derecho y la organización del Estado, el arbitraje adquiere un carácter más o menos obligatorio ya que entra a formar parte de la mecánica jurídica de uso común.

¹ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, *El Arbitraje la Justicia Alternativa*, Ecuador, Pág. 23

c) El arbitraje en Roma:

En Roma, por su base consensualista el arbitraje fue un medio privilegiado de establecer el derecho, ya que las partes fundamentalmente sometían sus pleitos a una decisión privada. En Roma se desarrolló el arbitraje privado como un modo extrajudicial de terminar los conflictos, en donde las personas encargan el fallo de una determinada controversia a una persona particular cualquiera. El arbitraje privado se verificó por dos pactos pretorios, el compromiso y el “receptum arbitró”, en donde el primero se sometía la decisión a una persona particular de su confianza, en donde se puede hacer un compromiso sobre cualquier materia de derecho, exceptuando lo que se refiera al orden público, o al estado de las personas. El segundo consistió en aceptar el papel de arbitro entre las dos partes litigantes, entendiéndose que nadie tiene el deber de aceptar el cargo pero en el caso de que se acepte, quedará obligado a desempeñarlo.

d) El arbitraje en el derecho eclesiástico: “Los primeros cristianos evitaban la justicia romana y sometían sus controversias a sus propios obispos”,² dando origen con esto a los tribunales eclesiásticos.

e) El arbitraje en la edad media:

La justicia en la edad media tiene marcado carácter arbitral, los comerciantes, burgueses y artesanos, usaban este método muy frecuentemente. En esta etapa de la historia, la burguesía encontró en el arbitraje la forma de resolución ideal para dirimir sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones.

En España, en el fuero juzgo apareció ya regulado el arbitraje, considerando al arbitro como una especie de juez, tanto la nueva como la novísima recopilación dan fuerza

² Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje La Justicia Alternativa, Ecuador, Pág. 25

ejecutiva a la sentencia arbitral, sin embargo esta no podía ser ejecutada por sí misma requiriendo de una cláusula penal. A fines de la edad media comienza el juez a formular la ejecución de la sentencia. En esta época se consolidó el aspecto jurisdiccional del arbitraje, distinguiendo entre avenidores que resuelven en derecho y arbitadores que actúan como amigables componedores.

f) El arbitraje en la edad moderna:

En Francia antes de la revolución se imponía el arbitraje forzoso en las diferencias entre mercaderes, las demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración, previéndose ya en esos casos la resolución de la controversia a tres o más personas elegidas por las partes, y en caso de que esto no fuere posible, estas eran elegidas por el juez. Durante la revolución la asamblea constituyente declaró al arbitraje que es el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos elevándolo a principio constitucional. “Siendo el derecho de los ciudadanos de terminar sus litigios por arbitraje, no se podía restringir este derecho por actos del poder legislativo”³

g) El arbitraje en la época actual:

El arbitraje en la época actual en todos los países del mundo cuyas legislaciones lo prevén es una institución que se presenta como un mecanismo de reacción contra las deficiencias e ineficacias de la administración de justicia del Estado, con pretensiones de sustituir al poder judicial en una serie de campos y actividades donde se considera que el sistema formal y estatal no es eficiente. Dentro de este contexto no es menos raro que el arbitraje adquiera importancia en el campo internacional ya que no existe un Estado que centralice la función jurisdiccional, por lo que con más facilidad las partes someten sus conflictos a una administración consensual de justicia ágil y eficaz. “En la actualidad el

³ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje la Justicia Alternativa, Pág. 26, Ecuador

arbitraje esta sujeto a determinadas limitaciones del poder publico ya que el mismo puede prohibir, ignorar, ordenar, o condicionar el arbitraje”⁴.

h) Conclusión Personales del uso del arbitraje en la actualidad.

Desde que el ser humano interactúa con otros seres humanos, es desde ese entonces que por el efecto de la sociabilidad surgen las diferencias, que pueden degenerar en posibles conflictos, simultáneamente con la aparición del conflicto surgió el derecho con el objeto de proteger al grupo de las divergencias nacidas.

Como dice el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** el individuo para solucionar cualquier tipo de conflicto, puede escoger dos vías: la primera persiguiendo su propia defensa y aplicando su propia justicia, o la segunda permitiendo que el Estado tenga la exclusiva facultad de resolver sus controversias a través de los órganos de administración de justicia de la función judicial. La segunda vía es acudir ante los diferentes organismos jurisdiccionales, ha sido tradicionalmente la solución, que han encontrado los grupos sociales. Desafortunadamente la justicia estatal se encuentra actualmente en una grave crisis, que se debe entre otros factores a un exceso de juicios que se tramitan en las judicaturas, la demora en la resolución de los pleitos, el costo del proceso, la falta de una adecuada preparación académica de la mayoría de los jueces, dependencias políticas y corrupción. Es por esto, que los ciudadanos buscan una alternativa idónea que solucione sus controversias de manera pacífica rápida y efectiva, y es así entonces donde por los factores antes mencionados nos vemos abocados al surgimiento del arbitraje, tornándose este un método alternativo para la solución de los conflictos, ya que la resolución de la controversia suscitada se resuelve de una manera privada.

⁴ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje La Justicia Alternativa, Pág. 27, Ecuador

1.1.1 Subcapítulo 2.- Concepto:

Si bien se han dado varios conceptos en el texto del **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** entre los más certeros podemos mencionar los siguientes:

Gladys Stella Álvarez: “Define al arbitraje como el mecanismo en el cual las partes recurren voluntariamente a la solución de sus conflictos, siendo estos de carácter adversarial”. El tercero o terceros neutrales, llamados árbitros, deciden la controversia emitiendo un laudo que es obligatorio para las partes.

Patricio Aylwin Azoca: Define al arbitraje como a aquel “en que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador, que se verifica ante tribunales especiales elegidos por los propios interesados, por la autoridad judicial o por un tercero”⁵, en determinadas ocasiones.

Este concepto en **nuestro criterio**, si bien es cierto, que la esencia del arbitraje surge por la autonomía de la voluntad de las partes, el autor hace bien en mencionar que el mismo se puede dar por mandato del legislador, ejemplo que lo vemos reflejado en el conflicto suscitado entre el Estado Ecuatoriano y Compañía “Occidental”, ya que en este caso como lo veremos más adelante el arbitraje nace del tratado, que es una ley para las partes y garantizado por el legislador. Es así que el Tratadista Roque J. Caivano menciona “en este aspecto que el legislador en ejercicio de sus facultades y ejerciendo su mandato deja de lado el principio general del sometimiento a los jueces oficiales otorgando automáticamente una legitimación al árbitro que va de acuerdo a la naturaleza y características que se presenten en el arbitraje”⁶

⁵ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje, La Justicia Alternativa, Ecuador, Pág. 20

⁶ Roque J. Caivano, El arbitraje Ad-Hoc, Pág. 83

Jean Robert: Define como la “constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común para ser resueltos por individuos revestidos, por las circunstancias de la misión de juzgar”⁷.

Bernardo Cremades: Define al arbitraje como el “medio por el cual uno o más personas desean solucionar un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión”⁸.

Jaime Guasp: Define al arbitraje como la “resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente”⁹.

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador: Define al sistema arbitral como un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.¹⁰

Por su parte el Tratadista **Jorge Hernán Gil Etcheverry** en su libro Curso Práctico de Arbitraje, menciona en su concepto que el Arbitraje es un procedimiento jurisdiccional “sui generis” mediante el cual, por expresa voluntad de las partes se defiende la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismo efectos de una sentencia judicial.¹¹

Para el **Tratadista Roque J. Caivano**, “el arbitraje es un método, un sistema de resolución de conflictos, es una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces estatales”.¹² En su texto el autor

⁷ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, La justicia Arbitral, Ecuador. Pág. 20

⁸ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje La Justicia Alternativa, Pág. 20, Ecuador

⁹ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje La Justicia Alternativa, Pág. 21, Ecuador

¹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, Art. 1.

¹¹ Jorge Hernán Gil Etcheverry, Curso Práctico de Arbitraje, Colombia, Pág. 11

¹² Roque J. Caivano, Arbitraje Ad-Hoc, Pág. 47

menciona algunas definiciones del arbitraje, entre las más importantes podemos mencionar las siguientes:

Alvarado Velloso, lo conceptúa “como un modo de heterocomposición de conflictos que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega exclusivamente si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, mediante el cual aceptan plantear su litigio al árbitro y eventualmente a acatar su decisión.”¹³

Para quienes realizamos este trabajo y después de analizar todas y cada una de las definiciones que se han dado por diferentes autores al concepto del arbitraje, creemos que la definición más completa y precisa en nuestro criterio es la dada por la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador y por el Tratadista Jorge Hernán Gil Etcheverry ya que en sus definiciones contemplan un concepto amplio, determinado las características principales y el sentido de universalidad del arbitraje. Entre los elementos preponderantes que encontramos en las definiciones tenemos que se determina la voluntad de las partes para someter su conflicto a una jurisdicción diferente a la tradicional, igualmente limita al arbitraje únicamente su aplicabilidad a las controversias susceptibles de transacción y se le enviste al laudo de fuerza jurisdiccional.

Al analizar el concepto emitido por el autor Alvarado Velloso, creemos que existe un error al definir que en la decisión dada por los árbitros, esta eventualmente pueda ser acatada por las partes, restándole fuerza coercitiva al laudo arbitral y segundo desmereciendo la potestad jurisdiccional a los árbitros, ya que las partes al someterse al arbitraje automáticamente reconocen que la decisión del tribunal, es decir el laudo arbitral, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo tanto debe ser obligatoriamente aceptado por las partes, ya que el laudo tiene el mismo efecto jurídico que una sentencia

¹³ Roque J Caivano, El Arbitraje Ad-Hoc, Págs. 48 y 49

de conformidad con lo que estipula el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador que dice que los laudos arbitrales se ejecutan del mismo modo que las sentencias de última instancia.

Para nosotros una definición completa del arbitraje sería que es un medio alternativo de solución de conflictos diferente a la justicia ordinaria, donde las partes voluntariamente someten conflictos susceptibles de transacción presente o futuros a terceras personas llamados árbitros o bien sea por un Tribunal Arbitral quienes investidos de la potestad de juzgar emiten un laudo obligatorio con las características de una sentencia judicial.

1.1.1.1 Subcapítulo 3.- Clases de arbitraje:

Algunos autores dividen al arbitraje en diferentes clases, para el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** la clasificación de arbitraje es como sigue:

a) **Arbitraje Ad- Hoc o Independiente:** Es el arbitraje en el cual las partes constituyen directamente el tribunal, para decidir una determinada cuestión litigiosa, luego de lo cual se disuelve. En este tipo de arbitraje no existe institución o centro que lo administre, ni tampoco está sujeto a mecanismo procedimental predeterminado, de manera que son las propias partes las que determina lo anteriormente citado. Cabe destacar que las partes deberán establecer si el arbitraje será en derecho o en equidad, pues a falta de convenio el fallo será en equidad, y se prestarán todas las herramientas adecuadas para que el arbitraje se desarrolle de acuerdo con las normas de uso cotidiano.

b) **Arbitraje Institucional o Administrado:** Aquí existe una entidad especializada que administra y organiza el trámite, nuestra ley establece que el arbitraje será administrado cuando se desarrolla sujetándose a la misma, así como a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje (Art. 2 LAM).

Los árbitros son escogidos de común acuerdo por las partes de conformidad con la lista de árbitros que proporciona el centro de arbitraje, sin que por esto y de acuerdo a la ley, las partes también podrá seleccionar árbitros fuera de la lista del centro.

Los centros deberán proporcionar todas las facilidades, herramientas necesarias para asegurar el cumplimiento del debido proceso. La institucionalización del arbitraje está en nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 29 de la LAM, donde se facilita la aplicación del arbitraje a diversos organismos.

Para el Tratadista **Roque J. Caivano** “el arbitraje institucional a diferencia del ad-hoc existe intermediando entre los árbitros y las partes una entidad especializada que administre y organice el trámite y además presta una serie de servicios sumamente útiles para que la contienda pueda ser resuelta con mayor eficacia.”¹⁴

c) Arbitraje Cameral: “Administrado o impartido por las Cámaras de Comercio”¹⁵.

d) Arbitraje Oficial: Administrado por algún organismo público, lo que sucede en nuestro país en materia laboral con los tribunales de conciliación y arbitraje para la solución de conflictos colectivos, que según lo que determina el Código del Trabajo Ecuatoriano que todo conflicto que se suscite entre el Empleador y sus trabajadores con respecto a la presentación de un pliego de peticiones deberá ser resuelto por el Tribunal de Conciliación y Arbitraje que será integrado por el Inspector del Trabajo y dos vocales principales y dos vocales suplentes designados por el empleador y trabajadores.

¹⁴ Roque J. Caivano, El Arbitraje Ad-hoc, Pág. 67

¹⁵ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje la Justicia Alternativa, Ecuador, Pág. 42

e) Arbitraje Profesional: Administra una entidad que tiene como finalidad única la de promover y auxiliar el arbitraje, por ejemplo la Comisión Interamericana de Arbitraje (CIAC).

f) Arbitraje Especial o Especializado: Este arbitraje se da cuando se refiere a ciertas actividades particulares y especializadas.

g) Arbitraje Gremial: Es aquel que se refiere a los conflictos surgidos entre personas afiliadas a un determinado gremio profesional o empresarial.

h) Arbitraje Obligatorio o Forzoso: Es aquel impuesto por la Ley. En este caso de arbitraje forzoso es importante recabar lo que menciona el **Tratadista Roque J. Caivano** al decir “que la norma que impone el arbitraje hace las veces de cláusula compromisoria ya que excluye a la jurisdicción judicial para dársela a los árbitros”¹⁶

i) Arbitraje Voluntario: Es el acordado por las partes.

j) Arbitraje en Derecho: Es aquel en que el laudo arbitral se dicta aplicando reglas de derecho a la solución de un conflicto.

k) Arbitraje en Equidad.- Cuando el laudo arbitral puede apartarse de las normas jurídicas y los árbitros deciden según su leal saber y entender.

l) Arbitraje Nacional o Doméstico: Es aquel que trata de conflictos entre partes sujetas a una determinada ley nacional y cuyo objeto recae sobre bienes o intereses ubicados en

el país de que se trate, este se lleva a cabo dentro de dicho país y con sujeción a su propia legislación.

Para el Tratadista **Roque J. Caivano**, el arbitraje se clasifica similarmente al arbitraje dado por el autor referido anteriormente y menciona además algunas diferencias las cuales son:

m) Arbitraje de Amigables Compondores o Árbitros Iuris: Aquel arbitraje mediante el cual se da por el modo de actuación de los árbitros y la naturaleza de la decisión, incluyendo en esta clasificación al arbitraje en derecho y a los amigables compondores o también llamado arbitraje en equidad.

n) Arbitraje en caso de silencio: El Tratadista menciona que de no haberse estipulado a pactar un arbitraje se entenderá que se le dará un tratamiento de amigables compondores.

El Tratadista menciona al arbitraje nacional o domestico como Arbitraje Interno.

Por su parte el Tratadista **Jorge Hernán Gil Etcheverry**, dentro de su clasificación menciona además al **Arbitraje Técnico** en cual lo define “que es aquel en que los árbitros pronuncian su fallo con fundamento en precisos conocimientos que deben tener sobre determinada ciencia, arte o profesión, los cuales deberán aplicar para resolver los conflictos de índole técnica cuya solución se le defiere en el pacto arbitral”¹⁷

¹⁶ Roque J Caivano, El Arbitraje Ad. hoc, Pág., 83

¹⁷ Jorge Hernán Gil Etcheverry, Curso Práctico de Arbitraje, Colombia, Pág. 11

En nuestro criterio debemos mencionar que la clasificación dada por los autores es muy extensa para los fines prácticos. Nosotros clasificamos al arbitraje en cuatro categorías:

Arbitraje Institucionalizado: Nos parece que un Centro especializado es una entidad que garantizará el normal desarrollo y cumplimiento del proceso

Arbitraje Independiente: Este arbitraje debe existir porque es donde realmente se refleja la autonomía de la voluntad de las partes, pero se debe limitar el tiempo en el que se debe conformar el tribunal ya que de lo contrario atacaríamos a una ventaja primordial del sistema del arbitraje como es la economía procesal de la que se habla, ya que se podría dilatar demasiado el proceso. Y por otra parte se debe fijar reglas, procedimientos, sanciones para que árbitros independientes no actúen de una manera arbitraria, y con esto se garantice el debido proceso.

En la clasificación que se realiza al arbitraje en derecho y en equidad, nos parece primero que los árbitros al emitir su laudo o decisión en derecho deben estar respaldados en informe técnicos cuando el conflicto que se pone a su conocimiento verse sobre específica arte, ciencia o profesión. El arbitraje en equidad en donde se aplica el leal saber y entender consideramos que no puede aislarse de la aplicación técnica y legal, ya que la decisión si bien es cierto se la realiza en base a criterios propios y personales, estos no pueden alegarse de la realidad que se encuentra reflejada y se ve garantizada por la leyes que rigen para una sociedad.

- n) ***De acuerdo a nuestro tema y por su importancia y relevancia analizaremos mas detenidamente el arbitraje internacional***

El arbitraje internacional surge, debido al crecimiento de las relaciones internacionales que se dan entre los países. En particular este crecimiento se ha visto reflejado en el área de los negocios y del comercio internacional, apareciendo de esta manera los conflictos jurídicos derivados de tales relaciones mercantiles, lo que ha su vez a provocado la

búsqueda de nuevas fórmulas que sean rápidas, eficaces y de bajo costo para resolver dichas controversias.

La justicia ordinaria de cada Estado muestra una manifiesta incapacidad para solucionar de modo adecuado las controversias surgidas de las relaciones económicas internacionales; mientras que el arbitraje es una alternativa ágil y dinámica para la resolución de estos problemas. Es por esto, que en el seno de las Naciones Unidas se propuso la creación de una ley modelo sobre arbitraje comercial “(Ley Modelo UNCITRAL) con carácter internacional, con el fin de facilitar aún más las relaciones comerciales entre los sujetos y las empresas de los diversos países”¹⁸. Precisamente por esto y atendiendo al desarrollo comercial antes mencionado esta ley en su Art. 1 reconoce al arbitraje internacional entre otros factores en cuanto las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado. También, se han suscrito una serie de instrumentos jurídicos internacionales y nacionales que regulan el sistema arbitral en el campo de las negociaciones internacionales. Estas convenciones multilaterales o tratados internacionales forman parte del ordenamiento arbitral internacional de cada país.

Según el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** el arbitraje Internacional es “aquel en el que se involucran personas o bienes de distintos países sometidos a legislaciones diferentes, estados, realizándose el proceso en cualquier lugar y con sometimiento al derecho internacional”¹⁹.

Según el **Tratadista Roque J. Caivano** el arbitraje internacional es considerado como tal cuando excede el marco de un estado, sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en estados

¹⁸ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, La Justicia Alternativa

¹⁹ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, La Justicia Alternativa Pág. 44

diferentes, o sea que la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones excedan de los límites de un estado.

En **nuestro criterio** el arbitraje es internacional cuando las partes en conflicto pertenezcan a diferentes estados, o cuando el objeto del conflicto este situado o produzca efectos en otro estado diferente al de las partes. En el caso suscitado entre Ecuador y la compañía “Occidental” evidentemente por las características del mismo estamos frente a un arbitraje de carácter internacional independientemente de que este sea forzoso.

En el Ecuador, el arbitraje internacional, no estaba reconocido en el ordenamiento jurídico, ya que en el Art. 1505 del Código Civil se expresaba lo siguiente:

“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público ecuatoriano. Así, la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto”²⁰

De esta norma se desprende indudablemente que no se podía celebrar un convenio arbitral internacional ya que el mismo podía ser declarado nulo.

Posteriormente el Consejo Supremo de Gobierno emitió un decreto interpretativo del Art. 1505 del Código Civil publicado en el (R.O. No. 193 de 15 de octubre de 1976) que expresaba lo siguiente:

“Interpretase el Art. 1505 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 153 de la Constitución Política, en el sentido de que el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña, procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional”

Esta interpretación impedía el desenvolvimiento de un arbitraje internacional, ya que de pactarse en el Ecuador constituía un objeto ilícito.

Este concepto cambió radicalmente con la expedición de la nueva ley de Arbitraje y Mediación, ya que la misma deroga expresamente la interpretación realizada en el Art. 1505 de Código Civil y derogó de igual manera en el mismo Art. 1505 la frase siguiente:

“Así, la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto”

Estructura del arbitraje internacional:

Según el Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga el arbitraje internacional como medio idóneo para dirimir disputas tiene su apoyo en las siguientes estructuras:

a) La validez extraterritorial del pacto arbitral: En el arbitraje internacional existe una preponderante tendencia hacia la validez extraterritorial de la cláusula arbitral, así lo consagran los ordenamientos jurídicos de distintos países y sobre todo, las convenciones y tratados internacionales sobre arbitraje privado. Esta validez fue reconocida en el Convenio de Ginebra de 1923, y se confirmó en el Convenio de las Naciones Unidas de 1958.

En **nuestro criterio** la validez extraterritorial de la cláusula arbitral se ve reflejada cuando produce efectos jurídicos fuera del territorio donde fue firmada la cláusula arbitral, también es importante mencionar que en el campo internacional la cláusula arbitral nace de los tratados bilaterales suscritos por dos o más estados por ejemplo la obligación de someterse al arbitraje en el caso que nos compete surgió justamente a la firma del Convenio de Garantía de Inversiones celebrado entre Ecuador y Estados Unidos.

²⁰ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje la Justicia Alternativa, Ecuador Pág. 168

El Tribunal de Londres en el caso entre el Estado Ecuatoriano y “Occidental” de acuerdo a los principios generales del derecho internacional toma conocimiento del caso y se declara competente para juzgar, cimentándose en lo que comprende la validez extraterritorial de la cláusula arbitral. Es entonces que el Tribunal de Londres conoció la ley ecuatoriana, así como el convenio bilateral de inversiones, el contrato de participación y aplicando principios generales del derecho y una ley extranjera que es diferente al lugar en donde se desarrolló el arbitraje y fue como base su decisión arbitral.

El pacto arbitral debe contener los siguientes elementos básicos:

b) Escogitamiento de la ley sustantiva aplicable al fondo de la cuestión litigiosa: Las partes suelen acordar la ley aplicable, bien sea al proceso arbitral o al fondo del litigio. Si las partes no eligen la ley que debe aplicarse obliga a los árbitros a escoger las siguientes alternativas:

b.1) Aplicar la norma de conflicto (Derecho Internacional Privado) que ellos estimen más apropiada. Si los árbitros deciden recurrir a estas normas se conducirán casi con toda seguridad a las normas de un determinado ordenamiento jurídico nacional.

b.2) Deciden aplicar para la solución de la controversia a lo que se ha dado en llamarse la “Lex Mercatoria” de aplicarse la denominada “Lex Mercatoria” que la doctrina lo relaciona con lo que se ha llamado el arbitraje anacional, es decir mediante esta ley se aplicarían normas anacionales que se nutren básicamente de fuentes tales como los principios generales de derecho, principios que son reconocidos por las naciones civilizadas o que son comunes a las partes contratantes.

La importancia de la “Lex Mercatoria” en el arbitraje internacional se ha dado por las siguientes razones: **1)** Ha servido para describir aquellos laudos que por una multiplicidad de razones no son objeto de revisión de conformidad con ningún derecho nacional, excepto por aquel del lugar donde el laudo será ejecutado; **2)** Para indicar la cuestión

conforme con lo cual los árbitros deciden la controversia sin referencia a un sistema legal nacional determinado, en este supuesto los árbitros deciden los litigios de conformidad a la "Lex Mercatoria".

c).- El procedimiento: En uso de la autonomía de la voluntad, las partes fijan en la cláusula arbitral el procedimiento por el que se regirán en caso de surgir un conflicto, tienen también la facultad de escoger entre dos supuestos: que sus controversias sean sometidas al arbitraje administrado, o que sean sometidas a un arbitraje independiente.

d).- El laudo arbitral: La resolución final que se dicta en el proceso arbitral, se denomina laudo. Es así que los laudos extranjeros son aquellos dictados fuera del territorio ecuatoriano, independientemente de que las partes y/o los árbitros hayan sido nacionales. Los laudos internacionales se equiparan a la sentencia judicial extranjera, quedando sometidos a los mismos requisitos en cuanto a su reconocimiento y ejecución. Según la convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, su admisibilidad está supeditada a que se cumplan con los siguientes requisitos:

- 1) La formalidad de los instrumentos
- 2) La competencia en la esfera internacional
- 3) El debido proceso legal
- 4) La cosa juzgada
- 5) El orden público

En **nuestro criterio**, podemos observar que el proceso arbitral que se ha llevado a cabo en Londres ha guardado la debida armonía estructural anteriormente descrita, porque se ha reconocido la validez extraterritorial de la cláusula compromisoria lo que hace que la misma este debidamente sustentada y reconocida a fin de que pueda ser perfectamente aplicable en el proceso, la ley sustantiva aplicada fueron los principios generales de derecho así como las leyes internas del Ecuador y el convenio suscrito. El procedimiento

fue administrado y el laudo arbitral dictado en Londres se equipara a una sentencia judicial extranjera.

1.1.1.1.1 Subcapítulo 4.- Convenio Arbitral:

a) Concepto:

Según el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** define al convenio arbitral como el acuerdo de voluntades mediante el cual las partes deciden excluir de la jurisdicción ordinaria determinadas controversias, susceptibles de ser transigidas, para remitirlas a la decisión de particulares llamados árbitros. Este acuerdo de voluntades es genéricamente llamado “Acuerdo Arbitral” o como lo llama nuestra ley “Convenio Arbitral”

Antes de la promulgación de la actual Ley de Arbitraje y Mediación, el convenio arbitral estaba dividido en dos actos sucesivos: La cláusula arbitral que era aplicable para conflictos futuros y el compromiso arbitral que era utilizado para conflictos presentes. Esta división era establecida en el derogado Juicio Arbitral contenido en el Código de Procedimiento Civil. En la actualidad la convención arbitral contiene en un solo acto las dos formas antes mencionadas y con los mismos efectos jurídicos. Es por esto que la doctrina ha definido al Convenio Arbitral “como un contrato mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros originados en una relación contractual, o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria”.²¹ Según el **Tratadista Jorge Hernán Gil Etcheverry** el pacto arbitral se acuerda por las partes bajo dos formas específicas: cláusula compromisoria y compromiso.

El convenio arbitral, tiene como objeto principal el de asignar jurisdicción especial y temporal a quienes actuaran como árbitros. Siendo el convenio arbitral un acuerdo de

²¹ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, La Justicia Alternativa.

voluntades debe cumplir con los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para todo contrato es decir que no se encuentre viciado de error, fuerza o dolo, debe ser expresado validamente por personas que tengan capacidad legal para obligarse, deberá tener un objeto lícito y causa lícita, de acuerdo a lo estipulado en nuestro Código Civil. Haciendo referencia al **Derecho Internacional Privado**, diremos pues que este también reconoce la importancia del convenio arbitral, es así como en la convención de las Naciones Unidas, de Nueva York suscrita en 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, describe a la cláusula arbitral como el acuerdo por escrito, conforme al cual las partes se obligan a someter al arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje; así mismo se establece el Convenio Arbitral en la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional suscrita en Panamá en 1975, en el proyecto de ley modelo de la Convención de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional.

La ley Modelo UNCITRAL estipula que el acuerdo arbitral puede surgir de intercambio de escritos de demanda y contestación en lo que la existencia del acuerdo tenga que ser afirmada por ambas partes en donde lógicamente no podría existir negación de someterse al arbitraje por ninguna de las dos partes (Art. 7 inc. 2).

En nuestro criterio el convenio arbitral es la base para que surja el proceso arbitral, ya que de no existir el mismo, el proceso arbitral sería inexistente. Así mismo nos parece correcto que el convenio arbitral contenga la cláusula arbitral y el compromiso arbitral en un solo acto. Cabe rescatar lo que manifiesta el **Tratadista Roque J Caivano** que le da al

convenio arbitral un doble carácter de convención civil tanto en la existencia de un acuerdo de voluntades y de un pacto procesal, “ya que el objeto de la misma es producir efectos netamente procesales como la derogación de la jurisdicción estatal y la sumisión a un tipo particular de la resolución de disputas”²². Se desprende de lo anteriormente mencionado que las partes están obligadas a cumplir con lo establecido en el convenio arbitral ya que si alguna de las partes se negara a hacerlo la otra está en la facultad de acudir a los Juzgados y tribunales en pos de ejercer una acción a fin de que la parte adversa cumpla con lo establecido en el convenio arbitral. De igual forma la existencia del convenio arbitral automáticamente daría la posibilidad a cualquiera de las partes en caso de que la disputa se la intentará ventilar en sede judicial para oponer la excepción de incompetencia y con esto conseguir que el juez que hubiere sido el que ventilaría en sede judicial cualquier fuera el conflicto decline automáticamente en favor de los árbitros.

b) Forma del Convenio Arbitral:

En el derogado juicio de arbitraje exigía el otorgamiento de una escritura pública o un documento privado reconocido judicialmente por las partes para establecer el compromiso.

En la **nueva Ley de Arbitraje y Mediación** exige una simple formalización por escrito del convenio arbitral (Art. 5 inciso segundo); este convenio puede constituir una cláusula más del contrato principal, para someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias que puedan surgir en la interpretación y ejecución de dicho contrato. En el mismo artículo se prevé el acuerdo independiente, aquel que se refiere a un acuerdo sobre un negocio independiente que se encuentra fuera del negocio principal. El convenio arbitral puede hacérselo también separadamente del contrato como lo dispone el Art. 6 de la Ley de

²² Roque J. Caivano, El Justicia Arbitral

Arbitraje y Mediación cuando resulte de un intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación por escrito.

El aspecto más importante es la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, y debe quedar reflejado por escrito, para probar que el convenio existe.

Según el Tratadista **Roque J. Caivano** la forma del convenio arbitral por principio general en lo que respecta a materia de contratos es el de la libertad de formas lo que da facultad a las partes para utilizar las formas convenientes que juzgaren necesarias a fin de perfeccionar el convenio.

c) Contenido del Convenio Arbitral:

La cuestión relativa a conocer que es lo que necesariamente debe o eventualmente puede contener el Convenio Arbitral constituye uno de los puntos más destacables del estudio de esta figura.

Según el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** menciona que el contenido necesario del convenio arbitral deberá contener obligatoriamente:

a) La manifestación en forma expresa u a través de cualquier medio de comunicación por escrito la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

De no existir un acuerdo por escrito el convenio adolecerá de falta de consentimiento que acarreará la nulidad absoluta del acto o contrato, de acuerdo ha nuestra legislación positiva.

b) Debe determinar la relación jurídica, contractual o no contractual de donde pueda surgir o haya surgido la controversia susceptible de transacción, con esto se busca delimitar las controversias que se someterán al procedimiento arbitral, con el objetivo que no se sometan cuestiones que están fuera de la ley y que no son susceptibles de

transacción, para así evitar la total y absoluta indeterminación del asunto litigioso que se somete al juicio arbitral

Por su parte el **Tratadista Jorge Hernán Gil Etcheverry** manifiesta que el único y principal requisito que debe contener el convenio arbitral es que conste por escrito en cualquier documento, manifiesta así mismo que en lo que respecta al telex o el fax que no son viables en tanto que son documentos unilaterales. **En Nuestro criterio** si bien es cierto que se los puede considerar como documentos unilaterales válidos para someterse al arbitraje, esto será siempre y cuando no exista una respuesta de la otra parte en aceptar el sometimiento al arbitraje, por este motivo el acuerdo de voluntades también en nuestro criterio es un requisito indispensable para el contenido del convenio arbitral.

Contenido facultativo:

Según el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** el convenio arbitral podrá contener:

- a) La decisión de las partes si los árbitros han de decidir el conflicto en derecho o en equidad. Si las partes no optaren expresamente por el arbitraje de derecho, los árbitros decidirán en equidad.
- b) La designación de los árbitros principales y el alterno, el número para integrar el tribunal, y la reglas del procedimiento a seguir.
- c) La decisión de encomendar la administración del arbitraje a algún centro de arbitraje.

• Capacidad para celebrar el convenio arbitral:

La ley de Arbitraje y Mediación establece que “las personas naturales y jurídicas podrán someterse al arbitraje siempre que estas tengan capacidad para transigir”²³. La persona

²³ Ley de Arbitraje y Mediación, Ecuador, Art. 4

natural o jurídica que tiene la capacidad de disponer, de desprenderse de un bien o de un derecho, renunciado a él o pudiendo transferirlo o enajenarlo a otra es la que tiene la capacidad para celebrar válidamente el convenio de arbitraje. Lo anteriormente mencionado tiene estrecha relación con lo que dispone el Código Civil con respecto al contrato de transacción que dice no pueden transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción desde esta perspectiva carecen de capacidad para otorgar un convenio arbitral válido los incapaces absolutos. En cuanto a los incapaces no absolutos, es decir los relativos lo pueden hacer con sus respectivos representantes legales. Por otra parte también son incapaces aquellos que aun teniendo capacidad general para actuar, se encuentran, por la circunstancia que fuere, desprovistos de la libre disposición del derecho objeto del arbitraje.

Según el **Tratadista Roque J. Caivano** manifiesta que no se “podrá transigir a nombre de otra persona sino con poder especial, con la indicación de los derechos y obligaciones sobre los cuales debe versar la facultad de transar”²⁴. El autor le da la calidad de mandatario a quien tenga le mencionado poder, sin embargo según menciona el autor para que el mandato sea perfectamente válido para poderse someter al arbitraje se deberá incluir en forma específica la facultad para realizar tal gestión.

- **La capacidad de las entidades del sector público:**

Las entidades públicas para poder celebrar un convenio arbitral lo tienen que hacer por medio de su representante legal, y según el **Abogado Ernesto Salcedo Verduga** se debe cumplir con los siguientes elementos:

- a) Que el respectivo representante legal acredite la existencia de la entidad pública a la cual representa, así como su condición de representante legal de la misma;

²⁴ Roque J Caivano La Justicia Arbitral

b) Que el representante acredite que la entidad pública cuenta con la facultad legal para transigir; es decir, que tiene facultad de disposición sobre los bienes o derechos que se somete a la decisión arbitral.

c) Cuando fuere necesario deberá justificar la autorización para someterse al arbitraje.

Según la **Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador** menciona que las entidades públicas pueden pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia en cuyo caso, los representantes legales no necesitan ninguna clase de autorización, (Art. 4 LAM); si se celebrare el convenio con posterioridad, es decir, después de surgida la controversia, los representantes tienen la obligación de consultar al Procurador General del Estado cuyo dictamen será de obligatorio cumplimiento. “La relación jurídica a la cual se refiere el convenio debe ser solamente de carácter contractual”²⁵ (Art. 4 inciso cuarto). Para que las entidades del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado.

Cuando la Institución del sector público renuncie a la jurisdicción ordinaria deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la institución.

El incumplimiento de los requisitos acarreará la nulidad del convenio arbitral.

En el proceso arbitral entre Ecuador y “Occidental”, a pesar de haberse presentado el arbitraje de manera forzosa, el Procurador General del Estado lo acepto expresamente, legitimando el proceso.

1.1.1.1.1. Subcapítulo 5.- La Materia Arbitral

Según el Tratadista **Abogado Ernesto Salcedo Verduga**, menciona que no se puede someter al arbitraje, controversias que no son susceptibles de transacción, esto es que

²⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 4 inc. 4

las partes podrán someter a arbitraje las controversias sobre los bienes y derechos que tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos, los mismos que no pueden ser contrarios a la ley, al orden público, ni a las buenas costumbres. De lo anteriormente mencionado no pueden ser objeto de convenio arbitral:

1.- Los asuntos relacionados con el estado civil de las personas, debido a que el estado civil de las personas atañe al orden público. Por el contrario “si se podría celebrar un convenio arbitral en lo que tiene que ver con los derechos y deberes que se deriven del estado civil de las personas”²⁶, como por ejemplo los derechos hereditarios ya que esto si será susceptible de transacción.

2.- El derecho a alimentos futuros de personas a quienes se deba por ley. Esto debido a que el derecho de recibir alimentos per se no es asunto transigible sino por el contrario la persona que deba pensión alimenticia deberá cumplir obligatoriamente la ley por ser de carácter obligatoria.

3.- Los derechos ajenos y los derechos que no existen, esto es porque los derechos ajenos no pueden ser considerados como objeto del pacto arbitral “ya que no se puede renunciar sobre derechos que no le pertenecen”²⁷. En cuanto a los derechos que no existen se refiere a los derechos que la ley no considera como tales y por lo tanto no pueden estar sujetos a una decisión arbitral.

4.- Sobre la acción penal por la comisión de un delito. Ya que la acción penal es de interés público, y por ende protectora de bienes jurídicos de la sociedad lo cual no es transigible, y por ello excluido del arbitraje.

²⁶ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje La Justicia Alternativa, Pág. 76, Ecuador

5.- Sobre el litigio ya terminado. Un conflicto ya terminado ya escapa de ser transado.

6.- Los derechos de contenido personal. Estos son excluidos del arbitraje por no ser transigibles ya que se “otorga un derecho a una persona en consideración a sus calidades personales, bien sea para su uso o disfrute personal, como son los derechos de usufructo, uso, y habitación”²⁸.

7.- Los derechos individuales establecidos por el Código del Trabajo ya que son derechos irrenunciables.

2. CAPITULO 2.- ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

2.1 Subcapítulo 1.- Antecedentes:

Según el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** el arbitraje en el Ecuador tiene sus antecedentes en épocas muy antiguas, como es el caso del las leyes procesales del fuero juzgo en la recopilación de la ley XIII que establecía que solo pueden ser jueces los nombrados por el rey, los designados por otro juez y los que nombren las partes de común acuerdo. Con la invasión árabe a España se dio origen a las fazañas y albedríos, las primeras que eran sentencias dictadas por el Rey, y las segundas dictadas por árbitros o compondores.

Otro antecedente, se encuentra en el especulo o código que fue publicado durante el reinado de Don Alfonso el sabio en el año de 1256, en su libro cuarto ya hace referencia a los árbitros. En el año de 1265 se publicó las leyes de las siete partidas donde se establecen las reglas para la actuación de los jueces avenidores y de los árbitros arbitradores. Los primeros fallaban con estricto sujeción a derecho, y los segundos ciñéndose a su leal saber y entender.

²⁷ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje La Justicia Alternativa. Pág. 77, Ecuador

La conciliación y el arbitraje aparecen regulados en nuestro sistema jurídico en el período PRE independiente cuando la Gran Colombia del que el Ecuador formaba parte pertenecía al imperio español, específicamente en la Constitución Política de la monarquía española. La citada constitución de 1812 contempla el llamado instituto arbitral que es una fórmula de arreglo de las controversias por una vía distinta de la jurisdiccional formando así un antecedente para el proceso arbitral ya que contenía elementos como, la voluntad de los interesados, la elección de los árbitros, la aceptación de su decisión, como elementos significativos ya entablándose dentro del derecho privado. En los primeros años como República Independiente el arbitraje apareció en el Ecuador como medio para resolver el problema limítrofe con el Perú cosa que se vio reflejado en las palabras del señor Emilio Bonifaz, Ministro Plenipotenciario del Perú en Quito, cuando expresó que el arreglo de límites entre el Ecuador y Perú se debería dar por una decisión arbitral. Este pedido se cristalizó en el convenio firmado el 1 de Agosto de 1887 en Quito, en donde se sometían los dos países a la decisión arbitral del Rey de España. Sin embargo el Rey de España se inhibió de continuar interviniendo como árbitro debido a que el Perú se anticipó en el año de 1910 en decir que no aceptaría el fallo arbitral si este no convenía a sus intereses.

En el año de 1942 se suscribió el Protocolo de Río de Janeiro en el cual se determinó la línea divisoria a lo largo de la frontera de ambos países. Posteriormente se constituyeron las comisiones delimitadoras en las cuales los dos países confirieron poder al capitán de navío Braz Díaz de Aguiar para que resolviera en calidad de árbitro los desacuerdos que pudieran presentarse en la demarcación fronteriza. A raíz de esto se produjo una discrepancia en la línea de frontera del sector oriental de Lagartococha-Guepi por lo que expidió un laudo con fecha 14 de julio de 1945 en donde se ponía fin al problema mencionado. Sin embargo con posterioridad el Perú apelo al referido laudo, y en

²⁸ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje la Justicia Alternativa, Pág. 78, Ecuador

oposición a la tradición jurídica universal el árbitro acoge la pretensión peruana y con fecha 13 de enero de 1947 modifica su laudo emitiendo un segundo fallo en el que se excede en sus funciones en contra de los intereses del Ecuador.

La tradición ecuatoriana en cuanto al arbitraje moderno con un procedimiento y reglas particulares se inició desde el año 1960 con la promulgación del Código de Procedimiento Civil en donde se estableció el Juicio Arbitral.

2.1.1. Subcapítulo 2.- Constitución Política de la República del Ecuador:

En el año de 1994 el Presidente Constitucional en ese entonces Arq. Sixto Durán Ballén, conformó una comisión de notables con el encargo de redactar una propuesta de reforma a la carta política que sería presentada al Congreso Nacional. La comisión de notables presentó la idea con el fin de introducir constitucionalmente el sistema de arbitraje y de otros mecanismos alternativos a la justicia ordinaria para la solución de conflictos, propuesta realizada por el Doctor Jorge Zavala Egas. La propuesta fue la siguiente: “Se reconoce el sistema arbitral y otros mecanismos alternativos para la solución de las controversias”

La Asamblea Nacional Constituyente que aprobó la nueva Constitución Política el 5 de Junio de 1998 en Riobamba señala en su artículo 191: “se reconocerán el arbitraje, la mediación, y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos con sujeción a la ley”²⁹, la mencionada norma se encuentra contenida en el título VIII de la Función Judicial, capítulo I de los principios generales. De tal forma que el arbitraje en el Ecuador está elevado a carácter constitucional dando así a los ciudadanos la facultad de recurrir a estos medios alternativos en busca de una justicia independiente y diferente a la justicia ordinaria.

²⁹ Constitución Política del Ecuador, Título IV, Función Judicial

2.1.1.1. Subcapítulo 3.- Código de Procedimiento Civil

El arbitraje moderno en el Ecuador se inició con la promulgación en el Código de Procedimiento Civil en el cual incluyó por primera vez en sus normativas la sección número 33 (a) del título II del libro II que se refiere al juicio por arbitraje. Este procedimiento contenía disposiciones nada prácticas, excesivamente formalistas; por lo que estas normas fueron expresamente derogadas y sustituidas por la nueva Ley de Arbitraje y Mediación. En el mismo Código adicionalmente incluía las normas sobre arbitraje comercial, la misma que fue derogada también por la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el año de 1997.

2.1.1.1.1 Subcapítulo 4.- Ley de Arbitraje y Mediación:

Esta Ley fue aprobada por el Congreso Nacional el 21 de Agosto de 1997 y publicada en el Registro Oficial número 145 del 4 de septiembre del mismo año, esta nueva Ley reconoce y contiene todo el sistema arbitral y la mediación asistida por un tercero neutral, así como la mediación comunitaria, como procedimiento de solución de conflictos en el Ecuador. Así mismo la mencionada Ley contiene en su título I El Arbitraje, clases de arbitraje, capacidad para acudir al arbitraje, el convenio arbitral, las medidas cautelares, y su procedimiento como es la demanda arbitral, citación y contestación de la demanda, la audiencia de mediación, designación de árbitros, constitución del tribunal, los requisitos para ser árbitro, el laudo arbitral, y por último nos habla sobre el arbitraje internacional, Título el cual contiene 42 artículos. El Título II, contiene las disposiciones pertinentes a la mediación, tratando este tema desde el artículo 43 al 57 de la mencionada ley. El título III se refiere a la mediación comunitaria desde los artículos 58 al 59, y por último esta Ley contiene disposiciones generales y transitorias.

2.1.1.1.1 Subcapítulo 5.- Otras Leyes:

El procedimiento arbitral ha sido previsto también en otras normas del sistema positivo ecuatoriano, así como:

- **Ley de Régimen del Sector Eléctrico:** (Art. 21) **Controversias:** “Toda controversia que se suscite entre: generadores, el transmisor, distribuidores, consumidores, el Centro Nacional del Control de Energía, con motivo de suministro de energía eléctrica o de los servicios públicos de transmisión y distribución de electricidad podrá ser sometida al procedimiento de arbitraje de conformidad con la ley o ser sometidos al conocimiento y resolución del Director Ejecutivo del CONECEL. Las resoluciones que este adopte podrán ser apeladas ante el CONECEL. Esta resolución podrá ser impugnada ante los jueces competentes” en todo caso el CONECEL será informado por las partes, las razones de la controversia.”
- **Ley de Promoción y Garantía de Inversiones:** (Art. 32) “El Estado y los inversionistas extranjeros podrán someter las controversias que se suscitaren por la aplicación de esta ley a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Ecuador o a los procedimientos específicamente acordados o estipulados en los Convenios Bilaterales o multilaterales firmados y ratificados por el País.
- **Ley General de Seguros:** (Art. 42) “El asegurado o beneficiario podrá acudir en juicio Verbal sumario ante los jueces competentes o someter al arbitraje comercial o mediación según sea el caso”. Esto se refiere al reclamo administrativo que puede plantear el asegurado ante la Superintendencia de bancos contra las empresas aseguradoras que se muestran renuentes a pagar la indemnización.

- **Ley de Propiedad Intelectual:** (Art. 374) “Toda controversia en materia de Propiedad Intelectual, podrá someterse al arbitraje o mediación de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación” para tal efecto el IEPI esta autorizado a suscribir el respectivo convenio arbitral, sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado.

En **nuestro criterio** siendo que en la ley de propiedad intelectual se considera que es función del estado asumir la defensa de los derechos intelectuales, que la protección de la propiedad intelectual es vital para el desarrollo tecnológico y económico del país ya que con esto se fomenta la inversión, investigación y desarrollo lo cual sin duda estimulará la producción tecnológica nacional y por ende proporcionará al Ecuador una ventaja en el orden económico mundial. Que la falta de una adecuada protección a los derechos de propiedad intelectual restringe la libre competencia dificultando de esta manera el crecimiento económico respecto de la más amplia gama de bienes y servicios que incorporan activos tangibles; además se debe decir que el proteger los derechos intelectuales responde a los principios de universalidad y armonización internacional, y siendo que el Ecuador se ha adherido a la organización mundial de comercio en donde el arbitraje internacional pasa a ser una herramienta fundamental para garantizar el respeto a los mencionados derechos, el Estado Ecuatoriano debe ser pieza fundamental para que estos derechos no se vean vulnerados. Por tales consideraciones en **nuestro criterio** se debería reformar el artículo antes detallado toda vez que excluye al Procurador General del Estado a intervenir como parte en un arbitraje; y se debe especificar que la previa aprobación del convenio arbitral surgido el conflicto debe ser conocido y autorizado por el Procurador General del Estado.

- **Ley de Mercado de Valores:** (Art. 124 inciso segundo) “Para la solución de los conflictos y pretensiones entre el constituyente, los constituyentes adherentes, el fiduciario y el beneficiario, derivados de los contratos de fideicomiso mercantil, las partes podrán acogerse a los mecanismos alternativos de solución de conflictos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación.

(Art. 231) “**Arbitraje.** Cualquier controversia o reclamo que existiere entre los participantes en el mercado de valores, relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la presente ley, podrán ser sometidos a arbitraje de conformidad con la ley de arbitraje y mediación y reglamentos aplicables”

- **Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana:** Esta ley fue emitida con el fin de realizar un cambio en el ordenamiento jurídico de la República, para de esta manera lograr una reactivación a la economía nacional y la participación directa y activa de la ciudadanía, por lo que se reformaron las leyes de algunas materias; en lo que interesa a nuestro trabajo, en lo referente al arbitraje tenemos entre las más importantes reformas:

Art. 46 de la Ley de Modernización del Estado: este artículo se refiere al contrato de delegación el mismo que tendrá las cláusulas necesarias para asegurar que los servicios públicos atiendan intereses de los usuarios. Se estableció que todo contrato de delegación incluirá necesariamente una cláusula de arbitraje para la solución de controversias.

En cuanto a las reformas a la Ley de Hidrocarburos se sustituyó el artículo 10 el cual menciona que los actos jurídicos de las instituciones del sector podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial. Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta ley podrán ser resueltas mediante la aplicación del

sistema de mediación y arbitraje de conformidad a lo establecido en la ley y en el convenio arbitral correspondiente.

- **Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado:**

Esta ley fue promulgada en el Registro Oficial No. 312 de 13 de abril del 2004, en la cual se establece que el procurador está facultado para el ejercicio del patrocinio del Estado y está facultado para contestar demandas, e intervenir en las controversias que se sometan a la resolución de los órganos de la función judicial, de tribunales arbitrales, así mismo, puede supervisar los procedimientos arbitrales y asesorar de oficio o a petición de los organismos en las demandas o defensas de los intereses de las instituciones del Estado, como en los procedimientos alternativos de solución de conflictos, según lo determina el artículo 5 de la mencionada ley.

En el artículo 11 se trata del arbitraje y de la mediación en donde se establece que los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte previa a la suscripción del respectivo convenio. Surgida la controversia los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación de conformidad con las leyes pertinentes pero para someterse al arbitraje internacional, requerirán además de la autorización de la Procuraduría General del Estado.

- **Reglamento de los Tribunales de Arbitraje de las Cámaras de Comercio:** Son las normas que fijan la composición, competencia, y funcionamiento de tales organismos.

- **Normas que contienen el Arbitraje Internacional en el Ecuador:**

1) El Arbitraje Internacional está reconocido por la Constitución Política de la República del Ecuador, y en la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 41 en el ámbito de las negociaciones internacionales. En este artículo se establece que el arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado o cuando se reconozca en un tratado internacional, si es el primer caso deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral tengan sus domicilios en estados diferentes, o;
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación mas estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes tiene su domicilio; o
- c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional.

Además se menciona la regulación del arbitraje internacional en el artículo 42 el mismo que principalmente menciona que este arbitraje quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derechos internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador.

2) El arbitraje Internacional se regula por los Tratados y convenciones bilaterales y multilaterales suscritos y ratificados por el Ecuador.

3) Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros suscritos en Montevideo el 8 de mayo de 1979.

- 4) El arbitraje institucional para las controversias internacionales se aplica en los Centros de arbitraje de las Cámaras de Comercio del Ecuador, así como a través de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) y su reglamento.
- 5) Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (**CNUDMI**)
- 6) Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras

3. CAPITULO 3.-CONVENIO DE GARANTIA DE INVERSIONES ENTRE ECUADOR Y ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA.

3.1. Subcapítulo 1. Tratados bilaterales, concepto y jerarquía legal.

Partiremos diciendo, el concepto de lo que significa un tratado y diremos pues que los tratados constituyen una declaración hecha por dos o mas estados, de una relación jurídica existente entre ellos; declaración mediante al cual se obligan a cumplir y respetar como si fuera verdadero derecho positivo.

Los tratados bilaterales son acuerdos entre dos partes es decir dos estados “con el fin de acordar el desarrollo, promoción, ejecución, de uno o varios temas como por ejemplo inversiones, comercio exterior, aduanas, políticas migratorias, etc.”³⁰

- **Jerarquía Legal**

³⁰ Diccionario Jurídico Cabanellas, Concepto tratado bilateral

Los tratados y convenios internacionales están regulados en nuestro ordenamiento jurídico específicamente en la Constitución Política de la República en su capítulo VI de dicho texto legal que dice lo siguiente “las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales una vez promulgados en el Registro Oficial formarán parte del ordenamiento jurídico de la república y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”. Esto quiere decir que los tratados aprobados prevalecen por encima de todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano quedando únicamente sometida a la norma de máxima jerarquía que es la Constitución.

Cabe mencionar que los tratados y convenios internacionales serán aprobados por el Congreso Nacional únicamente cuando se refieran a materia territorial o de límites, los que establezcan alianzas políticas o militares, los que comprometan al país en acuerdos de integración, los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley, los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas, y a los derechos colectivos y los que contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley. Para la aprobación de dichos convenios el Congreso se reunirá en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso; previamente se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional, respecto a la conformidad de dicho tratado con la constitución. La aprobación del tratado que exija una reforma constitucional no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma.

3.1.1 Subcapítulo 2.- Análisis del Principio “Pacta Sunt Servanda”

Esta frase expresa que lo estipulado por las partes, cualquiera sea la forma de la estipulación, debe ser fielmente cumplida es decir debe estar a lo acordado;

La frase “pacta sunt servanda” sintetiza la máxima jurídica establecida, dando un carácter espiritualista por el derecho canónico al manifestar lo siguiente: *“pacta quantum cumque nuda, servanda sunt”*.³¹,

Esta afirmación mencionada anteriormente constituyó en su momento una verdadera revolución jurídica frente al rígido formalismo contractual romano que solo reconocía acción procesal a ciertos pactos. El análisis del llamado “Pacta Sunt Servanda” a llevado a contrapuestos criterios, entre estos el mas destacable consagra la eficacia de todo lo convenido verbalmente o por escrito, una vez probado el concierto de voluntades. Por último debemos decir que este principio se afirmó plenamente en el derecho español en el ordenamiento de Alcalá cundo declara: *“sea valedera la obligación o el contrato que fueren hechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro y hacer contrato con él”*³² haciendo referencia al tema en cuestión hay que manifestar que el Ecuador al celebrar tratados y convenios de carácter internacional, automáticamente esta contrayendo una obligación de dar hacer o no hacer algo, ciñéndose estrictamente a lo acordado en los mencionados instrumentos, internacionales, como consecuencia al cumplimiento del principio “Pacta Sunt Servanda”.

3.1.1.1 Subcapítulo 3.- Breve análisis del Tratado Bilateral de Inversiones entre Estados Unidos y Ecuador

El mencionado Tratado publicado en el Registro Oficial No. 49 de fecha martes 22 de Abril de 1997, fue el Tratado por el cual el Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica, fijaron la promoción y protección recíproca de inversiones, con el objeto de alcanzar una cooperación económica respecto a las inversiones hechas por nacionales y sociedades de una parte en el territorio de la otra parte, el mismo que se suscribe para estimular el flujo de capital privado, así como el desarrollo económico de ambas naciones. Mediante el mismo se dispone otorgar un trato justo y equitativo a las inversiones que realicen ambos países. El Tratado consta de doce artículos con varios

³¹ Diccionario Jurídico Cabanellas, Pacta Sunt Servanda

³² Diccionario Jurídico Cabanellas

incisos y numerales respectivamente, finalizando el mismo con un protocolo, y las respectivas consideraciones.

El Tratado empieza por definir lo que se considera para efectos del mismo como inversión, manifestando que “es el capital social, las deudas, y los contratos de servicio y de inversión que se realicen en el territorio de una de las partes firmantes”³³, y que directa o indirectamente sea propiedad, o esté controlada de nacionales o sociedades de la otra parte, de lo que se desprende que el control puede ser administrado ya sea por una sociedad donde su funcionamiento principal pueda estar, o no dentro del país de origen.

Esta inversión comprende entre otras las siguientes:

- a) Bienes corporales e incorporeales, e incluso derechos como los de retención, las hipotecas y las prendas.
- b) Las sociedades o las acciones de capital o las participaciones en sociedades o en sus activos.
- c) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión.
- d) La propiedad intelectual.
- e) Todo derecho conferido por la ley o contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos por la ley.

Para mayor comprensión del contenido del tratado debemos explicar el significado de algunos términos que son utilizados constantemente en el mencionado instrumento.

El Tratado define para sus efectos a la **sociedad** que significa cualquier clase de sociedad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una parte tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o pública.

Nacional, “de una parte quiere decir la persona natural que sea nacional del estado”³⁴;

Rendimiento, es la cantidad que se deriva de la inversión, incluidos los beneficios, los dividendos, los intereses, las plusvalías, los pagos de regalías, los honorarios de gestión asistencia técnica u otra índole y las rentas en especie;

Actividades afines, significa la organización, el control, la explotación, mantenimiento de las sociedades, así como también significa la celebración, el cumplimiento, la ejecución de contratos, la adquisición, uso, protección, enajenación de bienes, la compra, emisión, y venta de acciones de capital, y de otros valores, y la compra de divisas para las importaciones.

Cualquiera de los dos estados firmantes se puede reservar el derecho a denegar a cualquier sociedad los beneficios del tratado, por dos motivos:

- 1) Si la sociedad está controlada por nacionales de un tercer país
- 2) Si una sociedad no tiene actividades comerciales importantes en el territorio del otro estado, o la misma es controlada por un tercer país, con el cual el estado que niega este derecho no mantiene relaciones económicas normales con aquel tercer país.

ARTICULO II

Se establece que las partes tratarán a las inversiones y a sus actividades afines de manera no menos favorable que a las inversiones nacionales. Así mismo se establece que cada parte asegurará un trato justo y equitativo, protección y seguridad plena por lo que en ningún caso se les concederá un trato menos favorable que exige el derecho internacional. De igual manera se establecen algunas obligaciones a los Estados, con el fin de brindar una mayor seguridad a la inversión extranjera, entre estas, se prohíbe adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias a las inversiones, el cumplir con los compromisos que hayan contraído con respecto a las inversiones para cuyo efecto se

³³ Convenio de Garantía de Inversiones Ecuador y Estados Unidos

permite dentro del mismo tratado la entrada y permanencia a los nacionales al territorio de la otra parte con el fin de establecer, fomentar, o administrar una inversión; de igual forma se permitirá a las sociedades emplear al personal administrativo superior que deseen sea cual fuera su nacionalidad, etc.

ARTICULO III

Se determina que las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente ni indirectamente, salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante el pago de una indemnización. Esta indemnización tendrá un valor justo, y será inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria, o de que esta se llegue a conocer, si se llegare a producir después incluirá intereses. La sociedad o nacionales que ostenten la calidad de inversionistas tendrán el derecho de acudir a las autoridades judiciales competentes, para que la expropiación y la indemnización se ajusten a los principios de derecho internacional. Cabe mencionar que de sufrir el inversionista pérdidas por motivos tales como guerras, insurrección, disturbios, en la población, u otros acontecimientos similares, la parte otorgará con respecto a las medidas que adopte en lo referente a dichas pérdidas el trato que otorga a sus nacionales.

ARTICULO IV:

Se establece que la parte permitirá que todas las **transferencias relativas a la inversión** se las realicen libremente y sin demora, dichas transferencias comprenden entre otras, las más importantes, los rendimientos, las indemnizaciones, los pagos, las amortizaciones de capital, pagos de intereses etc. Sin embargo cada parte conservará sus leyes y reglamentos con respecto a la presentación de informes a cerca de las transferencias monetarias, y sobre los impuestos que se graven con respecto a esas transferencias.

³⁴ Convenio de Garantías de Inversión Ecuador y Estados Unidos

Según **nuestro criterio** la interpretación de este artículo se refiere a que cada estado conservará sus leyes y estarán gravadas con impuestos las transferencias monetarias que realice el inversionista

ARTICULO V

En este artículo las partes convienen en consultarse para resolver las diferencias que surjan en relación con el tratado, y para considerar cuestiones referentes a su interpretación o aplicación.

ARTICULO VI

En el artículo VI el cual para materia de nuestro trabajo es sin duda el de mayor importancia, ya que se refiere estrictamente a la forma de resolver los conflictos suscitados entre una parte y un nacional o una sociedad de otra parte. Estas diferencias surgidas se consideran una diferencia solamente en materia de inversión, diferencia que se puede dar entre una parte (estado) y un nacional y un estado de la otra parte; las mismas podrán ocurrir cuando concurren los siguientes casos:

- a) Cuando exista un acuerdo de inversión concertado entre esa parte y dicho nacional o sociedad, es decir que se haya celebrado previamente un contrato entre ambas partes. Esto quiere decir **para nuestro criterio** una controversia de carácter contractual.
- b) Cuando exista una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones de una parte a dicho nacional o sociedad. Según **nuestro criterio** esto puede suceder cuando exista un conflicto por cualquier actividad que ha sido previamente autorizada por la entidad respectiva y surja cualquier inconveniente, por ejemplo en el caso de una exploración para la explotación de un pozo petrolero.

- c) **Cuando exista una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente tratado con respecto a una inversión.** En el caso entre Ecuador y “Occidental” se estableció la violación de este numeral toda vez que se dio una violación a los derechos consagrados en el Tratado de Garantía de Inversiones entre Ecuador y EEUU, como fue el derecho al tratamiento no menos favorable.

Forma:

Cuando surja una diferencia, las partes para solucionarla primero procurarán resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no puede ser solucionada por esta vía amigable, la sociedad o el nacional interesado, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías para su resolución:

- 1) Someterla a los tribunales judiciales o administrativos de la parte que sea parte en la diferencia. Esto quiere decir en **nuestro criterio** que surgida la controversia la misma se someterá a los tribunales en donde se esté realizando a cabo la operación por parte del inversionista
- 2) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido (Mediación o Arbitraje)
- 3) Cuando la sociedad o el nacional interesado, no hayan sometido la diferencia para su resolución, ya sea a los tribunales judiciales o administrativos, o a cualquier procedimiento de solución de diferencias, y hayan transcurrido 6 meses desde que surgió la diferencia, dicha sociedad o el nacional interesado podrán optar por consentir por escrito, a someter la diferencia para su solución al **ARBITRAJE OBLIGATORIO.**

4) Someter la diferencia al centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones, establecido por el convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados (Convenio del CIADI), siempre que la parte sea parte en dicho convenio, o a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre el derecho mercantil internacional (CNUDMI) o de cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia. El arbitraje tendrá lugar en un estado que sea parte en la convención de Nueva York.

ARBITRAJE OBLIGATORIO

Una vez que la sociedad o el interesado de su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje obligatorio.

Las partes deberán expresar su consentimiento, de someterse al arbitraje obligatorio en forma escrita, y deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Un consentimiento por escrito, donde se especificará la jurisdicción donde se desarrollará el arbitraje, así como para determinar las normas como mecanismo complementario;
- b) Un acuerdo por escrito que reúna los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

Este artículo se refiere también al Laudo arbitral:

En cuanto al laudo dictado a raíz de un arbitraje obligatorio, este será definitivo y obligatorio para las partes en diferencia. Los Estados se obligarán a acatar el laudo y a garantizar su ejecución en su territorio.

Dentro del arbitraje obligatorio cabe mencionar que el derecho de defensa está limitado, es decir no se puede emplear las siguientes excepciones:

- 1) La reconvención
- 2) Derecho de contra reclamación.
- 3) El hecho de que la sociedad o el nacional interesado ha recibido o recibirá según los términos de un contrato de seguro de garantía alguna indemnización u otra compensación por daños.

Al referirse al Arbitraje Obligatorio, toda sociedad legalmente constituida conforme al ordenamiento interno de una parte o subdivisión política de la misma que, inmediatamente antes de ocurrir el suceso o los sucesos que dieron lugar a la diferencia constituyera una inversión de nacionales o de sociedades de la otra parte deberá ser tratada como nacional o sociedad de esta otra parte. (Art. 25 CIADI)

ARTICULO VII:

El mencionado artículo manifiesta que de presentarse consultas concernientes a la aplicación o interpretación de un tratado que no se llegaren a resolver mediante los canales diplomáticos se presentaran a solicitud de cualquiera de las partes ante un Tribunal de Arbitraje que dictará una decisión vinculante conforme a las normas de Arbitraje de la CNUDMI; excepto cuando las normas hayan sido modificadas por las partes. A partir de esto y en el plazo de dos meses cada parte nombrará un árbitro y

estos dos árbitros elegidos nombrarán a un tercer árbitro quien actuará como Presidente del Tribunal, y deberá ser de un Estado diferente a los que se hallan en conflicto.

Por último el mencionado artículo estipula que salvo acuerdo en contrario todos los casos se presentarán y las audiencias concluirán en un plazo de SEIS MESES a partir del nombramiento del tercer árbitro. El Laudo Arbitral deberá ser dictado en un plazo de dos meses a partir de la fecha de clausura de las audiencias. Los gastos que demande el arbitraje serán por partes iguales, a no ser que el Tribunal decida discrecionalmente que una de las partes pague una proporción mayor de las costas.

ARTICULO VIII

El artículo en mención no es más que un recordatorio de que el Tratado en cuestión no menoscabará las leyes, reglamentos, procedimientos administrativos, judiciales de las partes, así como los compromisos jurídicos internacionales y compromisos asumidos por cualquiera de las partes en donde se incorporan acuerdos de inversión, que otorguen a las partes un trato más favorable al que otorga el presente tratado.

ARTICULO IX

Las partes si bien es cierto deberán cumplir y respetar el presente tratado, más no por esto dejarán de preservar mediante la utilización de herramientas y medidas necesarias la conservación del orden público, la paz y la seguridad tanto a nivel nacional como internacional.

ARTICULO X

Este artículo habla sobre las normas tributarias y determina que cada parte deberá actuar justa y equitativamente para con los inversionistas nacionales e internacionales.

Se aplicará las normas tributarias solamente con respecto:

- a) Cuando exista expropiación de conformidad con el Artículo 3 del presente tratado es decir cuando se de una expropiación o nacionalización con fines de interés público siempre y cuando la mencionada acción se efectuó mediante una indemnización pronta, adecuada y de acuerdo con los procedimientos legales previstos del Estado donde se encuentre el inversionista extranjero. **Este numeral se refiere** que la expropiación mencionada es una transacción que genera impuestos
- b) Cuando exista transferencias de conformidad con el Artículo IV del tratado esto es, transferencias relativas a una inversión. Este numeral se **refiere** a las transferencias monetarias
- c) De no existir disposiciones en cuanto a la forma de tributación dentro del convenio acordado, y con el objeto de que no exista una doble tributación, la parte inversionista se sujetará a las normas de tributación del país donde se ha efectuado la inversión. El numeral según **nuestra interpretación** se refiere a que cuando no exista entre dos estados un convenio de doble tributación cada estado impondrá las leyes tributarias de su ordenamiento jurídico al inversionista extranjero como lo hace con sus nacionales

ARTICULO XI

Según este artículo el presente tratado se aplicará a todas las subdivisiones políticas de las partes, entendiéndose por subdivisiones cantones, provincias, ciudades en el Ecuador y en Estados Unidos, Estados, ciudades, distritos etc.

ARTICULO XII

Es una disposición que requiere todo tratado para dar el formalismo y la legalidad necesaria; elementos esenciales consagrados en nuestra Constitución Política del Ecuador en su Art. 161 numeral 3. El tratado tiene un periodo de duración de 10 años y continuara en vigor a menos que se **denuncie** al concluir el periodo antes detallado o en cualquier momento previa notificación escrita de la otra parte con un año de antelación. Según **nuestro criterio** la palabra denuncie en este artículo se interpreta como retiro, es decir cuando el Estado desea retirarse y no formar parte del tratado suscrito.

Las normas del presente tratado para las inversiones efectuadas o realizadas antes de la terminación de este instrumento continuarán en vigor durante un periodo adicional de 10 años contados después de la fecha de terminación.

Por último, cabe mencionar que el presente tratado rige desde el 22 de abril de 1997 fecha en la cual se ha publicado en el Registro Oficial.

4. CAPITULO 4.- DEMANDA DE OCCIDENTAL:

4.1. Subcapítulo 1. Antecedentes.-

En el año de 1999 la Compañía "OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPAÑY (OEPC)" una compañía registrada de acuerdo con la leyes de California, Estados Unidos de América, celebró un contrato de participación con la Empresa Estatal del Ecuador PETROECUADOR. El objeto de este contrato era llevar a cabo la exploración y explotación de petróleo. El contrato siguió a los acuerdos previos para la provisión de servicios a PETROECUADOR.

"OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY" solicitó periódicamente al Servicio de Rentas Internas (SRI) el reembolso del impuesto al valor agregado IVA pagado por la Compañía, por las compras requeridas para sus actividades de exploración y explotación de conformidad con el contrato con el fin de poder exportar el petróleo.

Dicho reembolso se dio en una forma periódica. A pesar de esto, a comienzos del año 2001 el Servicio de Rentas Internas basado en la opinión de que el reembolso del IVA ya estaba considerado en la fórmula de participación en cumplimiento del contrato emite resoluciones que rechazaban todas las solicitudes de reembolso futuras planteadas por la compañía extranjera y además exigían la devolución de los montos reembolsados previamente.

“OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY” inicio cuatro juicios en los Tribunales Fiscales del Ecuador en los que objetaba las resoluciones emitidas por el SRI alegando que existía inconsistencia con la legislación vigente en el Ecuador. Estas resoluciones se encuentran pendientes a la presente fecha en los Tribunales.

La compañía petrolera consideró que las medidas adoptadas por el SRI violaron el **TRATADO DE GARANTIA DE PROMOCION Y PROTECCIÓN RECIPROCA DE INVERSIONES ENTRE EL ECUADOR Y ESTADOS UNIDOS** firmado el 27 de Agosto de 1993 que entró en vigencia el 22 de abril de 1997.

El 11 de Noviembre del año 2002, la compañía petrolera inicio los procedimientos de arbitraje contra la República del Ecuador de conformidad con el tratado antes mencionado, en donde se reclama que el Ecuador a través de su órgano recaudador de impuestos SRI, había incumplido las garantías del mencionado tratado.

4.1.1. Subcapítulo 2. Fundamentos de Hecho.-

“OCCIDENTAL” al firmar el contrato de participación con PETROECUADOR una corporación de propiedad del Estado Ecuatoriano, están asumiendo las partes una relación contractual.

El 25 de Enero de 1985 fue firmado un contrato de servicios, que fue enmendado por otro contrato de servicios firmado el 18 de Diciembre de 1985. En conformidad con estos contratos de servicios “OCCIDENTAL” proveyó todos los servicios necesarios para la producción exitosa de petróleo, a cambio de los cuales se le reembolsó por sus costos y además se le dio derecho a ciertos montos de intereses y a una comisión por servicios. “OCCIDENTAL” era en este contexto un proveedor de servicios y no un exportador, perteneciendo por ende todo el petróleo producido a PETROECUADOR.

Cabe mencionar que en la realización de las compras en nombre de PETROECUADOR para las actividades de exploración y explotación “OCCIDENTAL” pagó el IVA en las adquisiciones locales recibiendo el debido reembolso de PETROECUADOR junto con sus demás costos.

La compañía reemplazo sus contratos de servicios mediante la firma del contrato de participación modificado para la exploración y explotación de hidrocarburos en el bloque 15 de la región amazónica ecuatoriana, contrato que fue firmado el 1 de julio de 1999.

Este tipo de contrato realizado entre el Estado Ecuatoriano y “Occidental” se pudo llevar a cabo gracias a la enmienda realizada en la Ley de Hidrocarburos de 1993. Los contratos de operación conjunta también se celebraron con respecto a los campos compartidos de Limoncocha y Edén Yuturi. “Occidental” realizó inversiones de acuerdo con el contrato, y con el fin de llevar a cabo las actividades de exploración y explotación en el área asignada. De conformidad con el contrato que “Occidental” había celebrado con Petroecuador, se estableció que “Occidental” tenía derecho a una fórmula de participación expresada en términos de un porcentaje de la producción de petróleo, cuyos detalles se establecieron en la sección 8.1 del contrato. Esta fórmula de participación se describe como **factor “X”**. En el año 2001 “Occidental” se asoció con otras compañías

interesadas en realizar inversiones a fin de ampliar la capacidad del oleoducto para incrementar la producción de los campos indicados.

El punto principal en lo que se basa la disputa en el arbitraje, se centra en lo que respecta a que si el factor “X” incluye en la fórmula de participación un reembolso del IVA pagado por la compañía “Occidental”, ya que de no ser este el caso, “Occidental” sostiene que de acuerdo a las leyes tributarias del Ecuador el reembolso del IVA es perfectamente válido. Sin embargo “Occidental” no ha planteado en el arbitraje demanda alguna de naturaleza contractual, sino por el contrario solo ha demandado por los derechos contemplados en el tratado bilateral de inversiones firmado con los Estados Unidos, por el contrario el demandado sostiene que las demandas son contractuales por naturaleza.

“Occidental” señaló que el contrato está regido por la Ley de Régimen Tributario Interno del Ecuador, y amparándose en la ley, “Occidental” sostuvo que tiene derecho a un crédito por el **IVA pagado**, (El IVA PAGADO es aquel impuesto que se genera cuando una persona natural o jurídica compra bienes , productos, etc. y paga por el valor del mismo, a este valor pagado se agrega el impuesto IVA del 12% que se ha generado). como resultado de la importación o adquisición local de bienes y servicios utilizados para la producción de dicho petróleo. “Occidental” sostiene tal aseveración amparado en los Art. 65 y 69(A) de la Ley del Régimen Tributario Interno que dicen lo siguiente:

Art. 65. (Crédito Tributario).- El uso del crédito tributario se sujetará a las siguientes normas:

1. Los sujetos pasivos del impuesto al valor agregado IVA tiene derecho al crédito tributario por la totalidad del IVA pagado en las adquisiciones locales o la importación o importaciones de los bienes que pasen a formar parte de su activo fijo.

2. Art. 69(A) (IVA pagado en actividades de exportación).- Este artículo prevé un derecho a una devolución del IVA pagado en las adquisiciones locales o la importación de bienes en la manufactura de productos exportados. Si bien antes de que ocurrieren los hechos que motivaron la demanda, la mayoría de servicios estaban gravados con tarifa 0 % de IVA, con las nuevas promulgaciones legislativas el IVA se extendió a la mayoría de los servicios, posteriormente se incrementó el IVA del 10% al 12% IVA que rige para el presente caso.

“Occidental” solicitó al SRI la devolución de sus pagos del IVA hechos durante el período de julio de 1999 a septiembre de 2000, los cuales fueron otorgados por las “Resoluciones de Concesión”. Mediante Resolución 664 del 28 de Agosto del 2001 el SRI negó los reclamos que “Occidental” solicitaba para obtener créditos tributarios y devoluciones del IVA, en el período entre Octubre del 2000 y mayo de 2001. Mediante Resolución 234 del 1 de Abril de 2002 el SRI anuló la Resoluciones de Concesión que habían otorgado los créditos y reembolsos entre el período de Julio de 1999 a Septiembre de 2000, arguyendo que se basaron en una interpretación errónea de la Ley Tributaria y ordenó a “Occidental” que devuelva dichos montos, con intereses. Otras Resoluciones emitidas por el SRI niegan las devoluciones del IVA a “Occidental”, y entre las más importantes la Resolución 406 del 31 de Enero de 2003 y Resolución 026 del 6 de marzo de 2003.

“Occidental” en base a lo anteriormente señalado inició cuatro juicios en el Tribunal Fiscal Distrital No.1 de Quito, en el que objetaba cada una de las Resoluciones de negación emitidas por el SRI, basándose en los artículos 65 y 69 (a) de la Ley del Régimen Tributario Interno del Ecuador.

- De igual manera “Occidental” señaló en el arbitraje que el Ecuador, ha incumplido con sus obligaciones contempladas en el Tratado, y en el Derecho Internacional, especialmente las obligaciones de tratamiento justo y equitativo, de tratamiento no menos favorable que el otorgado a los exportadores ecuatorianos, de no afectar a través de medidas arbitrarias o discriminatorias la administración, el uso y el disfrute de la inversión de “Occidental” y de no expropiar directa o indirectamente la totalidad o parte de la inversión en las circunstancias de este caso.

Es importante en este punto del trabajo referirnos a cual es el significado del **contrato de participación** que la Ley de Hidrocarburos Ecuatoriano le da al mismo, y que dice:

En la **ley de hidrocarburos enmendada en su Art. 12.1** se determina lo que es contrato de participación el mismo que fue firmado el 1 de julio de 1999 entre la Compañía Occidental y el Estado Ecuatoriano, “Son contratos de participación y explotación de hidrocarburos aquellos celebrados por el Estado por intermedio de Petroecuador, mediante los cuales delega la contratista con sujeción al numeral 1 del Art. 247 de la Constitución Política de la República, la facultad de explorar y explotar hidrocarburos en el área del contrato realizando por su cuenta y riesgo todas las inversiones, costos y gastos requeridos para la exploración, desarrollo y producción. La contratista una vez iniciada la producción tendrá derecho a una participación en la producción de área del contrato la cual se calculará a base de los porcentajes ofertados y convenidos en el mismo, en función del volumen de hidrocarburos producidos. Esta participación, valorada al precio de venta de los hidrocarburos del área del contrato, en ningún caso será menor al precio de referencia, constituirá el ingreso bruto de la contratista del cual efectuará las deducciones y pagará el impuesto a la renta en conformidad con las reglas previstas en la Ley de Régimen Tributario Interno. La participación de la contratista también podrá ser recibida en dinero, previo acuerdo con Petroecuador. En caso de devolución o abandono total del área del contrato por la contratista nada deberá el Estado y quedará extinguida la relación contractual.”³⁵

4.1.1.1. Subcapítulo 3. Fundamentos de Derecho.-

“OCCIDENTAL EXPLORATION AND PRODUCTION COMPANY” inició el procedimiento arbitral el 11 de noviembre del año 2002, mediante una notificación de arbitraje hecha al Ecuador, amparada al tenor del Artículo 6.1 del Tratado en cumplimiento con el Art. 6

³⁵ Ley de Hidrocarburos actualizada a 2 de enero 2006, Corporación de estudios y publicaciones, Pág. 5

numeral 3 a). en donde se dice que de surgir una diferencia en materia de inversión y que dicha diferencia no haya sido sometida a los Tribunales Judiciales o Administrativos de la parte que sea parte en la diferencia o a cualquier otro procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido y hayan transcurrido 6 meses desde la fecha en que surgió la diferencia la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia para la solución a un Arbitraje Obligatorio.

La notificación al Ecuador para someterse al arbitraje obligatorio fue realizada el 4 de Abril del 2002 es decir cuando habían ya transcurrido más de 6 meses desde que surgió la diferencia en materia de inversión.

La República del Ecuador **consintió** en someterse al arbitraje formulado por la compañía extranjera dando cumplimiento al Artículo 6.4 del Tratado apegándose a lo dispuesto en las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el derecho internacional mercantil de arbitraje (UNCITRAL).

4.1.1.1.1 Subcapítulo 4 Pretensión de “Occidental Exploration and Production Company”

La compañía petrolera pretende que el Tribunal falle de siguiente manera:

- a) Que se declare que Ecuador ha incumplido sus obligaciones contempladas en el Tratado y en el Derecho Internacional.
- b) Que ordene que el Ecuador ha a través de su órgano recaudador de impuestos, SRI, reembolse de inmediato a la compañía todos los montos correspondientes a los reembolsos del IVA negados previamente así como cualquier otro monto adicional de los pagos de IVA realizados por la compañía antes de la fecha de la sentencia y cuyo reembolso ha sido solicitado por la compañía antes de dicha fecha

- c) Que ordene que el Ecuador disponga que el SRI reembolse los pagos del IVA hechos después de la sentencia una vez presentada la solicitud apropiada por la compañía.
- d) Que ordene al Ecuador que reconozca que “Occidental Exploration and Production Company” tenía derecho a los montos correspondientes a los pagos de IVA ya reembolsados.
- e) Que se ordene al Ecuador que no emprenda acción alguna ni adopte medida alguna que niegue el beneficio económico de los reembolsos del IVA a los cuales según se ha determinado que la compañía tiene derecho y que se adopten las medidas necesarias para garantizar el pago efectivo de dicho beneficio.
- f) Que se ordene al Ecuador indemnice a la Compañía por todos los daños y perjuicios ocasionados por sus incumplimientos del Tratado incluidos los costos y gastos de este juicio.
- g) Que se ordene al Ecuador pague los intereses sobre todas las sumas concedidas a la Compañía.

CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

De conformidad con el **Artículo 5** de las Normas de la **UNCITRAL** se conformó el Tribunal de Arbitraje. El actor designo al Honorable CHARLES N. BROWER como árbitro adjunto. El demandado designo al Doctor PATRICK BARRERA SWEENEY como árbitro adjunto. Los árbitros nombrados escogieron a un tercer árbitro, el Profesor FRANCISCO ORREGO VICUÑA en calidad de Arbitro Presidente.

AUDIENCIA.

Esta audiencia se dio sobre cuestiones procesales y tuvo lugar con las partes en Londres el 21 de julio del año 2003. Luego de que el Tribunal escuchara a las partes decidió que el lugar de arbitraje sería en Londres Reino Unido, los sometimientos al Tribunal serían en Inglés con excepción de los documentos adjuntos que podían ser presentados ya sean en idioma inglés o español; se acordó que los sometimientos, audiencias y deliberaciones se mantendrían en reserva.

El Tribunal nombró al Tribunal de Arbitraje de Londres para que maneje los fondos del Arbitraje. En la referida audiencia también se acordó con las partes que el Tribunal de Arbitraje de Londres proveería de los servicios administrativos requeridos para el proceso, y de igual manera se decidió también el calendario procesal en cuanto a la conducción del arbitraje.

5- CAPITULO 5: CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR EL ESTADO ECUATORIANO.

5.1 . Subcapítulo 1. Posición del Procurador General del Estado.-

El Procurador General del Estado Doctor José María Borja en su calidad de Abogado y Representante Legal del Estado Ecuatoriano desde que se inició el caso, hasta la actualidad ha sido el de negar todas las pretensiones propuestas por la compañía “Occidental”, oponiéndose de manera categórica, mediante argumento de que no existe derecho alguno a devoluciones del IVA ha planteado objeciones en cuanto a la jurisdicción y admisibilidad del Tribunal Arbitral.

5.1.1. Subcapítulo 2. Excepciones.-

El Estado Ecuatoriano a través del Procurador General del Estado ha objetado las demandas de “Occidental” en el Tribunal de Arbitraje fundamentándose en tres razones principales:

1.- La primera tiene que ver con la disposición de la bifurcación en el proceso, determinado en el Art. 6 numeral 2 y 3 del Tratado, refiriéndonos al numeral 2 el demandado, sostiene que el actor planteó por separado juicios ante los tribunales ecuatorianos constituyéndose una elección irrevocable de someter la disputa presente a las cortes o tribunales administrativos del demandado. Esta elección impide el sometimiento de la disputa al arbitraje obligatorio determinado en el numeral 3 del Tratado.

Posición de las partes: El Ecuador sostiene que el actor está impedido de someter la disputa que sometió anteriormente a los tribunales fiscales, al arbitraje, puesto que esta acción involucra a las mismas resoluciones de negación y por ende la misma negativa de resoluciones. El demandado también sostiene que la querrela es la misma en ambos procesos, y afirma también que el actor ha renunciado a su derecho a proceder a un arbitraje al haber sometido la controversia previamente en los Tribunales Ecuatorianos.

Por su parte “Occidental” considera que no ha sometido una disputa relacionada con la inversión, ante los tribunales del Ecuador, y que no ha realizado afirmación o reclamo alguno en dichos tribunales, con relación a sus derechos amparados por el Tratado. Se argumenta también que los juicios ante los Tribunales de Ecuador fueron planteados con el fin de salvaguardar su derecho a una devolución del IVA ya que según las leyes ecuatorianas, precisamente en los artículos 83 y 243 del Código Tributario establecen lo siguiente:

Art. 83 (Actos Firmes) Son actos administrativos firmes, aquellos respecto de los cuales no se hubiere presentado reclamo alguno, dentro del plazo que la ley señala.

Art. 243 (Proposición de las acciones oportunidad) Quienes se creyeren perjudicados por una resolución de única o última instancia administrativa, podrán impugnarla ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal dentro de veinte días contados desde el siguiente al de su notificación, si residieren en el territorio del estado o de cuarenta días si residieren en el exterior. El plazo será de 6 meses resida o no el reclamante en el país, si lo que se impugna fuere una resolución administrativa, que niegue la devolución de lo que se pretenda indebidamente pagado.

De lo anterior citado, se desprende que estas normas se vuelven obligatorias si no es cuestionada oportunamente, por lo que “Occidental” al haber planteado ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal la devolución del IVA, lo que buscaba era el que no se tenga por acto firme las resoluciones emitidas por el SRI.

En lo que respecta a los derechos que se reclaman establece que ante el Tribunal Arbitral se está reclamando derechos inherentes al Tratado en cuanto corresponde a dar un trato justo y equitativo al inversionista más no a los derechos resultantes de las Resoluciones de negación del IVA, por lo que la causa de la acción sometida al arbitraje es diferente a la causa de la acción alegada en los Tribunales Ecuatorianos. El actor afirma que para que se llegare a considerar dos disputas idénticas no solo se requiere la identidad de las partes y del objeto, sino también de las causas de la acción. Se afirma también por parte del demandante que se someterá a arbitraje una controversia concerniente al carácter arbitrario y discriminatorio de una medida, según lo determina el artículo II (3) (b) del Tratado.

2.- La segunda objeción es relativa a la jurisdicción en cuanto manifiesta que las demandas planteadas por Occidental están impedidas de someter a un arbitraje de acuerdo a lo que determina el artículo X del Tratado, que menciona que el Tratado prevé ciertas obligaciones al estado anfitrión en lo relativo a las normas tributarias cuando concurren específicas categorías o circunstancias, es decir cuando se da un acuerdo o autorización de inversión, transferencia de fondos y expropiación. De ocurrir estas circunstancias el estado deberá dar ciertas garantías en particular aquellas incluidas en el artículo II del Tratado como el tratamiento justo y equitativo, la protección y seguridad plenas etc. y Ecuador argumenta que ninguna de ellas es aplicable a las demandas de “Occidental”.

Posición de las partes: El demandado señala que en el presente caso las cuestiones de imposición no están contempladas en el Tratado, en lo referente al IVA y el no reembolso del mismo, son claramente cuestiones de imposición excluidas de la resolución de la disputa por el artículo X del Tratado. Además, se argumenta que las demandas de “Occidental” invocan las obligaciones de Ecuador, según lo dispone el artículo II del Tratado, pero ninguna de estas obligaciones a criterio del demandado se aplica a las cuestiones de imposición.

El actor a su vez se opone a la interpretación que hace el Ecuador del artículo X argumentando que el significado de la exclusión se aplica solo a cuestiones de **“imposición directa”** puesto que estas son las cuestiones abordadas por las convenciones a fin de evitar la doble tributación. También se señala que no existe Tratado de doble tributación alguna entre los Estados Unidos y el Ecuador. (La frase “Imposición directa” significa impuestos directos)

El demandante argumenta que el único significado del artículo X es evitar conflictos con los acuerdos de resolución de disputas, en cumplimiento de las Convenciones sobre la evitación de la doble tributación. Si se incluyeren todas las clases de tributación en la excepción del artículo este llegaría a carecer de sentido.

3.- La tercera es la objeción sobre la admisibilidad del planteamiento del actor de que ha habido una expropiación de su inversión a través de las medidas de tributación adoptadas, sosteniendo que aunque la expropiación es una de las categorías de las disputas establecidas en el artículo X del Tratado no existe expropiación directa o indirecta en este caso.

Posición de las partes: El demandado plantea como un tercer impedimento legal el argumento de que no habiendo expropiación involucrada en este caso como lo afirma el actor, este fundamento específico para someter una cuestión de tributación a resolución de la disputa según el artículo X del Tratado no es válido.

El actor es de la opinión que ha habido una expropiación de su inversión por la negativa de Ecuador a devolver el IVA al cual tiene derecho, según las leyes ecuatorianas, lo cual pone al Ecuador en violación del artículo III del Tratado, por lo que vuelve a la demanda admisible.

5.1.1.1. Subcapítulo 3. Pretensiones del Ecuador

Si bien es cierto que en el Laudo Arbitral dictado en Londres el Tribunal no señaló las pretensiones del Estado Ecuatoriano, en **nuestro criterio** y luego de analizar el proceso las pretensiones buscadas por el Ecuador son:

- 1.- Que se deseche la demanda planteada por la Compañía Occidental.
- 2.- Que el Tribunal Arbitral se declare incompetente por que la materia en conflicto la misma que es un asunto tributario no es susceptible de arbitraje.
- 3.- Que se rechacen todas las solicitudes de reembolso planteadas por la compañía extranjera, y que se devuelva los montos reembolsados previamente es decir los montos que ya fueron entregados a “Occidental” por el órgano recaudador de impuestos del Ecuador Servicio de Rentas Internas (SRI) durante los años 1999 y 2000 (desde el año 2001 el SRI rechaza las solicitudes de reembolso del IVA).
- 4.- Que todas las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales ecuatorianos, tengan plena validez, y sean acatadas por la compañía “Occidental”.
- 5.- Que se ordene a la Compañía “Occidental” se indemnice al Ecuador por todos los daños y perjuicios ocasionados derivados de este proceso, así como los costos y gastos que el Ecuador ha incurrido en el presente proceso arbitral.

6. CAPÍTULO 6. LAUDO ARBITRAL

Antes de analizar el laudo arbitral dictado por el Tribunal Londres en el caso entre el Estado Ecuatoriano y la Compañía “Occidental”, nos referiremos a la definición del mismo dado por algunos autores:

Según el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga**, el laudo es la “decisión emanada de los árbitros que pone término al proceso arbitral, resolviendo en forma definitiva la controversia que las partes sometieron a su conocimiento. El laudo arbitral equivale a una verdadera sentencia.”³⁶

³⁶ Abg. Ernesto Salcedo Verduga, El Arbitraje, La Justicia Alternativa, Pág. 131, Ecuador

Para el Tratadista **Jorge Hernán Gil Etcheverry** “el laudo es el fallo definitivo pronunciado por un tribunal de arbitramento, mediante el cual se define el conflicto sometido a consideración de los árbitros”.³⁷

Para **Roque J. Caivano** “el laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone fin al litigio. Este tiene fuerza vinculante y es obligatorio, resolviendo definitivamente el diferendo de las partes les habían sometido”³⁸. Desde otro punto de vista define “como el acto que concluye la intervención de los árbitros su emisión implica dejar agotado su cometido y su jurisdicción”³⁹.

En **nuestro criterio** el laudo arbitral es la decisión final que emite un Tribunal Arbitral o árbitros sobre una controversia sometida a su conocimiento. Laudo que es de obligatorio cumplimiento para las partes y que se tiene el mismo efecto jurídico que una sentencia.

Contenido del Laudo Arbitral.-

El laudo al igual que cualquier sentencia, exige requisitos en cuanto a su orden y estructura. Para el **Tratadista Abogado Ernesto Salcedo Verduga** el laudo tiene que tener tres partes:

1.- El Encabezamiento: Que tiene por objeto expresar los antecedentes del laudo así como los datos, los sujetos del proceso, su objeto, lugar y fecha de la sentencia arbitral. Esta parte contiene los antecedentes del proceso, peticiones, y excepciones.

2.- La parte motiva: Esta parte comprende la invocación de los fundamentos de hecho como los de derecho, además los árbitros realizan un examen crítico de las pruebas.

³⁷ Jorge Hernán Gil Etcheverry, El Arbitraje Ad – Hoc, Pág. 137 Colombia

³⁸ Roque J. Caivano, La Justicia Arbitral, Pág. 247

³⁹ Roque J. Caivano, La Justicia Arbitral, Pág. 247

3.- El fallo: Que es la parte resolutive del laudo, con un pronunciamiento estricto, determinado, y preciso sobre todas las cuestiones del fondo planteadas por las partes, resolviéndolas en forma definitiva.

En lo que respecta a la fundamentación del laudo, se debe hacer la diferencia si los árbitros resuelven la controversia conforme a derecho, o en equidad. En derecho, deben motivar su decisión ateniéndose a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina; por el contrario si el arbitraje es en equidad, no se requiere la exigencia de motivar la resolución estrictamente en derecho, sino en base en leal saber y entender de los árbitros.

Cabe mencionar que el laudo adquiere su ejecutoriedad dentro de los tres días después de la notificación a los sujetos procesales, siendo inapelable e inmodificable por el tribunal, pero las partes podrán pedir aclaración o ampliación del laudo según lo que determina el Art. 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Según lo que determina el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, por lo que debe ser acatada por las partes, y respetada por los terceros.

En cuanto a la **ejecución del laudo arbitral**, según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el tribunal arbitral carece de atribuciones, para hacer cumplir su propio laudo si la parte vencida no se somete voluntariamente a la decisión arbitral, por lo que se debe acudir a los jueces civiles ordinarios para la ejecución del laudo siguiendo para el efecto la vía de apremio.

En lo que se refiere a la ejecución de laudos dictados dentro de un arbitraje internacional, el inciso final del Art. 42 de la Ley de arbitraje y Mediación, menciona que tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un

procedimiento nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales reconocidos y suscritos por el Ecuador.

Si nos referimos al **recurso de nulidad** interpuesto ante un laudo, diremos que este si es aceptado dentro del orden arbitral. Según el **Tratadista Roque J. Caivano** el objeto de este recurso, no es el de revisar el contenido del laudo en cuanto a su fondo, sino controlar que estos hayan dado cumplimiento a determinados requisitos que las legislaciones hayan considerado indispensables para la buena administración de justicia. En lo que respecta a nuestra legislación en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, este puede ser anulado cuando concurren las siguientes situaciones.

- a) que no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio sea seguido y terminado en rebeldía.
- b) que no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte
- c) cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
- d) cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o se conceda mas allá de lo reclamado.

El laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje de Londres motiva todos los puntos presentados por las partes, los mismos que serán analizados a continuación:

6.1. Decisión del Tribunal con respecto a la objeción planteada por el Ecuador en cuanto a la bifurcación en el proceso:

Respecto de este punto, el Tribunal examinó los argumentos planteados por las partes, analizó varias decisiones de otros Tribunales arbitrales, y de cortes internacionales, así como opiniones legales eruditas de distinguidos juristas internacionales.

En primer lugar el Tribunal afirmó que el contrato de participación modificado, cumple con los requisitos, como un acuerdo de inversión, según lo estipula el artículo 6 (1) (a) del tratado, y que las actividades realizadas por “Occidental” en el Ecuador, constituyen sin lugar a duda una inversión, a su vez el tribunal basa como referencia el laudo preliminar de “LANCO” en donde identificó un contrato de concesión de similares características al celebrado por las partes en litigio, como un acuerdo de inversión. Sin embargo, no se desprende que la disputa sea exclusivamente sobre los términos del contrato, como lo afirma el demandado, sino que lo considera una parte del contrato en lo que se refiere a la resoluciones de negación del SRI, las mismas que se basaron en la opinión de que el IVA ya había sido reembolsado de acuerdo con las disposiciones del contrato. Con relación a este punto se manifestó también que el actor no presenta reclamo alguno relacionado con el contrato ante los Tribunales del Ecuador y ante este tribunal. Ante los tribunales ecuatorianos planteó las cuestiones relativas a las resoluciones de negación y ante el tribunal arbitral, la cuestión de sus derechos de acuerdo con el Tratado.

En el laudo arbitral el tribunal hace referencia al artículo II (3) (b) del Tratado en su segunda cláusula que prevé el sometimiento a arbitraje de las medidas arbitrarias y discriminatorias incluso si el demandante ha recurrido a las cortes o los tribunales administrativos del demandado en procura de una revisión de dichas medidas. El Tribunal hace una diferencia entre las demandas planteadas por “Occidental” al referirse y decir que los mecanismos internos y el arbitraje internacional son diferentes, al igual son también diferentes las demandas basadas en contratos y las demandas basadas en Tratados, ya que estos últimos dos han sido discutidos por varios Tribunales arbitrales

internacionales. El tribunal explica con respecto a la **bifurcación del proceso**, acudiendo a la jurisprudencia, y menciona algunos casos entre los que dice por ejemplo el caso entre “SGS Vs The Phillipines” y dice que las reclamaciones contractuales se sujetan a la jurisdicción local mientras retuvo a la vez la jurisdicción basada en tratados. **El tribunal opina que lo que cuenta en definitiva** es que toda solución debe responder a las circunstancias específicas de la disputa sometida y a la naturaleza de dicha disputa. La disputa sometida al arbitraje se basa principalmente, aunque no exclusivamente en Tratados, la jurisdicción del tribunal arbitral es invocada correctamente. El Tribunal manifiesta que lo antes mencionado ha ocurrido en el presente caso, ya que se ha sometido a arbitraje cuestiones basadas en un Tratado, y que en los tribunales locales en el Ecuador tratan cuestiones relacionadas con la ley interna no contractual. La bifurcación en el proceso se da cuando una de las partes opta por someter su disputa entre vías alternativas en forma libre y no bajo forma alguna de coerción; “Occidental” en este caso estuvo obligado a someter su disputa ante los tribunales ecuatorianos, debido a que la ley tributaria ecuatoriana establece que si el contribuyente no manifiesta su inconformidad con alguna resolución tomada por la administración tributaria ecuatoriana, esta será definitiva y obligatoria.

De lo anterior mencionado, el tribunal determina por ende que el inversionista en este caso no tuvo una elección real sino por el contrario de no haber sometido su objeción con respecto de las decisiones tomadas por el SRI hubiera perdido la protección de su derecho. Con todos estos argumentos el tribunal sostuvo que tiene jurisdicción para considerar la disputa y desechó la objeción de bifurcación en el proceso planteada por el Ecuador.

6. 1.1 Subcapítulo 2- Decisión del Tribunal Arbitral con respecto al significado del artículo X del Tratado Bilateral de Inversiones.

El tribunal, en lo referente a la opinión del demandado acerca de que todas las cuestiones de tributación están eximidas de la resolución de disputas según lo estipula el tratado, con excepción de las categorías específicas, mencionadas en el artículo X, no tiene un sentido persuasivo. A criterio del tribunal, cree que el demandante podría estar en lo correcto en la interpretación hecha al artículo X cuando la excepción planteada se refiere solo a cierta categoría de impuestos que las convenciones abordan típicamente para evitar la doble imposición.

El Tribunal se refiere que la historia de la negociación del artículo X pone en evidencia una conexión con la interpretación del demandante, sin embargo el tribunal considera que este no es el enfoque adecuado para interpretar el mencionado artículo. El tribunal como primer elemento de su interpretación al artículo X del Tratado es el que tiene relación con el tratamiento justo y equitativo en cuestiones tributarias, señala además que la referencia en el párrafo 1 del artículo X “esforzarse por otorgar justicia y equidad” impone una obligación al estado anfitrión la cual es similar a la obligación de tratamiento justo y equitativo incluida en el artículo II, a pesar de que el lenguaje del artículo X es menos obligatorio. Esta obligación tiene que ver con tres categorías de cuestiones tributarias, que se mencionan en el artículo que se refieren puntualmente a la expropiación, las transferencias, y la observancia y vigilancia del cumplimiento de un acuerdo o autorización de inversión.

Un segundo elemento que examinó el tribunal es si la disputa involucra cualquiera de las tres cuestiones tributarias que se enumeran en el artículo X, al respecto manifiesta el tribunal que la cuestión de las transferencias no surge en este caso, la cuestión de la expropiación se la examinó por separado por ser una objeción a la admisibilidad planteada por el demandado entonces la cuestión es determinar si la observancia y vigilancia del cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión concerniente a cuestiones de imposición se encuentra en discusión en esta disputa.

El tribunal al referirse a esta última categoría, señaló que el contrato de participación modificado celebrado entre “Occidental” y Ecuador en realidad se califica como un acuerdo de inversión, a pesar de esto el demandante no ha invocado en este caso los derechos basados en el contrato sino que ha querido interpretar las leyes internas en los tribunales de Ecuador, y los derechos del Tratado ante este tribunal; sin embargo el Tribunal manifiesta que el origen de la disputa se da por determinar si el reembolso del IVA está incluido en el factor X.

El Ecuador ha planteado como uno de sus argumentos para la defensa el criterio de que el hecho de la disputa se da por el reembolso del IVA, aceptando que existe una disputa concerniente a la observancia y vigilancia del cumplimiento del contrato lo cual incluye a la disputa tributaria contenida dentro de las excepciones del artículo X y por ende dentro de la jurisdicción del tribunal, de esto el tribunal sostiene que se le ha sometido para su consideración una cuestión tributaria asociada con un acuerdo de inversión. El tribunal también requiere tomar en cuenta el derecho supuesto del demandante al reembolso de acuerdo con las leyes ecuatorianas, la ley de la comunidad andina y el derecho internacional. Cabe mencionar que el tribunal analiza cual es realmente el punto de la disputa y concluye que en lo que en realidad se discute es si la devolución de los impuestos ha sido garantizada en el factor X del contrato o debería reconocerse como un derecho en conformidad con la ley tributaria ecuatoriana. La disputa esta sujeta a las disposiciones de resolución de disputas contempladas en el tratado, lo que incluiría de hecho lo establecido en el artículo II que se refiere al tratamiento justo y equitativo, que concuerda perfectamente con lo que dice el párrafo 1 del artículo X del tratado y dado que el tribunal a su vez considera también que lo establecido en el numeral 3 del artículo X se aplica a este caso, confirma su jurisdicción.

6.1.1.1 Subcapítulo 3 - La Determinación del Tribunal con respecto a la expropiación:

El Tribunal no considera el caso como una expropiación, sin embargo analiza el tema desde el punto de vista de la admisibilidad del mismo, el demandante dice que al producirse la no devolución del IVA, el Estado Ecuatoriano está expropiando parte de la inversión realizada por Occidental por lo que arguye también que el derecho a la devolución es una inversión que esta contemplada dentro del Artículo (1) del Tratado, la cual incluye dentro de esta una propiedad intangible que incluyen los mencionados derechos. Por otra parte el demandado, argumenta que no existe expropiación directa pues no ha habido confiscación de título de la propiedad y que en cualquier caso no se puede considerar a la imposición por su naturaleza misma como una clase de propiedad sujeta a expropiación. Tampoco ha habido expropiación indirecta porque Occidental sigue beneficiándose de los resultados de su inversión. “El Tratado establece que las inversiones no se pueden expropiar ni nacionalizar salvo para un fin público y una vez realizado el pago de compensación oportuna adecuada y efectiva.”

El tribunal explica de forma categórica que la expropiación significa una apropiación coercitiva de la propiedad privada por parte del estado, usualmente a través de actos administrativos. Por el contrario, la nacionalización involucra la confiscación en gran escala basada en un acto sea ejecutivo o legislativo con el fin de transferir la propiedad y por ende los intereses que esta representa al dominio público. El tribunal concuerda con el demandante que la expropiación no necesita el involucrar las transferencias del título sobre una propiedad determinada, la cual es la característica de distinción que hace el derecho internacional sobre la expropiación.

Pero el Tribunal considera, que el demandado en el caso presente no ha adoptado medidas que se podrían considerar como equivalentes a la expropiación directa o

indirecta, porque no ha habido privación alguna del uso de la inversión, pero aclara que el demandante si ha sido afectado por las decisiones del Ecuador, pero esta afectación se origina de los derechos violados en el tratado y no como se pretende por parte del demandante que se los tengan como consecuencia de una expropiación.

6.1.1.1.1 Subcapítulo 4. DISCUSIÓN DE LAS LEYES APLICABLES A LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

En el caso estudiado, se discutió e interpretó algunas normas jurídicas como son el contrato firmado por Occidental y Petroecuador; la ley tributaria ecuatoriana, las normas de la comunidad andina, la ley de la Organización Mundial de Comercio OMC y así como el tratado y normas de derecho internacional.

6.4.1.) Significado y alcance del contrato:

Empezaremos mencionando, que en conformidad con el contrato de servicios Occidental simplemente recibió pagos de Petroecuador que le reembolsaron por todos los gastos relacionados con la exploración y explotación donde se incluyó todo el IVA pagado, así como intereses sobre inversiones no amortizadas y una comisión de acuerdo a la fórmula establecida en el contrato. El contrato cambió ya que Petroecuador eliminó todo tipo de reembolsos de los gastos a Occidental a cambio de una participación en el petróleo producido y explotado, esta participación incluía todos los gastos de exploración, producción más una utilidad. La participación dependía del mercado, pero también se introdujeron nuevos cambios uno de estos, fue el pago de impuestos entre los que se incluye el IVA, que anteriormente se transfería inmediatamente de producido el pago a Petroecuador, pero ahora Occidental calculaba el IVA que debía pagar de acuerdo con los costos que se proyectaban, y tenía que esperar el reembolso del mismo.

El Ecuador desde el inicio de la controversia ha mantenido que Occidental ha recibido y continua haciéndolo por el reembolso del IVA que esta pagado, por cuanto el porcentaje de participación que Occidental recibe de acuerdo con el contrato se ha calculado a un nivel que incluye dicho reembolso.

Según lo que se establece en el contrato en su cláusula Octava al hablar del Factor X que es la fórmula mediante la cual se determina la participación de ambas partes sobre el petróleo producido en el numeral 8.5 simplemente se calcula la diferencia entre el factor de participación de Occidental y 100. Se establece que el Ecuador deberá recibir el impuesto sobre la renta y otros impuestos con las leyes pertinentes, en el 8.6 se establece que se pueden realizar cambios al contrato para la estabilidad económica, pero en el factor X no indica si se incluyó alguna devolución del IVA.

En el contrato de participación se adjuntaron anexos, los cuales para la relevancia del presente caso, mencionaremos los anexos III; V; XIV; XVI. En el anexo III (es el resumen de las actas de las reuniones de negociación entre Petroecuador y el contratista del bloque 15) así como en el anexo V (reporte unilateral de la comisión de negociación) en ninguna parte de estos dos anexos se aclara si el factor X incluyó o no el reembolso del IVA.

Los anexos XIV y XVI se relacionan con el contrato en lo que tiene que ver con “ La estabilidad económica” ; este anexo es la consulta que realizó Occidental al SRI el 26 de agosto de 1998, la misma que dice lo siguiente “Si las importaciones de equipos, maquinaria, materiales, y otros suministros de consumo que “Occidental” tuviere que realizar en cumplimiento del contrato de participación estarán gravadas con el IVA con

tarifa 10% o con tarifa 0% ; a esta consulta el SRI, en su persona la Directora General del SRI, la señora Elsa De Mena informó mediante oficio de 5 de Octubre (Anexo XVI) que los bienes introducidos por su cliente a fin de cumplir sus obligaciones contractuales están sujetos a dicho IVA con la tarifa del 10%. Cabe mencionar que tanto la consulta como la respuesta del SRI nunca se refirió a la devolución del IVA por las compras efectuadas por Occidental, por lo tanto Occidental ciñéndose a lo que se venía practicando con Petroecuador, asumió que el IVA por concepto de las mencionadas compras y protegiéndose en el contrato, seguiría llevándose a cabo el reembolso respectivo del impuesto.

En el contrato se estableció una cláusula de “estabilidad económica” la misma que protege a las partes sobre ciertos cambios de las circunstancias que se llegaren a dar, como por ejemplo cambios en las leyes del Ecuador y destaca eventos que puedan suscitarse como:

- 1.- Modificación del Régimen Tributario
- 2.- Modificación del Régimen para las remesas al exterior o las tasas de cambio
- 3.- Reducción de la tasa de producción
- 4.- Modificación del valor de la tarifa del transporte
- 5.- Cobro del IVA

Si nos referimos al anexo XIV en el punto quinto y final enumerado (e) que es de vital importancia en este caso consta la palabra “ **EL COBRO**” (**Según nuestra interpretación** el significado de esta palabra dentro de este contexto refiere al cobro de impuestos) que según lo estipula el contrato en el numeral 3.2 es la única versión válida y prevalecerá, sobre lo que se estipula en el contrato en inglés contenido en el anexo XVI, y

al amparo de esto el SRI establece que las importaciones efectuadas por la contratista para las operaciones del Bloque 15 bajo la estructura del contrato de Participación estarán sujetas a dicho impuesto.

De lo anteriormente mencionado se entiende que la disposición se refiere únicamente al cobro como tal más no al pago o devolución posterior de cualquier impuesto. La conclusión del Tribunal luego de hacer una interpretación del contrato es que la devolución del IVA no ha sido prevista ni acordada por las partes en el contrato, esta conclusión es respaldada aún más por los testimonios presentados por las partes en la audiencia, cabe decir que tres fueron sugeridos como testigos en este caso por Petroecuador, los mismos que fueron las personas del grupo de negociación del contrato de participación celebrado entre Petroecuador y “Occidental”, dos de los cuales a pesar de haber sido parte de Petroecuador atestiguaron a favor de “Occidental”. El primero el señor Patricio Larrea Cabrera manifestó que el IVA no era incluido en el factor X ya que suponíamos que el contratista tenía derecho a un crédito tributario al tenor del artículo 65 de la Ley del Régimen Tributario Interno, y los cambios legislativos en la tasa del IVA no podían afectar de ninguna manera al contratista. El segundo en atestiguar a favor de “Occidental” habiendo sido parte de Petroecuador fue el señor Celio Vega Ortega, el cual manifestó que del análisis económico y el modelo con base en el cual las negociaciones tuvieron lugar excluyeron completamente el IVA como un factor. El tercer testigo el señor Luis Barrezueta Zubía que rindió declaración a favor de Petroecuador fue el de atender los aspectos legales de la negociación y su testimonio en ningún caso incluyó de que los negociadores comprendían que el factor X de hecho incluía el reembolso del IVA. Con estos antecedentes, el Tribunal se limita a concluir que el contrato no incluyó las devoluciones del IVA en el factor X.

El tribunal analizó si “Occidental” tiene como consecuencia un derecho al reembolso de conformidad con la Ley ecuatoriana. Se comienza mencionando la forma de creación del

Servicio de Rentas Internas y se reconoce como una entidad técnica independiente, con jurisdicción nacional sobre la administración de impuestos. Luego de esto, menciona el tribunal que antes del 30 de abril de 1999, el artículo 65 de la Ley Tributaria establecía que los productores, exportadores, de bienes y servicios tenían derecho a crédito tributario por el total del monto del IVA pagado en las compras locales, o en los bienes importados que llegaren a ser parte de sus activos fijos, materias primas, insumos y servicios. Además se contemplaba que el derecho a una devolución de crédito tributario era sin intereses.

El 30 de abril de 1999 se dio un cambio substancial en el IVA, en donde se imponía una tasa del 10% y unas pocas transacciones gravadas con tarifa 0%; casi todas las transacciones en bienes y servicios estaban sujetas al IVA. Cuando las negociaciones sobre el contrato entre “Occidental” y Petroecuador llegaron a su conclusión y el contrato debía ser ejecutado, la reforma del IVA entró en vigencia. El artículo 68 de la anterior Ley Tributaria establecía que se podía compensar un crédito tributario del IVA contra otros impuestos pagados por el mismo contribuyente, es decir que si los exportadores no podían obtener la compensación por todo el IVA que tenían derecho por concepto de crédito tributario, los exportadores tenían el derecho a una devolución real del monto no compensado. Sucede que con la nueva reforma tributaria se incluyó un artículo nuevo (69 A) que es una disposición expresa con relación a las devoluciones del IVA para los exportadores, y establecía conceptos y condiciones especiales para cada caso particular.

El artículo (69 A) determina que el IVA pagado en las actividades de exportación y dice que las personas naturales y compañías que han pagado el impuesto al valor agregado en las compras locales o la importación de bienes utilizados en la manufactura de bienes que sean exportados, tienen derecho a que se les devuelva el impuesto, sin intereses dentro de un período que no exceda de 90 días. El SRI debe devolver lo que se ha

pagado cuando se le haga la presentación formal de la declaración de impuestos a la cual debe ir acompañada por copias certificadas de las facturas que demuestren el IVA pagado. La ley otorga el derecho a la devolución del IVA exclusivamente para los casos anteriormente detallados, por lo tanto el IVA pagado sobre otras bases se debe mantener como un crédito tributario. Cabe señalar, que para efectos de devolución del IVA por parte del SRI este lo realiza mediante notas de crédito. El artículo 169 de los reglamentos de la Ley Tributaria a la fecha en la cual se ejecutó el contrato además de lo establecido en el artículo 69 A autoriza las devoluciones de impuestos no solo en cuanto a las compras de bienes sino también en cuanto a la adquisición de servicios, este artículo fue enmendado el 29 de junio de 1999 en el cual se incluyó principalmente los requisitos para llenar una declaración de impuestos pero se ratificó con respecto a los derechos de los exportadores, manufactureros y productores a una devolución del IVA pagado en la compra de bienes y servicios.

Lo que ocurrió es que “Occidental” no informó al SRI durante 18 meses en sus declaraciones el IVA que había pagado durante este transcurso, por lo que el SRI concluye erróneamente que el IVA pagado al no ser registrado como un crédito tributario consideró como si estuviese dentro de los costos y gastos del contrato.

El 18 de noviembre de 1999 se aumentó la tasa del IVA del 10% al 12%, el tribunal manifiesta que durante el curso de este arbitraje no ha sido presentada por las partes ninguna ley o disposición específica atinente al crédito tributario por las actividades petroleras, y menciona que el SRI a través de varias resoluciones de concesión otorgó créditos tributarios y devoluciones de los pagos del IVA a las compañías de exploración y explotación petrolera de exportación, sin embargo el 28 de agosto del 2001 mediante resolución No. 664 el SRI rechazó la solicitud de devolución hecha por Occidental dentro de los períodos de Octubre a Diciembre del 2000 y de Enero a Mayo del 2001. Esta

resolución se basó en que el impuesto del IVA ya había sido incorporado dentro de los costos y gastos de inversión siendo reembolsado automáticamente a través del factor X del contrato. El SRI se basó también para la no devolución del IVA pagado por parte de Occidental manifestando que el petróleo no constituye un bien manufacturado, por lo que no se encuadra dentro de lo que determina el artículo 69 A.

6.4.2) Significado y alcance de las decisiones de la Comunidad Andina:

“Occidental” argumentó que existen obligaciones específicas y vinculantes dentro de este caso de acuerdo con la Ley de la Comunidad Andina específicamente y en conformidad con el acuerdo de integración subregional adoptado en 1969 y sus enmiendas en donde se estableció y desarrollo un marco legal elaborado. Dentro de este marco nos referiremos a dos decisiones relevantes para la política del IVA las cuales son:

- 1) La decisión de la comisión número 330 de 1992 mediante la cual se ordenó a los países miembros que eliminen los subsidios y lleven a cabo la armonización de incentivos para las exportaciones intrarregionales, incluidos ciertos impuestos indirectos relacionados con las exportaciones;
- 2) Decisión de la comisión número 338 de 1996 mediante la cual se dio instrucciones a los países miembros para que los impuestos indirectos pagados “en la adquisición de materias primas, insumos intermedios, servicios, y bienes de capital, nacionales o importados, consumidos, o utilizados en el proceso de producción, manufactura, transporte o comercialización de bienes para la exportación, sean reembolsados al exportador”.

Ecuador expresó que el régimen de la Comunidad Andina solo se aplica a las exportaciones intraregionales y no a aquellas para los mercados mundiales, criterio

que no comparte el tribunal ya que fundamenta que los reembolsos del IVA es para todas las exportaciones y también hace referencia al informe del Consejo Andino para armonización, en la cual expresamente se explicó que la armonización tenía que ver con los impuestos indirectos tanto internamente como con respecto de terceros. De igual manera la Decisión número 370 había ordenado que el alcance del régimen debiera incluir las exportaciones fuera de la subregión.

“Occidental” manifestó al tribunal que la Ley de la Comunidad Andina constituye un orden jurídico efectivo y vinculante mientras que el demandado manifestó que esto no es de esa manera, ya que a menudo las decisiones son ignoradas por los países miembros, sin embargo el tribunal manifiesta que las decisiones de la Comunidad Andina son obligatorias de acuerdo con el sistema legal ecuatoriano, y concluye que sin duda alguna es un orden jurídico obligatorio que los países miembros están obligados a respetar e implementar; es así que de acuerdo con el artículo 2 del Tratado Codificado que estableció el tribunal de justicia de la Comunidad Andina de 1999, dichas decisiones obligan a los países miembros a partir de la fecha de su adopción y el artículo 4 exige que los países adopten las medidas de cumplimiento de la ley necesarias. Si dichas obligaciones no son cumplidas por un país miembro, se incurre en responsabilidad internacional y no podrá invocar esta omisión en perjuicio de un ciudadano o inversionista. De lo anteriormente mencionado el tribunal concluye que el actor tiene derecho a la devolución del IVA de acuerdo con la Ley de la Comunidad Andina, sin embargo señala que se puede emplear una compensación diferente de la devolución con el fin de rembolsar al exportador de conformidad con el artículo 5 de la Decisión 388 de la Comunidad Andina.

6.4.3) Significado y alcance del Tratado y el Derecho Internacional:

Luego de que el tribunal examinó el contrato, las leyes tributarias del Ecuador, la Ley de la Comunidad Andina, entre otras procedió a examinar las reclamaciones específicas hechas por “Occidental” en conformidad con el tratado y el derecho internacional, así como las defensas del Ecuador las cuales son:

- 1) Ecuador no a otorgado a la inversión el tratamiento justo y equitativo ni el tratamiento no menos favorable que el que exige el derecho internacional en violación del artículo II (3) (a) del tratado.
- 2) Ecuador no ha tratado la inversión en una forma no menos favorable que la otorgada a las inversiones de sus propios ciudadanos o de los ciudadanos de países terceros, en violación del artículo II (1) del tratado.
- 3) Ecuador ha afectado a través de medidas arbitrarias y discriminatorias la administración, operación, mantenimiento, uso, o disfrute de la inversión en violación del artículo II (3) (b) del tratado.
- 4) Ecuador ha expropiado directa o indirectamente, la totalidad o parte de la inversión de “Occidental” sin un fin público, en una manera discriminatoria, sin el pago de compensación oportuna y en desacato del debido proceso de ley y los principios generales de tratamiento previstos en el artículo II (3) del tratado, todo en violación del artículo III (1) del tratado.

El tribunal examinó las reclamaciones por separado en orden inverso recalcando que la reclamación de expropiación es inadmisibile.

a) Reclamación de afectación

“Occidental” específicamente reclamó que una expectativa económica legítima en la cual se basó su inversión ha sido menoscabada por las medidas adoptadas, por el Ecuador. El demandado opinó que esta reclamación duplica otras reclamaciones hechas por “Occidental” con respecto a la discriminación y tratamiento justo y equitativo estipuladas en el artículo II (1) y II (3) (a) del tratado, negando que las medidas adoptadas hayan frustrado dichas expectativas. El tribunal argumentó que el demandante no ha sido afectado por las medidas adoptadas ya que continúa ejerciendo sus derechos en una manera que es totalmente compatible con los derechos a la propiedad.

Por su parte el tribunal manifestó que en el presente caso existe un cierto grado de arbitrariedad, que se produce no por una discreción individual fundamentada en el prejuicio o preferencia antes que en la razón o en el hecho sino en la confusión y la falta de claridad en las prácticas, regulaciones, y reglas aplicadas por el SRI lo que dieron como resultado cierta forma de arbitrariedad incluso sin que esta fuera la intención del SRI.

b) Reclamación de tratamiento no menos favorable

El artículo II (1) del tratado establece la obligación de tratar a las inversiones en una forma no menos favorable que la que se otorga en situaciones similares a la inversión o las actividades asociadas de sus propios ciudadanos o compañías, o de los ciudadanos o compañías de cualquier país tercero. Las excepciones del Ecuador para el tratado en no brindar un tratamiento justo y equitativo se excluyen a la pesca tradicional y la propiedad así como operaciones de radio y televisión.

Argumentos de Occidental: Comienza mencionando que el Ecuador ha incumplido con la obligación referida anteriormente porque varias compañías involucradas en la

exportación de otros bienes como flores, la minería, productos marinos, madera, banano, y el aceite de palma africana tienen derecho a recibir la devolución del IVA, y disfrutan continuamente de este beneficio; se refiere que el significado “en situaciones similares” no se refiere a las industrias o compañías involucradas en el mismo sector o actividad sino a las compañías que se dedican a las exportaciones en diferentes sectores como en este caso.

Otro argumento del demandante, se refiere a que no puede existir diferenciación entre productores y manufactureros ya que esto no está contemplado en la legislación del Ecuador, la Ley de la Comunidad Andina, y otros estándares internacionales.

Argumentos de Ecuador: Manifestó su oposición a los argumentos de “Occidental”, con base en que la frase “en situaciones similares” significa que solo las compañías en el mismo sector deben ser tratadas por igual y esto ocurre con los productores petroleros. Explica también, que el tratamiento de las compañías de propiedad extranjera y las compañías nacionales no es diferente, puesto que también se ha negado a Petroecuador las devoluciones del IVA. Se opone a los argumentos concernientes a la cláusula de la nación más favorecida ya que no se ha demostrado un ejemplo concreto de una compañía en cualquier otro sector que reciba un tratamiento más favorable al cual se podría aplicar la cláusula. El significado de **Nación más Favorecida** se refiere a que a la celebración de tratado bilateral o multilateral entre Estados ya sea de carácter económico, social o cualquier otro, se otorga un tratamiento más favorable en la materia del tratado a los países más débiles frente a los países más fuertes, con el fin de que los primeros puedan llevar a cabo el objeto del tratado, sujetos generalmente a ciertas condiciones y plazos determinados.

Consideraciones del Tribunal: El tribunal opinó que el demandante tiene razón y sus argumentos son convincentes. Primero se refiere a que la frase “en situaciones similares” no se puede interpretar en el sentido restringido propuesto por Ecuador, pues el propósito del tratamiento nacional es proteger a los inversionistas en comparación con los productores locales, y esto no se puede hacer exclusivamente por cada sector. El tribunal discute sobre el significado de “productos similares” y dentro de este contexto según el GATT y la OMC se dice que los productos similares se relacionan con el concepto de productos directamente competitivos o sustituibles.

c) La reclamación con respecto al tratamiento justo y equitativo y a la protección y seguridad plenas.

“**Occidental**” argumentó que las medidas del demandado también están en violación con lo que estipula el artículo II (3) (a) del tratado el mismo que dice: “la inversión deberá ser otorgada en todo momento un tratamiento justo y equitativo, deberá disfrutar de protección y seguridad plenas, y en ningún caso deberá recibir un tratamiento menos favorable al que se exige en el derecho internacional”

El actor manifiesta que el Ecuador al revocar las decisiones preexistentes entre las partes, el Ecuador ha frustrado las expectativas legítimas de Occidental para lo cual se realizó la inversión y ha incumplido la obligación de otorgarle un tratamiento justo y equitativo.

El Ecuador argumentó que no ha existido una expectativa de una devolución del IVA en el momento en que se realizó la inversión y que por lo tanto no existe violación alguna a una norma internacional. Cabe mencionar que en el Tratado suscrito no se define el

concepto de tratamiento justo y equitativo pero generalmente se entiende como un acuerdo entre las partes para realizar una determinada inversión dentro de un marco jurídico estable el cual garantice un tratamiento justo a la inversión a realizarse.

El Tribunal manifestó que en el presente caso el SRI al cambiar de una manera radical sus decisiones acabo por manifestarse errónea y vagamente sobre la consulta realizada por “Occidental” en el tema de la devolución del IVA, esto se debe a que la ley tributaria que fue cambiada no fue clara creando que el alcance, la práctica y por ende sus regulaciones cayeren en una inconsistencia generando una inestabilidad jurídica al inversionista.

El tribunal hace referencia a casos similares como es el de “Metalclad” en el cual el tribunal estableció que al inversionista extranjero se le debe brindar la seguridad de procedimientos, regulaciones y normas claras y estables, de modo que este conozca de antemano todas y cada una de las reglas y regulaciones que regirán sus inversiones.

El Tribunal en consecuencia sostuvo que el Ecuador incumplió con sus obligaciones de tratamiento justo y equitativo establecido en el tratado.

El tribunal manifestó que la cuestión relevante para el derecho internacional en el presente caso no es si hubo una obligación de devolver el IVA sino más bien si el marco legal y de negocios satisface los requisitos de estabilidad y posibilidad y previsión de acuerdo con el derecho internacional. Si bien es cierto que como se mencionó en este laudo con anterioridad que no existe una obligación en cuanto a la devolución del IVA que esté contemplada en el derecho internacional salvo en el caso específico de la Ley de la Comunidad Andina también es cierto que existe una obligación por parte del Estado Ecuatoriano de no alterar de ninguna manera el ambiente legal y de negocios en el cual

se ha realizado la inversión. Lo que interesa en el presente caso es garantizar la estabilidad como la posibilidad de previsión del marco legal vigente.

c) Otras Reclamaciones y Defensas

Las partes dentro del presente proceso arbitral también introdujeron otras reclamaciones y defensas.

1.- Occidental manifestó que cuando se devolvió el IVA durante un período, se creó una expectativa legítima por lo que se realizó inversiones adicionales en conexión con los oleoductos. El Estado Ecuatoriano opinó que el derecho internacional no impide que Ecuador corrija las interpretaciones equivocadas de la ley que dieron lugar durante catorce meses al reembolso del IVA a “Occidental”. El tribunal concluyó que “Occidental” realizó sus inversiones incluido la participación en los arreglos de los oleoductos en un ambiente legal y de negocios que fue cierto y predecible. Este ambiente fue cambiado abruptamente por motivos de una interpretación legal dando como resultado la violación del tratamiento justo y equitativo.

6.1.1.1.1 Subcapítulo 5 Reparaciones:

1.- **Compensación exigible:** El tribunal después de analizar lo planteado por las partes determina las reparaciones siguientes:

- El demandante tiene derecho a que se le devuelva el IVA de acuerdo con la legislación ecuatoriana así como también con la Ley de la Comunidad Andina

- El demandado ha incumplido su obligación de otorgar a “Occidental” un tratamiento no menos favorable que el que concede a los ciudadanos u otras compañías y también ha incumplido su obligación con respecto al tratamiento justo y equitativo. La reclamación a cerca de la arbitrariedad solo es sustentada parcialmente puesto que no es una acción deliberada por parte del SRI sino de la estructura general tributaria. Las reclamaciones por expropiación fueron desestimadas.

Estas violaciones cometidas por el demandado tienen un vínculo con cuatro situaciones separadas: La primera situación tiene relación con los montos devueltos de acuerdo con las resoluciones de concesión, el demandado no puede ordenar que el demandante devuelva los montos del IVA devueltos, puesto que tiene derecho a dichas devoluciones en razón de que no estaba incluido mecanismo alternativo alguno en el contrato y por lo tanto el tribunal sostuvo que el demandante tiene derecho a retener los montos devueltos, y que las resoluciones del SRI carecen de efecto legal.

La segunda situación tiene que ver con los montos del IVA cuya devolución ha sido solicitada por Occidental y negada por el SRI.

La tercera situación se relaciona con los montos de IVA que han sido pagados por “Occidental” hasta el 31 de Diciembre de 2003 cantidad que no fue reclamada por el actor debido a que dicha solicitud había sido infructuosa.

El tribunal determinó que la responsabilidad de cumplir las obligaciones establecidas en el contrato, corresponden al Ecuador y que por lo tanto está en la obligación de pagar el monto de 71.533.649 como compensación al inversionista. El tribunal manifestó que Occidental planteó demandas ante los tribunales de Ecuador, como una

cuestión de derecho conferido por las leyes ecuatorianas, las mismas que están separadas de las demandas planteadas ante este tribunal por violaciones de los derechos del tratado. Estas reclamaciones locales implican la posibilidad de una recuperación doble y a fin de prevenir cualquier posible recuperación doble del IVA por Occidental el tribunal sostiene que Occidental no deberá beneficiarse de ninguna recuperación adicional, y ordena que el demandante cese y desista con respecto a cualquier acción legal procedimiento administrativo, u otras acciones ante los tribunales locales. (Acto firme)

El Tribunal resolvió además que el demandado deberá asumir el 55% de los costos de arbitraje y el actor el 45 % de dichos costos.

El tribunal, decide y concede:

- Que tiene jurisdicción para conocer el presente caso
- Que el actor tiene derecho a la devolución de todo el IVA pagado, como resultado de la importación de bienes y servicios para la producción del petróleo
- Todas las solicitudes para obtener la devolución de los impuestos en el futuro deberán observar los procedimientos administrativos normales de la Ley tributaria ecuatoriana.
- El demandado incumplió sus obligaciones para otorgar al inversionista un tratamiento no menos favorable que el que concede a los ciudadanos y otras compañías nacionales.
- El demandado incumplió sus obligaciones de otorgar al inversionista el tratamiento justo y equitativo garantizado en el tratado, y hasta cierto punto la garantía contra las arbitrariedades

- El actor tiene derecho a retener todos los montos del IVA reembolsado por el SRI
- El demandado deberá pagar al demandante la compensación en el monto de 71.533,649 y el interés simple por el monto de 3.541,280
- Con el fin de que Occidental no obtenga una doble recuperación del IVA el tribunal ordenó que Occidental no deberá beneficiarse de ninguna recuperación adicional y ordena que cese y desista con respecto a cualquier acción legal, administrativa, u otra ante los tribunales locales con el fin de obtener la devolución de cualquier IVA pagado hasta el 31 de diciembre del 2003. Así mismo sostiene que todas y cada una de dichas acciones deberán carecer de todo efecto legal.
- Por último el Tribunal fijó los honorarios y los costos del arbitraje.

6.1.1.1.1.1 Subcapítulo 6 RECURSO DE NULIDAD.-

Con el laudo dictado por el Tribunal de Londres, el Ecuador insatisfecho propuso a través del Procurador General del Estado, Dr. José María Borja y Borja un recurso de nulidad ya que mencionó el Ecuador que materia tributaria es de competencia ecuatoriana y que dicho tema no puede ser conocido y resuelto por un procedimiento de arbitraje. El Recurso fue propuesto ante la Corte de la Reina de Londres; este recurso buscaba anular el laudo dictado por el tribunal a favor de la Compañía extranjera Occidental el 1 de julio del 2004. El Procurador del Estado presentó el recurso mencionado el 11 de agosto del 2004, objetando básicamente la competencia y jurisdicción del Tribunal por tratarse como lo mencionamos de un tema de carácter tributario. En primera instancia la Corte de la Reina se declaró competente para conocer el recurso de nulidad propuesto por Ecuador. Luego procedió analizar el tema de fondo y manifestando principalmente las mismas consideraciones del laudo de primera instancia no aceptó la nulidad del laudo y mantiene su vigencia.

El juez que conoció el recurso es el Juez Ainkens quien se sustentó en el Art. 10 del Tratado de Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre Ecuador y Estados Unidos, en el numeral 2 letra c) d.

7. CAPÍTULO 7. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Al finalizar el presente trabajo de titulación hemos llegado a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

7.1. Subcapítulo 1 CONCLUSIONES.-

- El arbitraje es sin duda una herramienta ágil y eficiente para la resolución de conflictos siempre y cuando estos sean susceptibles de transacción, ya que es un medio que debido a su estructura y celeridad, proporciona a los sujetos, una adecuada administración de justicia cumpliendo el principio de derecho de lo que se denomina “justicia” que es justamente dar a cada uno lo que le corresponde. Desde el punto de vista de lo que significa la economía procesal, el arbitraje coadyuva a la función judicial en la descongestión de los procesos, por lo que se vuelve en un elemento sumamente importante con respecto a otras causas que por falta de tiempo de quienes reparten justicia por la vía ordinaria no pueden ser tratadas con la eficacia, eficiencia, y celeridad debidas. En el proceso arbitral, se brinda a las partes una mayor confianza, privacidad, ya que la resolución emitida por los árbitros estará mas técnicamente apegada en cuanto a los hechos que ocasionaron el proceso ya que quienes ejercen la función de árbitros, son personas calificadas y con amplio conocimiento en la materia que se trata el conflicto.

El arbitraje desde tiempos antiguos ha sido un mecanismo para resolver las controversias de los particulares, el mismo que ha ido evolucionando hasta la actualidad tomando fuerza, hasta llegar a formar parte de los ordenamientos jurídicos de cada

estado. Esto demuestra también que el proceso arbitral como tal es flexible por lo que sin perder ni desviarse de su estructura se acopla a todos los tipos de ordenamientos a pesar de que estos cambien. Así mismo diremos que el arbitraje sin duda en el futuro será la herramienta más efectiva e importante para la solución de los conflictos tanto a nivel nacional y más aún en el campo internacional, debido a que no existe un estado el cual tenga la calidad de juez para resolver conflictos de carácter internacional.

Si bien pueden existir varias clases de arbitraje, este guarda uniformidad, de conceptos, por lo que su aplicabilidad se torna sumamente efectiva. Es muy importante mencionar que el arbitraje brinda seguridad jurídica a quienes se sometan a este, no así la justicia ordinaria que con el pasar de los años se ha visto manipulada por intereses ajenos a la propia justicia lo que ha ido mermando su confiabilidad y por ende su efectividad.

El arbitraje internacional hay que entenderlo como el procedimiento, mejor elaborado, para la solución de conflictos de carácter internacional, ya que el mismo fija adecuadamente las reglas sobre las cuales se va a desarrollar un proceso arbitral. Diremos también que este mecanismo está en la capacidad de otorgar a los inversionistas extranjeros la debida seguridad jurídica, al mantenerse aislada de la politizada administración de justicia existente en mayor o menor grado dependiendo del Estado.

El convenio arbitral entiéndese como un acuerdo de voluntades, mediante el cual se prevé la fórmula para en caso de incumplimiento, someterse a cualesquiera sea el medio idóneo para la solución de un determinado conflicto. Mediante la celebración de este instrumento se busca garantizar tanto las inversiones realizadas por quien tuviere esa calidad, como por quien reciba la inversión lo haga dentro de un marco regulatorio el cual satisfaga sus necesidades.

El arbitraje es reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, dándole un carácter de principio constitucional, lo cual le enviste de la misma calidad jurídica que el que tiene un proceso judicial ordinario. Así mismo el arbitraje al encontrarse estipulado en varias leyes ecuatorianas, esta convirtiéndose en un elemento necesario y auxiliar de la justicia ordinaria, por lo que a simple vista podemos observar que en un futuro cercano abarcará gran cantidad de procesos que teniendo la calidad para ser transigibles se encuentran ventilando por la justicia ordinaria.

Los tratados bilaterales suscritos y ratificados por el Estado Ecuatoriano se han ido convirtiendo en la actualidad en piezas claves dado su importancia y jerarquía legal, para formar parte del ordenamiento jurídico del país. Tratándose de un instrumento con mayor jerarquía que las demás leyes exceptuando la Constitución Política su cumplimiento sin duda resulta ser obligatorio, y más aún que estos instrumentos son súper vigilados por la comunidad internacional.

El Ecuador ha suscrito y ratificado varios tratados bilaterales por lo que el mismo se obliga a respetarlos y observar que no sean violados o incumplidos por quien suscribió o por el mismo Estado Ecuatoriano, por lo tanto al haber suscrito el Convenio de Garantía de Inversiones con los Estados Unidos, el Ecuador está en la obligación de respetar y hacer respetar dicho convenio.

La Compañía "Occidental" realizó una inversión en el Ecuador, la misma que además de sujetarse a las disposiciones internas del Ecuador, estaba respaldada por el Convenio de Garantía de Inversiones, firmado con los Estados Unidos. Si nos apegamos estrictamente a las normas de derecho inherentes al vínculo contractual que surgió de este contrato así como del Convenio, se concluye que el Ecuador al cambiar sustancialmente las disposiciones convenidas con la compañía, con esto mancillando la seguridad jurídica, justamente respaldada por el mencionado convenio ha incumplido con

las obligaciones estipuladas en el mismo y por ende debe responder ante la firma y ratificación del mencionado instrumento.

“Occidental” apegándose a las disposiciones internas vigentes en el Ecuador, impugnó acertadamente las resoluciones emitidas por el Servicio de Rentas Internas (SRI) en los Tribunales Fiscales del Ecuador en lo referente a materia tributaria, impugnación que la realiza debido a que de lo contrario dicha resoluciones hubieren sido tomadas por el Estado Ecuatoriano de acuerdo con la legislación tributaria como acto firme, quitando toda posibilidad a “Occidental” de futuras reclamaciones, por lo que concluimos que “Occidental” inicia los juicios en el Ecuador al estar obligado por ley.

La compañía “Occidental” considerando que el Estado Ecuatoriano a través del órgano recaudador de impuestos (SRI) había incumplido el tratado suscrito, inició en nuestro criterio correctamente el arbitraje.

En el contrato firmado con Petroecuador el 25 de enero de 1985 Occidental recibió el debido reembolso de Petroecuador por concepto de IVA pagado, cosa que no sucedió posteriormente cuando se cambió a un contrato de participación en el cual la situación jurídica cambia ya que ley tributaria interpretada por el SRI no le reconoció a la compañía el reembolso del IVA pagado, de esta manera el inversionista extranjero se vio afectado y por ende al suscitarse esta interpretación se produce un tratamiento diferente al establecido con anterioridad, incumpliendo los derechos establecidos en el tratado en lo que respecta a un tratamiento justo y equitativo para los inversionistas.

“Occidental” planteó correctamente la demanda arbitral ya que la misma se basó en los derechos incumplidos en el tratado mas no por la devolución o no del IVA pagado entendiéndose con esto que lo que pretende “Occidental” es hacer respetar el mencionado convenio.

A raíz de las resoluciones emitidas por el SRI en donde se le niega la devolución del IVA, acertadamente inició cuatro juicios ante el Tribunal Fiscal Distrital No. 1 objetando las mencionadas resoluciones.

El Ecuador incumplió las obligaciones de tratamiento justo y equitativo de tratamiento no menos favorable, con lo que afectó la administración el uso y el disfrute de la inversión de “Occidental”.

“Occidental” inició el arbitraje amparado en lo que dispone el Art. 6 numeral 3 (a) del tratado por lo que consideramos perfectamente válido tal fundamento de derecho ya que se enmarca en lo que significa el arbitraje obligatorio.

La República del Ecuador consciente en someterse al arbitraje formulado por “Occidental”, dando validez al proceso arbitral.

Es entonces donde nace el arbitraje, que cumpliendo con todos los requisitos de la ley se lleva a cabo en Londres. La decisión del Tribunal llamado “Laudó” fue debidamente motivado ya que el mismo analizó y resolvió todas y cada una de las pretensiones propuestas por ambas partes así como las excepciones planteadas por cada una de las partes. Cabe mencionar que el mencionado laudo contiene en su parte resolutive las decisiones adoptadas por el Tribunal, en donde concluye a nuestro criterio acertadamente que el Ecuador incumplió con las obligaciones establecidas en el Convenio, pero también reconoce que no existió ningún tipo de expropiación por parte del Ecuador. Así mismo concluye el Tribunal que el reembolso del IVA no estaba contemplado en el factor X del contrato, y como consecuencia debido a esta omisión “Occidental” tiene derecho al reembolso de conformidad con la Ley Ecuatoriana.

7.1.1. Subcapítulo 2. RECOMENDACIONES.-

- El Ecuador debe respetar y cumplir con los acuerdos internacionales suscritos y ratificados, ya que los mismos constituyen parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano,

y al no cumplirlos crea con esto una inseguridad jurídica tanto a nivel internacional como nacional, de esto el único perjudicado es el Estado quien al no contar ni con la infraestructura, tecnología y recursos económicos y no tener la inversión necesaria, no puede desarrollar los recursos naturales y convertirlos en productos elaborados como es el caso del petróleo. En la actualidad el Ecuador, es visto por la comunidad internacional como un país que no ofrece las garantías necesarias a la inversión extranjera, por lo que, la misma no llega al país y por ende los recursos naturales no están siendo explotados de una manera correcta.

- En el tema de la exploración y explotación petrolera, es necesario que los contratos que se celebraren cualquiera fuera su modalidad sean suficientemente estudiados por personas con amplio conocimiento en la materia, con el fin de que el Estado y el inversionista obtengan beneficios recíprocos y con esto ninguna de las dos partes se vea afectada.
- Siendo el petróleo la fuente principal del ingreso del Estado Ecuatoriano, se debe implementar un tratamiento específico para las actividades petroleras, reguladas por una ley más clara que la que tenemos y que el inversionista se someta a dicha regulación, regulaciones estas que deben ser diferentes al tratamiento que se otorga a cualquier otro inversionista, por lo que, en lo convenios o tratados que se llegaren a suscribir a futuro el Ecuador luche para que las actividades petroleras tengan un tratamiento diferente. Así mismo en las leyes tributarias se debería establecer un régimen tributario diferente a las actividades petroleras ya que el Ecuador debe proteger su recurso natural y obtener ganancia de este sin que por esto haga un tratamiento no menos favorable otorgado a los nacionales y tampoco actúe con arbitrariedad.

- El Ecuador al firmar contratos con compañías extranjeras dedicadas a las actividades petroleras, debe garantizar que el mismo no va a sufrir modificación alguna que afecte los intereses del inversionista. De existir cualquiera fuere la modificación solo será viable previo el consentimiento expreso de ambas partes.
- Petroecuador al ser la empresa del Estado dedicada al manejo y administración del petróleo durante los últimos años no lo ha hecho por sí misma de manera eficiente ya que carece de los recursos económicos para invertir en la exploración y explotación de petróleo, es por esto, que se debe seguir delegando estas actividades a empresas altamente calificadas que tenga la capacidad económica y técnica como es el caso de la Compañía “Occidental”, “YPF”, entre otras. Pero así mismo, creemos conveniente que las compañías se obliguen periódicamente para con el Ecuador a reinvertir un porcentaje que deberá ser así mismo estipulado en el contrato celebrado, como lo hicieron cuando las compañías extranjeras hace algunos años construyendo el Oleoducto de Crudos Pesados OCP.
- El Ecuador al suscribir tratados bilaterales en los cuales se contempla la fórmula de resolución de conflictos suscitados con los inversionistas extranjeros como es el caso estudiado, debe someterse y cumplir la resolución de los jueces o árbitros que lleven el proceso. La sentencia o laudo dictado internacionalmente debe ser cumplido por el Ecuador así afecte sus intereses y siempre y cuando dicha resolución cumpla con los requisitos de validez contemplados en el Derecho Internacional, ya que de no hacerlo la comunidad internacional se verá en la obligación de sancionar al Ecuador ante su mal proceder para con los inversionistas extranjeros.

8. BIBLIOGRAFÍA:

- El Arbitraje. La Justicia Arbitral. Abogado Ernesto Salcedo Verduga, Ecuador
- Los Métodos Alternativos de Manejo de Conflictos y la Justicia Ordinaria, Jaime Veintimilla Saldaña y Santiago Andrade Ubidia.
- Convenio de Garantía de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos de Norteamérica.
- La Justicia Arbitral Roque J Caivano
- El Arbitraje Ad-hoc, Jorge Hernán Gil Etcheverry
- Laudo Arbitral de Londres
- Diccionario Jurídico de Cabanellas
- Constitución Política de la República del Ecuador
- Ley de Arbitraje y Mediación
- Otras Leyes
- Internet.
- Publicaciones Diario El Comercio