



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO**

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor guía

Lic. Diómedes Eduardo Palacios Morales, Msc

Autor

Juan Carlos Herrera Quenguan

Año

2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

.....
Diómedes Eduardo Palacios Morales
Magister en Ciencias Políticas
C.I. 1803329117

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

.....
Juan Carlos Herrera Quenguan
C.I.1712513165

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por su apoyo y amor
que me formó y me hizo feliz.

A Esmeralda quien confió en mi.

DEDICATORIA

A mi madre con quien
pelearemos en una dura batalla,
la cual venceremos juntos.

A mi hermano Sultán "...una
criatura que fue bella sin
vanidad, fuerte sin insolencia,
valiente sin ferocidad y tuvo
todas las virtudes del hombre y
ninguno de sus defectos." LORD
BYRON.

RESUMEN

El presente trabajo investigativo es un esfuerzo para analizar la limitación del arbitraje internacional de inversiones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, respecto a sus beneficios y perjuicios. Para ello, se inicia el trabajo con una aproximación conceptual del derecho de inversiones y el arbitraje internacional, donde se revisa sus principales instituciones desde un punto de vista histórico. Luego se revisan las fuentes del derecho de inversiones y finalmente se revisa el alcance conceptual del arbitraje de inversiones con el arbitraje comercial.

Seguidamente, se presenta un análisis respecto a la evolución histórica del derecho inversiones en el Ecuador. Se atiende al tratamiento constitucional histórico y la normativa de inferior jerarquía, para luego revisar la normativa vigente en la actualidad, en especial el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones ecuatoriano.

Por otro lado, con motivo de dar sustento al modelo de resolución de controversias vigente, se analiza el régimen constitucional del arbitraje internacional dentro de las provisiones de la Constitución ecuatoriana. En particular, se analiza las implicaciones constitucionales del arbitraje internacional de inversiones respecto a sus limitaciones, beneficios y perjuicios. Se revisa también el estatus jurídico de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción recíproca de Inversiones, así como el proceso constitucional de denuncia de tratados internacionales. En relación a este último punto, se analiza el CAITISA como ente encargado de la auditoría integral de los TBI y arbitraje internacional en el Ecuador.

Finalmente, se analiza la viabilidad, ventajas, críticas e incidencias de los TBI y el arbitraje internacional de inversiones y su relación con los niveles de inversión extranjera en Latinoamérica y su comparación con el caso del Ecuador.

ABSTRACT

The following research is an endeavor to determine the limitation of international arbitration in the Ecuadorian legal order as regards to its benefits and disadvantages. Firstly, I make a theoretical approximation of the implications of investment law and international arbitration, where its historical institutions are reviewed as well. I then review the sources of investment law and finally the theoretical distinction between investment and commercial arbitration.

Secondly, I review the historic development of investment law in Ecuador with a particular focus on the constitutional treatment and the regulations of lower rank in that matter. I then review in force regulations, specially the Organic Code of Production, Commerce and Investment.

On the other hand, in order to fundament the current model of settlement of disputes, I analyze the constitutional regime of international arbitration within the provisions of the Ecuadorian constitution. Particularly, I analyze constitutional implications of investment arbitration and the legal status of Bilateral Investment Treaties and its process of denouncement. As regards of the latter, I analyze CAITISA as the entity in charge of integrally audit of BIT and international arbitration in Ecuador.

Finally, I analyze the viability, advantages, critics and incidence of BIT and international investment arbitration and its influence on foreign direct investment levels in Latin America and its comparison with Ecuador's situation.

ÍNDICE

	PÁGINA
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1. DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	3
1.1 Derecho internacional de inversiones.....	3
1.1.1 Reseña histórica y evolución en el tiempo.....	4
1.1.1.1 Protección diplomática.....	7
1.1.1.2 Doctrina Calvo vs. Estándar Mínimo de Trato Internacional	8
1.1.1.3 Intervención diplomática en el s. XIX y antes de la 1º Guerra Mundial.....	10
1.1.1.4 Era moderna en el derecho de inversiones.....	12
1.1.2 Fuentes del derecho internacional de inversiones.....	15
1.1.2.1 Convención de Washington y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.....	15
1.1.2.2 Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBI).....	18
1.1.2.3 Energy Charter y el NAFTA.....	23
1.1.2.4 Reglas de Arbitraje UNCITRAL y el arbitraje de inversiones ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.....	25
1.1.2.5 Costumbre internacional y jurisprudencia.....	27
1.1.2.6 Contrato de inversión.....	31
1.2 Alcance teórico del arbitraje internacional de inversiones y su diferenciación con el arbitraje internacional comercial.....	33
1.2.1 La naturaleza jurídica de la controversia.....	33
1.2.2 Las partes que intervienen en la controversia.....	34
CAPÍTULO 2. DERECHO DE INVERSIONES EN EL ECUADOR.....	36
2.1 Antecedentes y normativa histórica.....	36
2.1.1 Tratamiento constitucional histórico.....	36
2.1.2 Tratamiento en la legislación de inferior jerarquía.....	40
2.2 Contrato de Inversión del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones.....	41
2.2.1 Provisiones del contrato de inversión.....	42
2.2.2 Incentivos y estándares de protección para el inversor extranjero.....	44
2.2.3 Resolución de controversias.....	46
2.3 Contratos de inversión firmados por el Ecuador.....	47
2.3.1 Contratos firmados al amparo de la Ley de Promoción y	48

Garantía de Inversiones.....	49
2.3.2 Contratos firmados al amparo del COPCI.....	49
2.4 Controversias del Ecuador en materia de inversiones.....	51
2.4.1 Estadísticas de arbitrajes internacionales.....	52
2.4.2 Casos emblemáticos.....	54
2.4.3 Balance favorable para el Ecuador.....	58
CAPÍTULO 3. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SU PROBLEMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.....	61
3.1 Régimen de la inversión extranjera en la Constitución del 2008.....	62
3.1.1 Artículos 339 y 416 de la Constitución.....	62
3.1.2 Artículos 190 y 422 de la Constitución.....	67
3.2 Procedimiento de denuncia e inconstitucionalidad de los TBI.....	72
3.2.1 Procedimiento constitucional para la denuncia de tratados o instrumentos internacionales.....	72
3.2.2 Dictamen de la Corte Constitucional sobre la inconstitucionalidad del TBI celebrado entre el Ecuador y el Reino Unido.....	73
3.3 Procesos de denuncia de TBI por parte del Ecuador.....	83
3.3.1 TBI denunciados.....	83
3.3.2 Decreto Ejecutivo N°. 1506: Comisión para Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA).....	86
CAPÍTULO 4. VIABILIDAD, VENTAJAS, CRÍTICAS E INCIDENCIA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN LOS NIVELES DE INVERSIÓN EXTRANJERA.....	88
4.1 Viabilidad del arbitraje internacional de inversiones.....	88
4.2 Derecho de inversiones en Latinoamérica.....	90
4.2.1 Caso de estudio: Colombia, Perú y Brasil.....	91
4.2.2 Niveles de inversión extranjera y comparación con el caso ecuatoriano.....	95
4.3 Ventajas del arbitraje internacional en materia de inversiones.....	96
4.4 Críticas al sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones.....	99
4.4.1 Respuesta a las críticas del sistema internacional de protección de inversiones	101
CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES.....	103
CAPÍTULO 6. RECOMENDACIONES.....	107

7. REFERENCIAS.....	110
8. ANEXOS.....	121

INTRODUCCIÓN

Con la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008, se ha identificado una limitación a la suscripción, interpretación y aplicación de convenios internacionales celebrados por el Ecuador en lo relativo al arbitraje internacional. Es de particular atención la problemática que se presentó alrededor de los Tratados Bilaterales de protección recíproca de Inversiones, nominados aquí en adelante TBI, debido a recientes laudos arbitrales en los cuales se determinó la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano en procesos de inversión extranjera.

El gobierno ecuatoriano, con la justificación de estos laudos en contra, adoptó una política para limitar la aplicación de instrumentos internacionales que sometían diferencias de índole contractual o comercial a instancias de arbitraje internacional, haciendo extensiva esta posición a las controversias que surjan en materia de inversión extranjera. Como consecuencia de esta posición, el gobierno del Ecuador inició proceso de denuncia de los TBI suscritos ante la Corte Constitucional a través de Decreto Ejecutivo del 6 de octubre de 2008, el mismo que se publicó en el Registro Oficial N° 42 el 23 de octubre de 2008. Dicha corte declaró en varias sentencias la inconstitucionalidad de varios TBI y autorizó el trámite de renuncia de los mismos, trámite que correspondió seguir a la Asamblea Nacional. Adicionalmente, el Ecuador denunció el Convenio de Washington con el objetivo de limitar el sometimiento de controversias en materia de inversiones ante la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante "CIADI"), según el argumento de que someterse a la jurisdicción de ese centro implicaría graves vulneraciones de la soberanía del país (Registro Oficial N° 452, 2008).

La posición del gobierno ecuatoriano es que los TBI y, en especial, los tribunales arbitrales internacionales constituyen un régimen transnacional de justicia parcializada y, consecuentemente, no siempre responden a los intereses soberanos de los Estados. Se identifica que en reiteradas ocasiones tribunales arbitrales han revisado las decisiones de Estados y se ha declarado

la responsabilidad internacional del Estado por ejercer potestades en materia de salud o asuntos fiscales. Para graficar un ejemplo de esta situación, se tiene que la República Oriental del Uruguay y Australia fueron demandadas ante tribunales arbitrales internacionales por la multinacional tabacalera, Philip Morris, por haber promulgado leyes sobre salud pública que obligaban a que las tabacaleras añadan fotografías sugestivas en sus productos sobre las consecuencias del consumo de cigarrillos. Lo cual en la posición de la multinacional, implicó una expropiación indirecta por parte de los respectivos Estados, ya que debido a estas medidas las ventas de cigarrillos habían disminuido. En ese sentido, el gobierno y la Corte Constitucional ecuatoriana han señalado que el someter diferencias relativas a inversiones extranjeras ante tribunales arbitrales internacionales, constituye una renuncia de soberanía, lo cual se revisará más adelante.

En tal virtud es de vital importancia realizar un análisis sobre las implicaciones propias del derecho internacional de inversiones, el derecho histórico de inversiones en el Ecuador, el régimen constitucional de la inversión extranjera y el arbitraje internacional al amparo de las disposiciones contenidas en los artículos 190 y 422 de la Constitución para tener un diagnóstico concluyente del estado legal del derecho de inversiones en la Constitución. Por otro lado, es imprescindible analizar la viabilidad, ventajas y críticas del arbitraje internacional de inversiones, así como su incidencia en los niveles de inversión extranjera en determinados países de Latinoamérica y su comparación con la situación del Ecuador.

CAPÍTULO 1

DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

En este capítulo se revisa, la parte introductoria al derecho internacional de inversiones. Se analiza particularmente su evolución histórica, las instituciones y doctrinas que permitieron su desarrollo hasta como se lo concibe en la actualidad. En este sentido se revisa la Protección Diplomática como institución del derecho internacional al igual que su evolución histórica. Adicionalmente, se revisa la Doctrina Calvo y su contraposición con el Estándar Mínimo de Trato Internacional. Luego, se revisa las fuentes del derecho internacional de inversiones con particular atención a la Convención de Washington, los Tratados Bilaterales de Inversiones o TBI, el Energy Charter, el North American Free Trade Agreement, las Reglas UNCITRAL, la costumbre internacional y los contratos de inversión. Finalmente, se revisa el alcance teórico del arbitraje internacional de inversiones y su diferenciación conceptual con el arbitraje internacional comercial con especial atención a la naturaleza jurídica de la controversia y las partes que la componen.

1.1 DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El Derecho Internacional de inversiones tiene un largo acontecer dentro del derecho internacional y sobre todo dentro de las relaciones económicas mundiales. Su efecto radica siempre que ha existido un acuerdo de inversión entre un determinado Estado y un inversor extranjero. El objetivo, por tanto, se fundamenta en que el inversor necesita que su inversión sea protegida y, por lo tanto, se le garantice el normal desarrollo de la misma.

La necesidad de esta protección, la que proporciona el derecho de inversiones, se ha incrementado proporcionalmente de acuerdo al incremento de flujos de

inversión que se han verificado desde el final de la Segunda Guerra Mundial en todo el mundo, en especial a partir del final de la Guerra Fría según los informes de comercio e inversión de las Naciones Unidas.

La necesidad de establecer un régimen que regule las relaciones entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista, se encuentra dada por la posibilidad de que el Estado receptor actúe a su arbitrio y provoque pérdidas en los intereses del inversor. No se debe olvidar que el Estado receptor de la inversión puede, en cualquier momento del proceso de la misma extranjera, cambiar las condiciones y términos en los que se desarrolle la inversión, por ejemplo la promulgación de una ley de carácter tributario que afecte los intereses o ganancias del inversor extranjero y que además se la considere como expropiatoria. En definitiva, estos cambios en los términos y condiciones pueden implicar una violación de las obligaciones internacionales previamente adquiridas por cierto Estado.

Es importante considerar que una vez implementado el proceso de inversión, el inversionista ya se encuentra limitado de retirar la misma, ya que esto podría implicar una pérdida económica considerable por todos los gastos directos e indirectos en que ya ha incurrido. Por ello, es completamente necesario un régimen que limite el actuar discrecional del Estado receptor de la inversión y, en definitiva, se reduzca el riesgo político de dicha inversión, los costos para los consumidores y así no se afecte al flujo de inversión extranjera (Schill, 2009, p.3).

1.1.1 RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO

No hay una referencia exhaustiva de cómo ha sido el tratamiento de los extranjeros y sus posesiones al amparo del derecho internacional a lo largo de la historia; pero no es menos cierto que las comunidades políticas veían con recelo y desconfianza a los ajenos a su grupo o *alios* y, por lo tanto, no les proporcionaban derechos o completa capacidad sobre sus bienes. Afortunadamente, para el desarrollo económico, esta tendencia de

discriminación cambió a través de los años, desde la antigua Roma y las tribus germánicas, pasando por la edad media, hasta la era moderna en donde se verificó que los extranjeros prácticamente se les ha asimilado como nacionales en lo que respecta a sus derechos y obligaciones (Newcombe y Paradell, 2009, pp. 3 y 4).

El primer tratamiento doctrinario moderno sobre el estatus de los extranjeros dentro de un Estado ajeno al de ellos, se evidencia en la obra de Vattel *Law of Nations*, donde se argumenta que el país anfitrión tiene el derecho de controlar las condiciones de entrada de los extranjeros. Una vez que el extranjero se encuentra legalmente admitido, éste se encuentra sujeto a las leyes locales del Estado anfitrión y, consecuente, está obligado a proteger a los extranjeros de igual forma que lo haría con sus nacionales. Esta protección, en opinión de Vattel, se hace extensiva a los bienes del extranjero legalmente admitido dentro del país anfitrión (2008, p. 281)

El Ecuador no se ha alejado de esa tendencia internacional y tal principio de igualdad se consagra en nuestra Constitución Política, en el artículo 11 número 2, donde se ha considerado que una persona no podrá ser discriminada en razón de su origen, entre otros aspectos. Por lo tanto, el extranjero puede adquirir derechos y obligaciones al igual que los ecuatorianos salvo las limitaciones que la misma Constitución establece.

La percepción que se tiene sobre el origen del derecho de inversiones es temprana y parte de un hecho histórico y fundamental dentro de esta rama del derecho internacional. Dicho origen se remonta al año de 1959, cuando Alemania y la República Islámica de Pakistán firmaron el primer Tratado Bilateral relativo a protección de Inversiones (TBI). Ciertamente dicho antecedente no es el primero dentro de la construcción teórica y práctica del derecho de inversiones.

Los inicios del desarrollo de ésta rama del derecho datan de la expansión económica de comercio e inversión que sucedió en los siglos XVII y XVIII en

Europa, donde el derecho de inversiones se convirtió en una herramienta para proteger los intereses de los países exportadores y sus nacionales (Miles, 2013, p.19). Es importante señalar que para esa época varias monarquías absolutistas europeas (actualmente monarquías constitucionales) tenían colonias en África, Asia, América y Oceanía. Por lo tanto, proteger los intereses no sólo de sus nacionales comerciantes, a los cuales se buscaba proporcionar estándares mínimos de protección en sus colonias, sino también para la misma monarquía, se convirtió en vital importancia para la hegemonía de su estatus y poder económico. De un régimen de reciprocidad en la aplicación de estos estándares de protección se pasó a un régimen impositivo de los mismos. Su incumplimiento acarrea consecuencias de carácter económico y militar (Miles, 2013, p. 21).

Así, la protección particular evolucionó a un verdadero régimen internacional de protección de inversiones, donde la influencia europea fue muy marcada. Dicha influencia impuesta, sea por la fuerza o por la razón, fue legitimada por las prácticas habituales de las naciones occidentales, en tal magnitud que se convirtió en principio de derecho internacional, aplicable a la inversión extranjera utilizada para facilitar el comercio y la inversión. Se puede decir que se implantó un sistema hegemónico para garantizar la política y el comercio occidental, lo que fue clave para el expansionismo europeo (Miles, 2013, p. 24).

Dentro de este proceso, se crearon categorías de naciones civilizadas y 'no civilizadas' de acuerdo al paradigma hegemónico, concepción y conveniencia europea. Con este discurso, se justificó el argumento del ejercicio colonizador de la economía de las naciones europeas sobre sus pares 'no civilizados'. Para estos últimos, lo único que les esperaba es la dependencia a un régimen en el que se los regula para proteger los intereses de las naciones 'civilizadas'. El modelo implantado fue excluyente por la carencia de un aparato legal de protección equitativo, ya que el derecho internacional de inversiones proporcionaba protección solo al inversor y no a los Estados (Miles, 2013, p. 32).

Es de importancia señalar que dentro del sistema económico mundial, los intereses de las naciones occidentales se ven representados a través de un grupo selecto de compañías provenientes, especialmente, de zonas asiáticas (India y china), europeas (como las *East India Companies* holandesas, inglesas y francesas), así como estadounidenses. Dichas empresas adquirieron notoriedad especial, ya que acumularon ciertos privilegios y potestades como las naciones mismas a las que representaban. Se constituyeron compañías-estados y, de esta manera, actores que no eran naciones o Estados adquirieron capacidad de operar en el orden internacional como entes con poderes soberanos. Estas compañías podían celebrar tratados y usar fuerza militar a su arbitrio, a cambio de lograr notoriedad y relevancia en el extranjero para beneficio de las naciones que representaban en el expansionismo o para su propio beneficio en lo económico (Miles, 2013, p. 41).

1.1.1.1 PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

El principio de protección diplomática consiste en que la ofensa a un nacional de un determinado país es considerada como una ofensa para el país en sí mismo; por lo que, consecuentemente, se puede reclamar reparación a través del ejercicio de la protección diplomática (Newcombe y Paradell, 2009, p. 5).

El reconocimiento de la aplicación de la protección diplomática, como un principio fundamental del derecho internacional, es dado por parte de la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en la sentencia del Caso Panevezys-Saldutiskis Railway en 1939. La desventaja que existía para el inversor se presentó cuando, para ejercitar esta vía de protección diplomática, se dependía de la discrecionalidad y conveniencia de su Estado, ya que éste puede tener asuntos de índole comercial o política con el Estado 'ofensor'. Estos asuntos podrían impedirle comenzar el proceso de protección diplomática (Newcombe y Paradell, 2009 p. 7).

En este caso, la protección diplomática estableció estándares mínimos para el tratamiento de los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, y

comprendía la protección de su integridad y la de su patrimonio. La violación o inobservancia de estos estándares implicaban el inicio de reclamos diplomáticos o inclusive intervención militar de ameritar el caso o relevancia económica del sujeto ofendido (Miles, 2013 p. 48). Una muestra de la ofensa que un Estado podía efectuar sobre un extranjero sería la expropiación de sus bienes, cuando ésta no ha sido debidamente compensada. Para el derecho internacional vigente durante el siglo XIX, las únicas causales para que una expropiación resulte legítima y no en contra del derecho internacional fueron las siguientes:

- a. La expropiación fue realizada por motivos públicos,
- b. La expropiación no fue ni arbitraria ni discriminatoria, y
- c. La expropiación fue compensada adecuada, oportuna y efectivamente (Cheng, 1994, pp. 47-49).

1.1.1.2 DOCTRINA CALVO VS. ESTÁNDAR MÍNIMO DE TRATO INTERNACIONAL

Esta doctrina cuestionó la legalidad de la invocación de la protección diplomática por parte de inversores extranjeros dentro de un determinado país. En términos generales, propugnó que los inversores extranjeros no podían tener mayores privilegios o protección que los nacionales del país anfitrión, de igual forma como lo hacía el estándar mínimo de trato internacional, ya que, de lo contrario, sería una vulneración directa a la soberanía del país (Miles, 2013, p. 49).

La Doctrina Calvo fue asociada con el jurista argentino Carlos Calvo, que en 1868 criticaba reciamente el ejercicio de la protección diplomática y, consecuentemente, el ejercicio del estándar mínimo de trato internacional. Ésta doctrina comprendía tres elementos distintivos:

- (i) Los extranjeros no tienen mejor tratamiento que los nacionales del país anfitrión,
- (ii) Los derechos de los extranjeros están regulados por las leyes del país anfitrión, y

- (iii) Las cortes nacionales del estado anfitrión tienen exclusiva jurisdicción sobre disputas concernientes a extranjeros (Montt, s.f., p. 9).

La doctrina Calvo también fue integrada al Derecho Comunitario Andino a través de la Decisión 24, en la cual se recogía el llamado Código Andino sobre Inversión que regularía temas comerciales y de inversión entre los Estados miembros. Pero más allá de los elementos descritos en los párrafos anteriores, la doctrina Calvo planteó un objetivo básico: la erradicación de la amenaza permanente de la intervención de un Estado extranjero por disputas relacionadas con un inversor o comerciante ajeno al Estado anfitrión. Esta postura pretendió ser incluida en tratados internacionales, constituciones políticas, regímenes legales internos y otros instrumentos jurídicos con la finalidad de influenciar el régimen legal internacional y adoptar ésta doctrina como generalmente aceptada (Newcombe y Paradell, 2009, p. 50).

Dicho objetivo no se llegó a materializar completamente, ya que los Estados exportadores de capital no la apoyaron en virtud de que era de conveniencia a sus intereses particulares. Sin embargo, ésta doctrina se llegó a materializar en el ejercicio contractual a través de la 'cláusula calvo', la que se hacía constar en contratos celebrados con extranjeros para que los mismos se abstuvieran de reclamar su derecho a protección diplomática por parte de su Estado. Este intento también fue infructífero en virtud de que los Estados extranjeros podían ejercer la protección diplomática a pesar de la renuncia de sus nacionales, siempre y cuando no lo consideraban contraproducente. Por lo tanto, la doctrina Calvo no llegó a adquirir un impacto relevante y prevalente como principio aplicable del derecho internacional.

Finalmente, el renacimiento en la aplicación del estándar mínimo de trato internacional se dio en la década de los años veinte a través de varios fallos emitidos por la Comisión General de Reclamos de Estados Unidos y México y por sentencias emitidas por la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional en los casos *Mavrommatis Concesiones Palestinas*, *Fábrica en Chorzów* y otros. Según los resultados de estos casos, pese a que la Corte

señaló que la protección diplomática es un principio elemental del derecho internacional (Newcombe y Paradell, 2009, pp. 13-15), se dejó en claro que su aplicación es precisamente política mas no en sentido de proteccionismo a temas de inversión. Esto dio como resultado una explosiva suscripción de TBI dentro de Latinoamérica durante los años noventa.

1.1.1.3 INTERVENCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL S. XIX Y ANTES DE LA 1ª GUERRA MUNDIAL

Durante el siglo XIX, es de especial atención que países como Estados Unidos y el Reino Unido tenían un postulado de no intervencionismo en los asuntos comerciales o de inversión que sus nacionales tenían en otros países. El estándar, para exceptuarse de cumplir ese postulado, se efectuaría cuando el nacional de su Estado haya agotado los recursos internos disponibles en el sistema de justicia del país anfitrión o cuando se le haya negado explícitamente el acceso a la justicia. Solamente entonces, se analizaría el nivel y la forma en cómo se realizaría la respuesta en vía diplomática o, inclusive, mediante el uso de la fuerza (intervención militar).

A diferencia de esto, países de igual naturaleza exportadora como Alemania e Italia no hacían suyo el postulado de la no intervención, sino que más bien aplicaron directamente la reclamación por vía diplomática o el uso de la fuerza como principio automático de respuesta sin previos análisis. No obstante de esa diferencia de postulados, la práctica era diferente y las motivaciones para que un Estado exportador de capital finalmente decida intervenir por vía diplomática o la fuerza, estaban determinadas por cuestiones políticas e intereses comerciales. En efecto, no se puede identificar una tendencia marcada del uso de este mecanismo, a más que una inconsistencia en la aplicación de la intervención diplomática (Miles, 2013, pp. 54 - 55).

Antes de la Primera Guerra Mundial se efectuaron varias disputas que confirmaron y desarrollaron teóricamente al derecho internacional de inversiones como un mecanismo para la protección de los intereses de las

naciones exportadoras de capital. Entre los ejemplos citados por la autora Kate Miles se puede identificar los siguientes:

- (i) *Los Estados Unidos c. la Compañía Paraguaya de Navegación*, en el cual los EEUU reclamaban que las autoridades paraguayas confiscaron bienes de la compañía de navegación, además de otras pérdidas causadas. Para lograr la compensación accedieron al uso de la fuerza coaccionando al gobierno paraguayo que firme un tratado que declare la responsabilidad de la confiscación y someta la disputa a una comisión independiente;
- (ii) *Bretaña (George Finlay) c. Grecia*, en éste caso el gobierno británico reclamó la expropiación de tierra que se habría realizado sobre uno de sus nacionales por el gobierno griego, mientras que éste último no aceptaba el reclamo de la expropiación sino solo aceptaba la discusión sobre la cuantía de la compensación al ciudadano británico;
- (iii) *Bretaña c. El Reino de las Dos Sicilias*, en el cual el Reino de las dos Sicilias estableció un monopolio de explotación minera a favor de una compañía francesa, acción que fue rechazada por los demás inversores de otros países quienes se sentían perjudicados. En el afán de proteger los intereses nacionales, el gobierno Británico accionó la reclamación por vía diplomática y, después, amenazó con el uso de la fuerza militar lo cual llevo a la suspensión del monopolio a favor de la compañía francesa; y,
- (iv) *Arbitrajes Venezolanos* es un término que señala las diversas reclamaciones que surgieron en contra de Venezuela por cancelación de contratos, concesiones y expropiaciones en contra de ciudadanos extranjeros. En particular, los gobiernos de Alemania, Gran Bretaña e Italia consideraron que la protección diplomática fue infructífera y, por su parte, Venezuela enunciaba la aplicación del estándar nacional y no aceptaba someter los reclamos a entes externos. Los británicos y alemanes procedieron a bombardear

Caracas y lograron que el gobierno venezolano firme un protocolo para que los reclamos se resuelvan en Comisiones mixtas.

Es importante señalar que como denominador común, de los casos previamente revisados, se identifica el uso de la fuerza política y militar como principal estrategia por parte de los países exportadores de capital con relación a los países donde se realizaban las inversiones que adoptaban alguna política contraria a sus intereses.

1.1.1.4 ERA MODERNA EN EL DERECHO DE INVERSIONES

A lo largo del desarrollo del derecho de inversiones, se pueden encontrar varios intentos para la conformación de una estructura legal y multilateral, la cual permita la regulación de la inversión extranjera en el mundo. Es así que en 1949, la Corte Internacional de Arbitraje propuso la adopción del Código Internacional de Trato Justo para la Inversión Extranjera, el cual no tuvo la acogida esperada, por la falta de consenso en el alcance de sus provisiones (Newcombe y Paradell, 2009, p. 19). De igual forma, la *International Law Association* emitió un borrador del Estatuto del Tribunal Arbitral para la Corte de Inversión Extranjera, el cual tampoco fue adoptado por ningún país. Sin embargo, estos intentos de codificación son importantes en el desarrollo del derecho de inversiones, ya que se mostró una óptica diferente y un cambio cualitativo de lo que este protegía o perseguía en la época. Se cambió el paradigma de la protección de la propiedad de los inversores extranjeros por el establecimiento de parámetros mínimos de protección de la inversión extranjera, con la finalidad de lograr desarrollo económico para los países intervinientes (Newcombe y Paradell, 2009, p. 21).

Previo a la celebración del primer Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre Alemania y la República Islámica de Pakistán en 1959, que entró en vigencia en el año de 1962, en la historia del derecho de inversiones se realizaron grandes esfuerzos para llegar a su consolidación; no sólo a través del desarrollo de estándares específicos de protección, sino con la intención

de contar con un tribunal arbitral permanente. Así, desde 1959, la *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) emitió el borrador de la Convención de Protección de Propiedad Extranjera, que recogía primordialmente la visión de los países exportadores de capital en relación al estándar mínimo de trato internacional, la protección diplomática y la doctrina Hull pero no fue adoptada finalmente (Newcombe y Paradell, 2009, p. 30).

Uno de los casos más claros de este tema es el de Alemania, cuando inició un programa de tratados bilaterales para proteger las inversiones de sus nacionales con sujeción a las normas aplicables a inversión extranjera del Estado anfitrión, pero no se estableció un tribunal arbitral en particular puesto que se sometía la resolución de las disputas a la Corte Internacional de Justicia o a tribunales *ad hoc* para arbitraje entre Estados. Siguiendo la misma tendencia, varios Estados europeos iniciaron sus programas de Tratados de Protección de Inversiones con la firma de varios documentos sobre la materia, ejemplos tenemos el de Suiza en 1961 y Francia en 1972. Con ello se dio paso a la iniciativa de una organización no gubernamental a saber: el Banco Mundial.

La iniciativa del Banco Mundial fue realizada a cargo de Aron Broches, quien primordialmente intentó que el aporte del Banco Mundial se limite al establecimiento de una normativa que permita el desarrollo imparcial de disputas en materia de inversión extranjera, sin entrar en el desarrollo de estándares sustantivos de protección. Broches buscaba una solución pragmática y no sustancial, con lo que finalmente se estableció en 1965 la mundialmente conocida Convención de Washington o también conocida como el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, a través del cual se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y con el cual se marcó un gran paso en la cooperación internacional sobre el rol y la protección de la inversión extranjera.

La importancia del CIADI particularmente se presenta por las características que recoge:

- (i) Compañías extranjeras e individuales pueden demandar al Estado anfitrión de la inversión,
- (ii) La inmunidad estatal es restringida,
- (iii) El Derecho Internacional puede ser aplicado a las relaciones entre el Estado anfitrión y el inversor,
- (iv) La regla de los recursos locales es excluida, y
- (v) Los laudos del CIADI son directamente ejecutables en los territorios de los Estados parte del Convenio de Washington (Dolzer y Schreuer, 2008, pp.18-20).

Hasta la presente fecha y según el sitio oficial de Internet de el CIADI, esta organización tiene a su haber 193 casos pendientes por resolver y 295 casos resueltos, lo que da una totalidad de 488 casos que se han sometido al tratamiento de este centro. Es importante recalcar que el CIADI no es un tribunal arbitral *per se* y, menos aún, uno permanente; sino que, por el contrario, provee un andamiaje institucional y legal que permite que las disputas arbitrales entre Estados contratantes e inversores de otros Estados se lleven dentro de su estructura organizacional y administrativa.

De manera general, de acuerdo al Convenio de Washington de 1965, se pueden señalar ciertos requisitos para que se pueda llevar a cabo un proceso arbitral bajo la estructura legal del CIADI, siendo estos:

- (i) las partes deben haber consentido el sometimiento de su o sus disputas ante el CIADI,
- (ii) la disputa debe ser entre un Estado contratante del Convenio de Washington y un nacional de otro Estado contratante,
- (iii) la disputa debe ser de carácter legal,
- (iv) la disputa debe originarse directamente de una inversión realizada en un Estado contratante anfitrión de la inversión (Convenio de Washington, web).

Con el establecimiento del Arbitraje a través del CIADI se logró una verdadera institucionalización en el derecho de inversiones. Se obtuvo que los arbitrajes

sometidos a éste régimen legal sean solamente sustanciados por las reglas del Convenio de Washington, lo cual no implica la inobservancia del régimen legal aplicable a la inversión (Dolzer y Schreuer, 2008 p. 28 y 29).

1.1.2 FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Para comenzar con el análisis de ésta sección es importante señalar que las fuentes del Derecho internacional de inversiones han evolucionado de igual forma y agilidad con que los flujos de inversión han aumentado en el mundo. Se puede identificar claramente un antes y un después de ésta continua evolución con la firma del primer Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre Alemania y la República Islámica de Pakistán. Después de este suceso, como se verá más adelante, los TBI se desarrollaron y presentaron características propias en cada una de sus etapas de evolución.

Luego, se puede observar la multilateralización del régimen legal de la protección de las inversiones a nivel mundial, aunque como se señaló en la sección anterior se han podido identificar varios intentos infructíferos en el pasado. Sin embargo, ahora se encuentran vigentes el Convenio de Washington, la Energy Charter, el NAFTA y la aplicación de las Reglas UNCITRAL en la administración de disputas sobrevinientes en temas de inversión.

1.1.2.1 CONVENCION DE WASHINGTON Y EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

La evolución del Derecho Internacional de inversiones ha sobrevenido en un proceso de multilateralización, como respuesta a la falta de protección bilateral dada a inversiones por parte de los Estados. Así, tenemos que la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), en 1930, consideró la opción de tratar disputas no solamente entre Estados miembros de la Convención para la Solución Pacífica de Disputas Internacionales, sino que también entre particulares y Estados para resolver ciertas controversias de carácter comercial y sobre inversiones. En ese sentido en 1962 la CPA elaboró una normativa llamada:

“Reglas de Arbitraje y Conciliación para la Solución de Controversias Internacionales entre dos partes dentro de las cuales una es un Estado” lo cual, sin duda alguna, inspiró y fundamentó la creación del Convenio de Washington de 1965 (UNCTAD, 2003, pp. 4-6).

Es importante señalar que el CIADI no constituye un tribunal arbitral como tal, sino que más bien ofrece la infraestructura y las facilidades institucionales necesarias para el desarrollo normal y eficiente de un proceso arbitral en materia de inversiones. Existe un listado o panel arbitral de gran prestigio en la práctica del Derecho Internacional, dentro del que las partes pueden nombrar su respectivo árbitro y, finalmente, conformar el tribunal arbitral (Mazorati, 2003, p. 383).

La redacción del Convenio de Washington se realizó entre los años 1961 y 1965, y fue liderada por expertos de todo el mundo y personal del Banco Mundial. Se conformó con la intención de evitar controversias y conseguir cooperación entre sistemas caracterizados por factores socio-económicos diferentes (Rubino, 2001, p. 81).

En un principio, el Convenio de Washington fue ratificado por 20 Estados, particularmente por países de África. Durante el transcurso de los años, el Convenio de Washington fue ampliamente ratificado por países de todo el mundo. Cabe señalar, que en un inicio, los países sudamericanos mostraban un alto grado de reserva hasta los años 80's y 90's, cuando la mayoría de países latinoamericanos ratificaron el Convenio con excepción de países como México y Brasil. La creación del CIADI a través del Convenio de Washington, sin duda alguna, implicó el rechazo de la doctrina Calvo desarrollada en Latinoamérica (Mazorati, 2003, p. 382). En principio, la carga de casos del CIADI fue insipiente, ya que el primero en resolverse no fue sino hasta el año de 1974 con el caso *Holiday Inns c. Marruecos*. Luego, esta tendencia cambiaría drásticamente desde los años noventa hasta la actualidad.

El CIADI ha evolucionado desde su creación, tanto así que en el año de 1978, su Consejo Administrativo adoptó las Reglas Adicionales de Facilitación, a través de las cuales se autorizó a la secretaría del CIADI a que administre ciertas categorías de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que estuvieren fuera del alcance o jurisdicción del Convenio de Washington. En este contexto, siempre que la naturaleza de la disputa sobrepase la jurisdicción del Convenio, se recogió la posibilidad de que una de las partes de la controversia sea un Estado o nacional de un Estado no contratante del Convenio de Washington y pesar de ello si se pueda someter a la jurisdicción del CIADI. Adicionalmente, se contempla la posibilidad que la naturaleza jurídica de la controversia no solamente provenga de una inversión sino también de una transacción comercial ordinaria. Esta facilidad se ha manifestado de igual forma en otros instrumentos como el NAFTA y el Energy Charter, debido a que estos también recogen dicha posibilidad (UNCTAD, 2003, pp. 9-10).

La creación del CIADI ha presentado varios beneficios de carácter económico global al promover el desarrollo económico a través de la estimulación permanente del intercambio de los flujos de inversión. De lo dicho, no sólo se beneficia el inversor como tal, sino también el país receptor de la inversión ya que el Convenio de Washington protege a ambos actores toda vez que se proporciona de un foro donde las controversias nacientes de una inversión se pueden resolver adecuada y técnicamente. Lo que implica que la protección de la inversión, es la protección del desarrollo económico del país receptor de la misma. En ese sentido se ha manifestado el CIADI en el caso *Amco c. Indonesia*, en el año de 1983, a través de su sentencia sobre jurisdicción.

El procedimiento arbitral del CIADI, en principio, permite que inversores extranjeros resuelvan sus controversias con los Estados anfitriones en un ambiente de independencia política y judicial, con motivo de propiciar un escenario de protección de la inversión extranjera, sobre todo en países con sistemas judiciales potencialmente influenciados. La independencia que ofrece

el CIADI provoca un ambiente amigable y propicio para el desarrollo y aumento de la inversión extranjera en un país (Schill, 2009, p. 47).

Por un lado, las controversias entre individuos o compañías, dentro un mismo Estado, normalmente se administran y resuelven ante cortes nacionales del Estado donde se encuentran las partes. Por otro lado, las controversias surgidas entre Estados se someten ante la Corte Internacional de Justicia o ante la Corte Permanente de Arbitraje. Sin embargo, las controversias de carácter mixto, especialmente las que se surgen entre Estados e inversores privados, se resuelven ante órganos especializados en la materia, usualmente de carácter internacional. Siendo éste tipo de procesos, en perspectiva de Schreuer, el mecanismo idóneo para garantizar la especialización en la resolución de la controversia (Schreuer, Malintoppi, Reinisch y Sinclair, 2009, p. 82).

Si bien es cierto que existen muchas críticas en relación al sistema de arbitraje internacional de inversiones y, sobre todo, a la falta de consistencia en los laudos emitidos por tribunales arbitrales bajo la administración del CIADI, no menos es cierto que en varias oportunidades se han identificado beneficios y no sólo contradicciones.

1.1.2.2 TRATADOS BILATERALES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES (TBI)

Para abordar el desarrollo de esta sección es pertinente empezar con la delimitación teórica de lo que constituye un Tratado Bilateral de Protección de Inversiones. Para efectos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), los TBI son instrumentos de naturaleza internacional, según se concluye de la definición que nos proporciona el Artículo 2, letra a) de la CVDT. Estos tratados internacionales son acuerdos entre dos Estados, con el objetivo recíproco de promover y proteger las inversiones que se realicen en sus territorios por compañías domiciliadas en cualquier país diferente del país receptor de la inversión (Sasse, 2011, p. 2).

Los TBI, en la actualidad, constituyen el principal instrumento de protección de la inversión extranjera, ya que proporciona una protección legal más amplia y, ofrece garantías y seguridad que otros instrumentos no ofrecen. (Tortain, 2007, p. 89). No existe una regla general o estadísticas que indiquen la relación directa entre los flujos de inversión extranjera que recibe determinado país, con el número de TBI que ese país ha firmado. Se observa el ejemplo de Brasil que no ha suscrito ningún TBI con ningún país y según el *World Investment Report* del 2014, se encuentra entre las 20 economías mundiales en recibir mayor cantidad en billones de dólares de inversión extranjera directa, inclusive sobre potencias económicas como el Reino Unido (UNCTAD, 2014, p. 15).

Los TBI recogen provisiones tanto de carácter sustantivo como procesal para promover la inversión extranjera directa entre los Estados parte del mismo. Del análisis de éstas provisiones se puede identificar que las mismas son de contenido poco detallado y, sin embargo, de esto son orientadas a favorecer la situación del inversor extranjero. A pesar de un desarrollo variado, como se podrá ver en los siguientes capítulos, los TBI en general tienen homogeneidad y guardan altos niveles de similitud entre ellos. Sin importar las partes que lo firman, los estándares son casi idénticos y constituyen verdaderas *constituciones económicas para los inversores extranjeros* (Montt, 2009, pp. 108 - 109). Entre estas provisiones se señalan, por citar algunas, los estándares de trato justo y equitativo, nación más favorecida, igualdad con los inversores nacionales, compensación por expropiación o nacionalización, cláusulas paraguas y acceso a tribunales arbitrales internacionales (Webb, 2008, pp. 1554 - 1555).

Se pueden identificar cuatro etapas de desarrollo de los TBI. La Primera, a partir de la firma del primer TBI en el año de 1959 hasta mediados de la década de los años setenta y la segunda a lo largo de los años ochenta. En la tercera etapa se identifica la entrada de los Estados Unidos con su programa de TBI y sus negociaciones con otros Estados (Tietje y Buatte, 2014, p. 20). Finalmente, la cuarta etapa en la cual se puede verificar un “boom” en la suscripción de TBI, especialmente al final de la década de los años ochenta y

durante toda la década de los noventa. Éste incremento en la suscripción de TBI se dio debido a dos razones fundamentales:

- (i) Para la época existió un compromiso político e internacional de los gobiernos, sea de países industrializados o no, hacia el liberalismo económico y el libre comercio de bienes y servicios; y,
- (ii) La inexistencia, en Estados con economías poco industrializadas, de alternativas favorables para la inversión extranjera directa (Newcombe y Paradell, 2009, pp. 47 - 48).

Es importante señalar que el Ecuador firmó su primer TBI con Suiza en el año 1968, pocos años después de la suscripción del primer TBI de la historia. No obstante, de haber iniciado tempranamente en la suscripción de TBI, el Ecuador suscribió la mayor parte de sus TBI en la década de los años noventa, que coincide con el apogeo de TBI en el mundo, debido a la influencia del liberalismo económico.

Los TBI cuentan con ciertos estándares de protección a la inversión extranjera que se pueden encontrar similarmente establecidos en varios otros alrededor del mundo, los cuales se han desarrollado para que al inversor extranjero se le garantice un proceso de inversión sin turbaciones que no tengan solución. Dentro de las provisiones de un TBI se encuentran dos clases de estándares de protección, siendo (i) los estándares generales de tratamiento, dentro de los cuales se ha dividido en estándares generales de derecho internacional y estándares provenientes de la práctica comercial; y, (ii) los estándares específicos de tratamiento, que son tratamientos especiales que dependen de cada negociación y según necesidades e intereses del Estado. Estos estándares se detallan según el siguiente listado:

(i) Los estándares generales de tratamiento:

- a. Trato justo y equitativo.- Se sostiene que este estándar representa lo contenido en el clásico estándar mínimo de trato internacional pero se ha negado que constituyen lo mismo y por lo tanto deben ser mencionados por separado. Sin embargo, este estándar implica que el

Estado anfitrión procederá y actuará una manera consistente sin incurrir en arbitrariedad y de acuerdo al principio de buena fe. Esto se manifiesta en el respeto del debido proceso judicial donde los reclamos administrativos o judiciales del inversor sean tramitados sin discriminación por las cortes o autoridades del país anfitrión. La tarea del Estado anfitrión se manifestará en proporcionar al inversor extranjero la posibilidad de acceder a la administración de justicia sin ninguna restricción adicional que la establecida para otro; y, que este acceso sea manifieste en la debida tramitación de sus legítimas expectativas.

- b. Trato Nacional.- Éste estándar requiere que el país anfitrión proporcione un trato equitativo y no menos favorable al inversor extranjero que el otorgado a sus inversores nacionales en lo que respecta a actividades similares a las desarrolladas por el inversor extranjero.
- c. Nación más favorecida.- Con este estándar de protección se pretende que al inversor extranjero se le hagan extensivas condiciones no menos favorables que las que se les haya otorgado a otro inversor sea nacional o de otro Estado y de esta forma se garantice igualdad en las condiciones competitivas entre los inversores que operan dentro de un determinado mercado – país anfitrión. Se debe señalar que la aplicación de éste estándar por tribunales arbitrales internacionales ha sido variada y, consecuentemente se han encontrado interpretaciones tanto extensivas como restrictivas.
- d. Observancia de obligaciones (*umbrella clause*).- Este estándar asegura estabilidad contractual adicional ya que permite que la observancia de las obligaciones comprometidas con el inversor (fuera del TBI) sean un estándar mismo del TBI. Esto se manifiesta al otorgar al inversor provisiones más favorables que las contenidas en el TBI o que sobrepasan su cobertura, por ejemplo en acuerdos de inversión autorizaciones o en disposiciones legales del ordenamiento jurídico del país anfitrión. Es así que se evita utilizar a un TBI como la máxima o única estructura legal de protección aplicable, ya que se puede

fortalecer o ampliar la cobertura del TBI, dependiendo de la redacción de la cláusula lo que permitirá al tribunal arbitral aplicar una interpretación extensiva del TBI que protegerá de mejor manera al inversor (Sauvant y Sachs, 2009, pp. 46-58).

(ii) Estándares específicos de tratamiento:

- a. Libre transferencia de pagos.- Implica una de las provisiones más importantes de un TBI, ya que en definitiva recogen la viabilidad de transferir los ingresos obtenidos por el inversor fuera de la jurisdicción de donde los generó a otro lugar que escoja y repatriar el capital invertido a la finalización de la inversión.
- b. Compensación de pérdidas causadas por conflictos armados o inestabilidad interna.- Comprende la compensación al inversor por sucesos causados por conflictos armados o inestabilidad interna dentro del país anfitrión. Este estándar se ha desarrollado independientemente de la compensación por expropiación. Algunos TBI los recogen en una sola misma provisión, ejemplo el modelo de TBI de Alemania; pero, es preferible que se lo recoja por separado ya que la compensación por conflicto armado está relacionado con los estándares de trato nacional y nación más favorecida, mientras que la compensación por expropiación está relacionada con la Doctrina Hull referente a la pronta, adecuada y efectiva compensación.
- c. Compensación por expropiación (directa o indirecta).- Todo TBI contempla provisiones generales acerca de la posibilidad de expropiación de los activos del inversor dentro del Estado anfitrión siempre y cuando sea por motivos de interés público, se siga el debido proceso, no sea realizado a través de medidas discriminatorias y se realice una pronta, adecuada y efectiva compensación (Doctrina Hull).
- d. Otros estándares específicos.- Existen otros estándares, no tan comunes, que son recogidos por un TBI y proporcionan incentivos o facilidades adicionales para el desarrollo de la inversión que son asumidos sea por el inversor o el Estado receptor de la misma. Por ejemplo tenemos compromisos para establecer incentivos a la inversión,

protección del derecho de entrada y permanencia de individuos relacionados con el desarrollo de la inversión, obligaciones de transparencia, la contratación de personal nacional del Estado anfitrión de la inversión, entre otros (Sauvant y Sachs, 2009, pp. 59-65).

1.1.2.3 ENERGY CHARTER Y EL NAFTA

Los tratados regionales de inversión, como el Energy Charter y el NAFTA, de manera general, están limitados a un número determinado de países, lo cual excluye que otros países participen del mismo. Sin embargo, de esta limitación en su alcance también representan un nivel más alto de unidad y cooperación entre los Estados parte. Dentro de ese contexto se encuentran organismos supranacionales que controlan que las políticas u objetivos establecidos en el tratado se cumplan (Tortian, 2007, p. 97).

Energy Charter Treaty

El Energy Charter Treaty (ECT) fue firmado en Lisboa en el mes de diciembre de 1994 y ratificado por sus primeros 30 miembros hasta el año de 1998 cuando entró en vigencia. El ECT está conformado por 53 miembros, 12 observadores, 14 observadores por invitación y algunas organizaciones como el Banco Mundial tienen estatus de miembro observador; los cuales forman parte de la Conferencia del ECT. El único país suramericano que forma parte del ECT es Venezuela en calidad de miembro observador invitado.

Se debe tener en cuenta que el ECT tiene limitado su ámbito de aplicación al sector energético y dispone un capítulo completo dedicado a la inversión en éste sector. Dentro del capítulo de inversión se encuentran estándares de protección como el de trato nacional y nación más favorecida que, como se abordó en la sección anterior, tienen como finalidad promover y proteger el proceso de inversión en todas sus etapas (Sasse, 2011, p. 44).

La protección que ofrece el ECT al inversor extranjero tiene la misma fuerza legal que la ofrecida por un TBI (Lennart, 2006, p. 3). En tal virtud, el ECT

ofrece protección en contra de riesgos políticos como discriminación, expropiación, nacionalización, incumplimiento de contratos de inversión, daños supervenientes por guerras y restricciones en la transferencia de fondos. En el evento de que una controversia surja por la vulneración de algunas de las garantías mencionadas anteriormente, el ECT contiene provisiones de resolución de conflictos en relación a disputas entre Estados contratantes, así como entre inversor y Estado anfitrión (ECT, s.f., p. 19).

Como se mencionó en líneas anteriores, el ECT tiene limitado su aplicación al sector energético y del artículo 1, número 5 del mismo instrumento, entendemos que la actividad económica en el sector energético comprende a toda actividad relacionada con la exploración, extracción, refinamiento, producción, almacenamiento, transporte vía terrestre, transmisión, distribución, comercio, promoción o venta de materiales o productos del sector energético. Estos productos o materiales constan descritos en el Anexo EM del ECT.

North American Free Trade Agreement

El NAFTA, por sus siglas en inglés, es un tratado regional suscrito entre los Estados Unidos, Canadá y México, el 1 de enero de 1994. El NAFTA formalmente aborda temas relacionados con zonas de libre comercio; no obstante, su capítulo 11, sección B, también contiene provisiones de inversión extranjera directa que pueden ser encontradas en TBI, tales como trato nacional y nación más favorecida (Sasse, 2011, p. 45).

Los niveles de inversión entre los Estados miembros de este tratado han sido muy altos, sobre todo entre los Estados Unidos y Canadá. La misma suerte se evidencia entre los niveles de inversión entre Estados Unidos y México, situación que no se verifica entre éste último y Canadá, ya que entre ambos países los flujos de inversión han sido históricamente insipientes (Lipse y Meller, 1996, pp. 314-316).

En el capítulo 11 del NAFTA, como se ha indicado, se establecen los mecanismos para la resolución de disputas que surjan del proceso de inversión

dentro de los Estados partes. La resolución de controversias está fundada en los principios de reciprocidad internacional y el debido proceso. Cuando un inversor alegue que un Estado parte incumplió o violó el NAFTA, está facultado a utilizar uno de los siguientes mecanismos arbitrales:

- (i) El recogido en la Convención de Washington ante el CIADI,
- (ii) El recogido en las reglas adicionales de facilidades del CIADI, y
- (iii) El recogido en las Reglas UNCITRAL (NAFTA, web).

En su defecto, el inversor puede escoger impulsar un proceso local en las cortes del Estado anfitrión.

Finalmente, se puede claramente identificar similitudes entre el tratamiento de los procesos de inversión y la resolución de controversias tanto en el ECT como en el NAFTA. Estos instrumentos internacionales constituyen fuentes actuales y vigentes del derecho internacional de inversiones, en virtud que cada día se presentan reclamos basados en las provisiones que recogen en estos instrumentos. Su jurisprudencia es relevante y constituye fuente importante de análisis y estudio.

1.1.2.4 REGLAS DE ARBITRAJE UNCITRAL Y EL ARBITRAJE DE INVERSIONES ANTE LA CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE DE LA HAYA

La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) es una institución creada en las Conferencias de la Paz, realizada en los años de 1899 y 1907 en La Haya, Reino de los Países Bajos. En estas conferencias se elaboró la Convención para la Solución Pacífica de Disputas Internacionales, según lo que se estableció el marco legal del Arbitraje en Derecho Internacional Público. Es importante rescatar que bajo las provisiones de ésta convención no se busca obligar a los Estados parte a someter sus controversias a la CPA, ya que su jurisdicción no es obligatoria, pero se les permite someter dichas controversias de manera voluntaria (Rubino, 2001, p. 149).

En el año de 1976 el Reglamento de Arbitraje UNICTRAL o CNUDMI fue adoptado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, luego de que exhaustivas consultas se realizaron a expertos y organizaciones internacionales. Es pertinente indicar que, las Reglas de Arbitraje UNCITRAL no constituyen fuente sustantiva del derecho de inversiones, ya que dentro de sus provisiones no encontramos estándares de protección como en los instrumentos internacionales revisados en las secciones anteriores y tampoco son vinculantes por sí mismas con respecto a cualquier Estado o parte en un arbitraje (Rubino, 2001, p. 823).

Las Reglas de Arbitraje UNCITRAL más bien corresponden a una fuente adjetiva a través de la cual se conducen arbitrajes internacionales en materia comercial y, gracias a las reformas del 2010 (Brown y Miles, 2011, 405 y 406), también de inversiones, siendo éstos últimos los que durante los últimos años han aumentado en número y en relevancia, pero de forma confidencial.

Datos estadísticos sobre el número de arbitrajes de inversiones bajo éstas reglas no se encuentra con facilidad en virtud del principio de confidencialidad con que se desarrollan y debido a la inexistencia de una única institución que administre los arbitrajes bajo éstas reglas, a saber: la CPA, la Cámara de Comercio Internacional, la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, entre otras (Rogers y Alford, 2009, p. 28). En ese sentido se han encontrado varios informes que señalan que los arbitrajes internacionales en materia de inversiones iniciados bajo estas reglas han sobrepasado en número a los iniciados bajo las provisiones del Convenio de Washington. Esta tendencia se puede observar particularmente en el año 2006 (Peterson, 2007, p.3).

En principio las Reglas de Arbitraje UNCITRAL no fueron establecidas para administrar arbitrajes en materia de inversiones, sino que tuvieron su razón de creación y aplicación en asuntos de materia mercantil. No obstante, estas reglas fueron usadas en materia de inversiones desde el año 1981, cuando el Tribunal de Reclamos Irán-EEUU adoptó una versión modificada de las reglas

UNCITRAL en asuntos relacionados con la crisis que existió entre estos dos países en el año de 1979 (Brown y Miles, 2011, p. 372). A partir de este antecedente, el uso de las Reglas de Arbitraje UNCITRAL se incrementó en TBI e instrumentos multilaterales como los revisados en la sección anterior.

Es importante señalar que estas reglas no son de aplicación inmediata en controversias en materia de inversiones, sino que normalmente constituyen una de las opciones que recogen tratados internacionales o contratos de inversión. El aumento de la tendencia del uso de estas reglas se da particularmente porque las mismas presentan una serie de ventajas, entre ellas la confidencialidad con la que se administran los procesos arbitrales (Brown y Miles, 2011, pp. 383-385).

Para una proyección de cuál será la normativa (reglas de arbitraje) que serán más usadas en el futuro en controversias en materias de inversiones, se indica que estas dependerán de la política de confidencialidad y publicidad con la que se manejen las partes en este tipo de controversias.

1.1.2.5 COSTUMBRE INTERNACIONAL Y JURISPRUDENCIA

Costumbre Internacional

Se debe empezar esta sección estableciendo el alcance de la costumbre internacional como fuente de derecho internacional. Es así que el artículo 38, número 1, letra b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), establece que la costumbre internacional para ser considerada como fuente de derecho tiene que argumentar dos elementos: (i) la práctica general y (ii) la llamada *opinio juris*. El primero es el elemento objetivo que identifica los hechos fácticos como declaraciones o legislación nacional, y el segundo el elemento subjetivo que no es más que el vínculo de obligación que tiene determinado Estado con respecto a una supuesta norma de costumbre internacional.

Con éste antecedente, se señala que la actual fuente principal del derecho de inversiones corresponde a los TBI y a los instrumentos multilaterales. La costumbre internacional juega un papel sumamente importante, ya que las relaciones entre Inversor y Estado anfitrión no siempre están enmarcadas bajo un TBI, sino que en ausencia de ellos se regulan bajo los estándares desarrollados en la costumbre internacional como fuente del derecho de inversiones (Bjorklund y Reinisch, 2012, p. 15).

Desde el inicio del desarrollo del Derecho de inversiones, se ha encontrado que la costumbre internacional primordialmente se ha basado en (i) la protección de los extranjeros en las diferentes jurisdicciones, ajenas a la suya, donde efectúan actividades de inversión y (ii) los estándares establecidos para una eventual compensación por pérdidas (d'Aspremont, 2011, p. 7). No obstante del carácter económico de esta protección, la vida y la integridad del inversor extranjero también integran estos estándares de protección (Schill, 2009, p. 25).

El desarrollo de la costumbre internacional en el derecho de inversiones se encuentra relacionada con el desarrollo de los principios de protección diplomática, el estándar mínimo de trato internacional y muchas veces, se la ha equiparado al estándar de trato nacional (Schill, 2009, p. 26). Esta característica, para los países exportadores de capital, fue considerada como insuficiente, ya que el trato que se ha reservado para los nacionales de un Estado y podría ser menor al que estos esperan recibir.

Un inconveniente en el sistema internacional es el establecimiento de la homogeneidad en la costumbre internacional del derecho de inversiones. Éste factor deriva de la eterna discrepancia existente entre los intereses de los Estados exportadores de capital, manifestados a través del estándar mínimo de trato internacional y la doctrina Hull, así como los intereses de los Estados importadores de capital los cuales apoyaban sus intereses en la Doctrina Calvo. Sin embargo, de la evidente discrepancia, los estándares estructurados de mayor conveniencia a los países exportadores de capital prevalecieron. Así,

la costumbre internacional se ha considerado como un instrumento de protección del capital, además de considerarlo como fuente primigenia del derecho de inversiones (d'Aspremont, 2011, pp. 9-11).

Si dentro de la relación Inversor-Estado anfitrión, regida por un TBI, se puede verificar casos en los que existe *lacunae* las provisiones del TBI pueden ser suplidas o complementadas por la costumbre internacional (Dolzer y Schreuer, 2008, 153-162). Esto es más evidente al identificar que ciertos TBI o instrumentos multilaterales como el NAFTA, explícitamente hacen referencia a la costumbre internacional para el tratamiento de ciertos estándares (Bjorklund y Reinisch, 2012, p. 17).

Finalmente, es común que tribunales arbitrales, al emitir sus laudos sobre temas de inversiones, infieran en la existencia de normas vinculantes de costumbre internacional en virtud de los laudos de otros tribunales arbitrales. En el análisis de los laudos arbitrales, muchas veces se subsume la legislación de un país y las reglas internacionales no vinculantes, como elementos objetivos y subjetivos de la costumbre internacional en su calidad de fuente de derecho. En vista de ello, el trabajo de este tipo de instituciones internacionales se vuelve importante dentro del sistema internacional de resolución de controversias en materia de inversiones, por la capacidad de revisión de la del Derecho Consuetudinario en la aplicación de cada caso en específico (Bjorklund y Reinisch, 2012, p. 21).

Jurisprudencia

La jurisprudencia, de acuerdo al artículo 38, número 1, letra d) del Estatuto de la CIJ, constituye fuente del derecho internacional subsidiaria. En este contexto, ésta cumple la misma función dentro del derecho de inversiones. Es así que los laudos de los tribunales arbitrales en materia de inversiones han jugado un rol muy importante en la articulación de los estándares internacionales sobre el tratamiento de los inversores extranjeros (Subedi, 2008, p. 117).

Es tal la importancia de la jurisprudencia en ésta materia que tribunales arbitrales de inversiones cuentan con numerosas referencias de laudos arbitrales anteriores y decisiones de la Corte Internacional de Justicia, sobre todo en temas relacionados con reparaciones, responsabilidad estatal y derecho de los tratados (Bjorklund y Reinisch, 2012, pp. 28 y 29).

No obstante, las decisiones judiciales en materia de inversiones no constituyen un sistema de precedentes ni son vinculantes para otros fallos o laudos en tal sentido. La doctrina de los precedentes es textualmente rechazada en el derecho internacional, así lo establece el artículo 59 del Estatuto de la CIJ y artículos específicos del NAFTA. Varios tribunales arbitrales en materia de inversiones han hecho énfasis en que sus decisiones, conocidas como laudos, son solamente vinculantes para las partes intervinientes en el litigio y no para terceros, como el caso del tribunal arbitral en el caso *AES Corporation c. Argentina* en la Sentencia sobre Jurisdicción del 26 de abril de 2005. Dicho esto, no implica necesariamente que de hecho en la práctica internacional no se pueda identificar algún sistema de precedentes según el cual los tribunales de inversiones, en ciertos momentos, se fundamenten unos a otros con decisiones o razonamientos previos (Bjorklund y Reinisch, 2012, p. 31).

Desde la experiencia de este modelo, parte de las críticas sobre el sistema internacional de protección de inversiones recaen en la falta de armonía y homogeneidad en las decisiones a las que arriban los tribunales arbitrales en materia de inversiones. Por un lado, se ha establecido la imposibilidad de un sistema vinculante de precedentes; pero, por otro, se puede identificar que existe alguna práctica regular en la cual laudos anteriores han servido de fundamento de otros posteriores. Asimismo, se ha verificado la existencia de laudos contradictorios sobre problemas jurídicos relevantes e, inclusive, sobre el tratamiento que han dado diferentes tribunales, tal es el caso del alcance de las cláusulas paraguas. Esto ha dado como resultado numerosas críticas y dudas sobre el sistema de protección de inversiones en el mundo.

1.1.2.6 CONTRATO DE INVERSIÓN

Es usual que, para describir la funcionalidad jurídica de un tratado o instrumento internacional, se compare a los tratados internacionales como contratos celebrados entre Estados; a diferencia de los contratos de inversión a los que se mencionan como tratados internacionales, con la salvedad de que se celebran entre individuos y Estados (Von Bogdandy y Wolfrum, 2004, p. 341).

Dentro de la evolución del derecho de inversiones se entiende que, previó al establecimiento del régimen de los TBI para la protección de la inversión extranjera, los contratos de inversión, al igual que la costumbre internacional, fueron la fuente principal de protección. Sin embargo, el régimen predominante en la actualidad es el de los TBI y los tratados multilaterales (Voss, 2011, p. 7).

A pesar de la prevalencia de los TBI en el derecho de inversiones, los contratos de inversión siguen siendo una fuente importante del mismo y su tratamiento en el sistema internacional ha desarrollado una dicotomía. Esta dicotomía está dada en virtud que, por un lado, se considera a los TBI como regímenes autónomos en los cuales se excluye la aplicación de otras normas potencialmente aplicables, y, por otro, que la cobertura de los TBI es amplia e independiente del origen de las normas que se podrían aplicar en una controversia. Esto se manifiesta cuando por un lado se establece una diferencia entre la esfera doméstica e internacional del Derecho de inversiones, así como por la interpretación más amplia, misma que niega esta diferenciación en los contratos de inversión.

El profesor Orrego Vicuña ha manifestado que los contratos de inversión y tratados internacionales sobre esta materia constituyen un único sistema y en consecuencia su aplicación debe ser en conjunto y armónica cuando se aborda algún tipo de controversia que surja de los mismos (Voss, 2011, pp. 10-13).

En los contratos de inversión se encuentra un conflicto en los intereses de las partes. Así, por ejemplo, mientras el Estado tiende a usar sus prerrogativas

estatales, el inversor extranjero trata de evadirlas. Por lo que, el Estado, en función del interés público, puede modificar el alcance de las obligaciones del contrato y así, finalmente, afectar el balance o equilibrio del mismo en perjuicio del inversor extranjero (Voss, 2011, p. 17).

Contratos de inversión tradicionales

Estos contratos consisten en la concesión de facultades por parte del Estado hacia el inversor, con la finalidad de explotar recursos naturales en grandes áreas territoriales sin mayor intervención del Estado anfitrión. A cambio, el Estado anfitrión recibe ganancias determinadas por la cantidad de los recursos extraídos (Voss, 2011, p. 18).

Contratos de inversión modernos

En los contratos de inversión modernos se identifica que la titularidad del derecho de propiedad y el control sobre los recursos naturales pertenecen al Estado anfitrión. Adicionalmente, dentro de estas figuras contractuales, este tipo de contratos no sólo se limitan a regular los recursos definidos en el documento, sino que también se orientan a cualquier sector económico dentro de un determinado Estado. Las principales figuras se mencionan como ejemplo en la siguiente lista:

- a. Nuevos contratos de concesión.
- b. Contratos compartidos de producción.
- c. Contratos de prestación de servicios (figura vigente en el sector hidrocarburífero ecuatoriano).
- d. Contratos llave en mano (Turnkey contract).
- e. Contratos Joint Venture.
- f. Contrato de licenciamiento y transferencia de tecnología.
- g. Contratos de construcción, operación y transferencia (*BOT agreement*) (Voss, 2011, p. 20).

Se puede resaltar que el equilibrio, tanto en el contrato de inversión como en el control y supervisión del mismo, ha dejado de estar inclinado a favor del

inversor extranjero, balanceándose favorablemente a los intereses del Estado anfitrión, lo cual implica un mayor grado de autonomía sobre sus recursos.

Es de importante interés el alcance teórico del contrato de inversión en la legislación ecuatoriana con respecto de los contratos en el sector energético (minería e hidrocarburos). En principio se diría que los contratos de naturaleza hidrocarburífera como los asociación, participación, prestación de servicios, etc.; se encuentran enmarcados dentro de la concepción moderna de los contratos de inversión como se ha visto anteriormente. No obstante, en el Ecuador dichos contratos difieren en su régimen jurídico con respecto del contrato de inversión del COPCI, toda vez que se rigen por instrumentos legales distintos.

1.2 ALCANCE TEÓRICO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SU DIFERENCIACIÓN CON EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL.

Es importante realizar una delimitación conceptual del arbitraje internacional de inversiones y el arbitraje internacional comercial, ya que ambos aparte de tener el elemento de la internacionalidad de la disputa como denominador común, se diferencian en la naturaleza jurídica de la controversia. Esta naturaleza surge de diferentes instrumentos y efectos jurídicos. Con fundamento en este antecedente se puede analizar el desarrollo del derecho de inversiones en estricta relación con el arbitraje internacional dentro de ésta materia.

1.2.1 LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CONTROVERSIA.

En el arbitraje comercial internacional se encuentra a este método de resolución de controversias con carácter privado, en virtud del acuerdo de las partes, mismas que se han acordado previamente resolver las controversias por esta vía. En los procesos arbitrales de esta naturaleza no se debe velar por equiparar las condiciones de las partes por inferioridad o debilidad de una de ellas; lo que, a diferencia, sucede en el proceso arbitral en materia de inversiones, donde la materia es de orden público y existe una desigualdad

marcada entre las partes intervinientes. Por otro lado, el acuerdo de las partes, de someterse a un proceso arbitral en materia de inversiones, no deriva de un carácter privado, puesto que radica en las provisiones de un TBI, también nominado contrato de inversión.

El arbitraje internacional en materia de inversiones viene a constituirse una especie de poder limitador de las facultades regulatorias de un Estado, en el ejercicio de su soberanía, cuando éste abusa de las mismas frente a un inversor extranjero. Mientras que, el arbitraje internacional, en materia comercial, constituye la regulación de la actividad comercial que provoca una controversia entre las partes, siendo completamente iguales, frente a una relación contractual determinada (Voss, 2011, pp.173-177). Para el arbitraje comercial internacional, el marco legal que puede aplicarse es el instrumento que dio origen a la relación contractual y los instrumentos internacionales que regulan dicha relación. Además, existen instrumentos internacionales específicos para el arbitraje internacional comercial, como la Convención de Nueva York de 1958 o la Convención de Panamá.

Por otro lado, en el arbitraje internacional de inversiones existen instrumentos que regulan y proporcionan el marco legal aplicable en relación a la protección de inversión extranjera directa, siendo estos un TBI o un contrato de inversión. Como se revisó previamente, se identifica a la Convención de Washington, el Energy Charter y el Nafta, entre otros, como mecanismos para la gestión de este tipo de controversias (London Court of International Arbitration, 2012, p. 579).

1.2.2 LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LA CONTROVERSIA.

Se entiende que, en el arbitraje comercial internacional, las partes de la controversia son entes privados, aunque también se puede contar con que el Estado o una de sus entidades sea parte de un arbitraje en materia comercial. Pese que en este caso existe la posibilidad de estos dos modelos, en el

arbitraje internacional de inversiones se definen las partes de una controversia entre un Estado y un inversor extranjero privado.

A lo largo de este capítulo se ha revisado el origen del Derecho Internacional de Inversiones y la evolución de sus principios e instituciones. Se analizó las principales fuentes que constituyen esta rama del Derecho, como son los TBI, el Convenio de Washington, las Reglas de Arbitraje UNCITRAL y los Contratos de Inversión. Finalmente, se realizó una diferenciación teórica del arbitraje internacional en materia de inversiones y el arbitraje en materia comercial. Corresponde ahora revisar y analizar las implicaciones, alcance y evolución del Derecho de Inversiones en el Ecuador.

CAPÍTULO 2

DERECHO DE INVERSIONES EN EL ECUADOR

En este capítulo abordaremos de manera sintetizada el tratamiento que la legislación ecuatoriana, a lo largo de su desarrollo normativo, ha proporcionado a la propiedad privada de manera general, el estatus jurídico de los extranjeros y sus bienes. Se realizará un enfoque en las disposiciones constitucionales y en la normativa de inferior jerarquía. Luego, revisará el tratamiento actual que la Constitución ecuatoriana otorga a la inversión extranjera y las provisiones más relevantes del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI).

De la revisión de la legislación histórica y vigente se analizará los contratos de inversión que ha firmado el Estado ecuatoriano con inversores extranjeros y nacionales. Seguido, se hace un recuento sintetizado de las controversias en materia de inversiones y a instancias de arbitraje internacional que el Ecuador ha mantenido en los últimos años. Se analiza principalmente los casos más emblemáticos de los cuales el Ecuador ha sido parte procesal en los últimos años.

2.1. ANTECEDENTES Y NORMATIVA HISTÓRICA.

En esta sección se revisará la evolución de la normativa constitucional con respecto de los derechos de la propiedad e igualdad ante la ley tanto de personas ecuatorianas, como personas extranjeras. Luego se revisa como la normativa de inferior jerarquía reguló los procesos de inversión extranjera en el país hasta antes de la promulgación del COPCI en el año 2010.

2.1.1 TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL HISTÓRICO.

Tanto en la Constitución de la Gran Colombia como en la Constitución que daría inicios a la República del Ecuador en 1830, se puede encontrar las

primeras normas constitucionales en relación a las garantías de la propiedad privada. En la Constitución Gran Colombiana de 1830, artículo 146, publicada en el diario de la Convención Nacional del 1 de enero de 1830, se estableció que ningún ciudadano gran colombiano podía ser privado de su propiedad sin su consentimiento y sin que se lo compense cuando esta privación se dé por razones de interés público legalmente comprobado.

De forma similar, en la Constitución de la República del Ecuador de 1830, se estableció que nadie puede ser privado de su propiedad sin su consentimiento y sin recibir justa compensación que a diferencia de la Constitución gran colombiana, no se estableció el requisito de la legalidad del interés público, sino que se añadió el criterio de *juicio de buen varón*, del cual no se ha podido determinar su alcance legal. De esta revisión, se presenta la subjetividad del juicio de *un buen varón* respecto a lo que sería una buena compensación o una irrisoria, respecto a una expropiación con fines públicos. La dimensionalidad de esta subjetividad se fundamenta en la cantidad del pago que garantice el derecho a la propiedad de la persona afectada. No obstante, pese al tratamiento e insipiente protección en las disposiciones constitucionales de la Gran Colombia y Ecuador (que formaba parte de ésta) en relación al derecho a la propiedad, nada se estableció sobre el estatus jurídico de los extranjeros en estos territorios y la extensión de ese régimen sobre sus bienes.

En la Constitución ecuatoriana de 1835, en los artículos 97 y 107, se estableció la misma garantía de la propiedad privada que se había establecido en la Constitución de 1830, a la que se agregó el elemento que la propiedad privada es un derecho y que el mismo no podía ser privado sino por sentencia judicial o por utilidad pública calificada por una ley y la previa cancelación de una indemnización al afectado. Sin embargo, pese a éste importante avance aún persistieron rezagos respecto al monto de la cuantía de la indemnización, mismo que debía ser establecido a *juicio de hombres buenos*. Esto restó efectividad al derecho de recibir una indemnización justa y apropiada por parte del afectado, dentro de la cual no se establecerían parámetros objetivos de valoración y pago efectivo de dicha indemnización.

No es sino hasta la Constitución de 1843 y luego de manera insipiente en la de 1851, que la protección en la persona de los extranjeros se hizo extensiva hacia sus bienes. Así lo prescribió el artículo 102 (Constitución de 1843) en los siguientes términos: “Todos los extranjeros serán admitidos en el Ecuador, y gozarán en sus personas y propiedades, de la misma seguridad que los ecuatorianos, siempre que respeten las leyes de la República”. No obstante, de éste importante avance en la protección a los bienes de los extranjeros, la extensión en la protección de sus derechos personales a sus bienes se limitó nuevamente en las Constituciones de 1845, 1852, 1861 y 1869 donde se estableció que los extranjeros tendrían derecho a seguridad y libertad, más no se hizo una referencia extensiva y descriptiva sobre los demás derechos que les asistían.

Con la Constitución de 1884, el ámbito de protección de los extranjeros, se remitió a una ley secundaria para que establezca los parámetros bajo los cuales los extranjeros se podían domiciliar y cuáles eran sus derechos y obligaciones. Mientras el tratamiento del derecho a la propiedad se mantenía de manera general en los mismos términos durante varias constituciones ecuatorianas, el tratamiento de este derecho con respecto de los extranjeros varió. Así, se puede observar en las Constituciones anteriormente mencionadas. Sin embargo, es a partir de la Constitución de 1897 y luego la de 1929 que el régimen de igualdad ante la ley y las limitaciones a los derechos de los extranjeros se ven influenciados por un protagonismo y proteccionismo estatal. Esto se explica en la Constitución de 1897, cuando en el artículo 37 se determinó que los extranjeros gozarían de las garantías constitucionales consagradas en la Carta Magna. Adicionalmente, en el artículo 38 se estableció que en el evento que un extranjero celebre un contrato con el Gobierno o con cualquier individuo esto implícitamente contiene la renuncia a cualquier tipo de reclamación diplomática. Esta misma tendencia se mantuvo en la Constitución de 1906 producto de la Revolución Liberal.

Es en la Constitución de 1929, en el tercer período presidencial del doctor Isidro Ayora, de ideología Keynesiana, se añadieron elementos importantes

dentro de la contratación (inversión) de un extranjero con el gobierno ecuatoriano (Ayala, 1993, p. 37). Hay que señalar que, para ese entonces y por iniciativa gubernamental se implementaron las políticas impulsadas por la Misión Kemmerer, a través de las cuales se remodeló el sistema monetario del país entre otros cambios de carácter administrativo y de manejo de finanzas (Gozzi y Tappatá, 2010, p. 5).

En el artículo 153 de la Constitución de 1929, que sería constante en las posteriores Constituciones, se estableció que en todo contrato que se celebre entre un extranjero y el Gobierno o cualquier otro individuo, a más de la prohibición de la protección por vía de la reclamación diplomática, queda también prohibida la sujeción a una *jurisdicción extraña*. Estas dos limitantes en la protección de los derechos de los extranjeros en contrataciones con el gobierno se las puede relacionar con la Doctrina Calvo la cual se revisó en el capítulo precedente. Subjetivamente, hasta la Constitución de 1998, se ha confundido que jurisdicción extraña es lo mismo que jurisdicción extranjera (Pazmiño, 2014, pp. 63 - 65).

Constituciones de 1967, 1979 y 1998

En las Constituciones de 1967, 1979 y 1998 se mantiene el tratamiento que las anteriores constituciones han dado a la prohibición de someterse a *jurisdicción extraña*, protección diplomática, derecho a la propiedad, y la igualdad de derechos entre ecuatorianos y extranjeros. Sobre este último punto, las limitaciones que han recibido los extranjeros se resumen en la imposibilidad del ejercicio de sus derechos políticos. En cuanto al tema del derecho de propiedad ha variado de constitución a constitución, especialmente en lo referido a la indemnización por expropiación para que se realice antes, durante o después del proceso.

Lo particular en estas Constituciones es que se añadió un elemento importante y explícito sobre la inversión extranjera. Este elemento se refiere a que la inversión privada en infraestructuras sería estimulada sin distinción de ser

nacional o extranjera, con especial énfasis en la inversión extranjera destinada a la producción. Más específicamente, se señaló que el capital extranjero se equipararía al nacional en su protección y se lo estimularía a través de incentivos de carácter tributario.

Constitución de 2008

El tratamiento del derecho a la propiedad, la prohibición de protección o reclamación diplomática y la igualdad de derechos entre ecuatorianos y extranjeros se mantienen regulados de igual manera que las constituciones antes revisadas. Pero en relación al tratamiento de la inversión extranjera, de acuerdo al artículo 339, el Estado se plantea la tarea de promoverla de acuerdo a criterios de “diversificación productiva, innovación tecnológica y generación de equilibrios regionales y sectoriales”, con una orientación de integración con los demás Estados de la comunidad internacional. Ahora bien, como se analizará más adelante, el régimen constitucional actual de la inversión extranjera y la actitud del Estado han ido en contradicción de estos criterios, por lo que los flujos de inversión extranjera directa se han visto disminuidos considerablemente.

2.1.2 TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN DE INFERIOR JERARQUÍA.

Dentro de la legislación secundaria más relevante en relación a la regulación de la inversión extranjera se identifica, la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, publicada en el Registro Oficial N° 219 del 19 de diciembre de 1997 y su reglamento, remplazado por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Esta ley tenía por objetivo fomentar y promover tanto la inversión nacional como la extranjera, además de regular las relaciones y categorías que podían establecerse entre los inversores y el gobierno ecuatoriano.

De acuerdo al artículo 12 de esta ley se entiende como inversión extranjera directa a “...cualquier clase de transferencia de capital al Ecuador, proveniente del exterior, efectuada por personas naturales o jurídicas extranjeras, destinada

a la producción de bienes y servicios”. Un elemento importante de esta ley, y en concordancia con la Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones, fue la garantía a los inversores extranjeros respecto al derecho a transferir al exterior las utilidades que hubiere generado su inversión. Dentro de esta ley también se consideró la posibilidad de celebrar un contrato de inversión entre el gobierno ecuatoriano representado por el Ministerio de Comercio Exterior y el inversor. En este contrato se establecieron garantías a la inversión e incentivos de naturaleza tributaria de acuerdo a la naturaleza y el monto de la misma.

En relación a la resolución de controversias, esta ley permitió que el Ecuador respete los legalidad de los Tratados y Convenios en materia de promoción y protección de inversiones con otros países. Así, se determinó el respeto por los TBI celebrados por el Ecuador en diferentes ámbitos comerciales. Aún más importante, se estableció como política estatal la suscripción de los TBI o cualquier instrumento internacional que recoja mecanismos de protección de inversiones como lo es el arbitraje internacional.

2.2 CONTRATO DE INVERSIÓN DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN COMERCIO E INVERSIONES.

El Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones (COPCI) entró en vigencia el 29 de diciembre de 2010, a través de su publicación en el Registro Oficial Suplemento N° 351. La última reforma, de la que fue objeto, a la fecha del presente trabajo, fue la del 29 de diciembre de 2014 con la promulgación de la Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 405.

El COPCI dentro de su artículo 4 establece, entre otras, su finalidad de “incentivar y regular todas las formas de inversión privada en actividades productivas y de servicios...”, así como la de “regular la inversión productiva en sectores estratégicos de la economía...”. En este afán, se han establecido instrumentos que permitan que la inversión se incremente. El más relevante de

ellos es el contrato de inversión que concede al inversionista dos beneficios generales:

- a. Acceso a los beneficios establecidos en el COPCI, y
- b. Estabilidad en el tiempo de los beneficios del COPCI (COPCI, 2010).

Es importante señalar que para acceder a los beneficios que recoge el COPCI no es mandatorio suscribir un contrato de inversión con el Estado ecuatoriano. El beneficio adicional que se recibe por haber suscrito un contrato de inversión, es que los beneficios adquiridos por el contrato tienen una estabilidad en el tiempo, empero de los cambios en el régimen legal general.

2.2.1 PROVISIONES DEL CONTRATO DE INVERSIÓN

En esta sección se revisa las provisiones más importantes del contrato de inversión del COPCI en especial a lo relacionado con los parámetros de contratación, la vigencia del contrato, la nacionalidad de la inversión y los límites en el otorgamiento de los beneficios del COPCI.

Parámetros en contratos de inversión y vigencia

El Consejo Sectorial de la Producción, Comercio e Inversiones, mediante resolución N°. 2 publicada en el Registro Oficial 874 del 18 de enero de 2013, estableció los parámetros que deben contener los contratos de inversión. Estos parámetros solamente rigen para los inversionistas que hubieren suscrito un contrato de inversión con el Ecuador.

Dentro de estos parámetros se encuentra que el monto de la inversión mínima para la firma de un contrato de inversión debe ser de USD 1.000.000,00 y de un mínimo de USD 250.000,00 durante el primer año de la inversión, es decir el 25 % del total previsto. De igual forma, se establece que el aporte de una inversión debe estar relacionado con el incremento del empleo y sus condiciones dentro del sector donde se realice la inversión. El contrato de inversión tendrá una vigencia de hasta quince años desde que haya sido

celebrado, con la opción de prórroga hasta por un período igual al que fue concedido en un principio.

Inversión extranjera y nacionalidad de la inversión

Según las provisiones del Libro II, Título I del COPCI, la inversión extranjera se define como aquella que “es de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en el extranjero, o que implique capital que no se hubiere generado en el Ecuador”. Adicionalmente, se establece en el mismo libro que no puede calificarse como inversión extranjera a la inversión de “una empresa nacional extranjera, cuyas acciones, participaciones, propiedad o control, total o mayoritario, le pertenezca a una persona natural o ecuatoriana”.

En este sentido, es importante señalar que la nacionalidad del inversor es un tema que abordan ampliamente los TBI y su determinación depende de las provisiones de uno y de otro. Tenemos por un lado que según el TBI entre Finlandia y Egipto, que entró en vigencia el 5 de febrero de 2005, la determinación de un nacional de Finlandia o Egipto dependerá de lo que disponga tanto la legislación finlandesa y egipcia respectivamente, es decir existe un reenvío. Mientras que el TBI entre Alemania e Israel determina que, para efectos de Israel, un nacional de este país es aquel que tiene residencia permanente en Israel. De lo cual se corrige que dependiendo del contenido del TBI, la nacionalidad de una inversión extranjera será considerada de diferente forma.

La determinación final sobre si la inversión es extranjera o no, dependerá de las provisiones sobre las cuales se estableció el marco legal de la inversión. Como se mencionó anteriormente, un TBI dependerá de cómo se ha establecido la determinación de la nacionalidad del inversor, *rationae personae*, ya que este es el marco legal aplicable. Pero, en el caso ecuatoriano y por las provisiones del COPCI el carácter de extranjera o nacional de una inversión se

verá establecida por el control total mayoritario que se tenga sobre la persona jurídica que realiza la inversión.

Limitación a los beneficios del COPCI

De acuerdo al artículo 14, los beneficios del COPCI tienen una limitante en relación a la nacionalidad de la persona natural o jurídica que hace la inversión en el Ecuador. Tenemos el caso en el que la persona jurídica se hubiere constituido en un paraíso fiscal los beneficios del COPCI no le son aplicables. En tal virtud y mediante Resolución N°. NAC-DGERCGC15-00000052, publicada en el Registro Oficial N°. 430 del 3 de febrero de 2015, el Servicio de Rentas Internas (SRI) emitió un listado de países, jurisdicciones y territorios considerados como paraísos fiscales y regímenes fiscales preferentes. Esta resolución también estableció que en los países, jurisdicciones y territorios donde el Impuesto a la Renta o cualquier otro de naturaleza análoga sea inferior al 60 % de lo que el impuesto representa en el Ecuador, también serán considerados como paraísos fiscales. Para una revisión de los países que son considerados paraísos fiscales para el SRI se puede consultar el Anexo II.

2.2.2 INCENTIVOS Y ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN PARA EL INVERSOR EXTRANJERO.

Incentivos de carácter tributario

De manera general, los incentivos que provee el COPCI para los contratos de inversión se pueden dividir en las siguientes categorías:

- a. Impuesto a la renta: reducción del impuesto a la renta,
- b. Anticipo impuesto a la renta.
- c. Facilidades tributos comercio exterior.
- d. Impuesto salida de divisas (Artículo 24).

Dentro de las categorías enunciadas anteriormente podemos encontrar incentivos tributarios tales como:

- Exoneración del pago del impuesto a la renta por los primeros cinco años desde que la renta es generada.
- Reducción adicional del 10 % del impuesto a la renta del porcentaje establecido por concepto de reinversión de ganancias.
- Deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta como un mecanismo para promover la productividad, innovación y la producción ambientalmente eficiente.
- Beneficios por la apertura del capital social de la compañía a favor de sus trabajadores.
- Deducciones al impuesto a la renta o compensación por pagar remuneraciones justas a sus trabajadores.
- Facilidades de pago de impuestos sobre el comercio exterior.
- Reducción de obligaciones aduaneras si la mercancía importada incluye bienes de capital no producidos en el Ecuador.
- Exoneración del impuesto de salida de divisas por pagos de financiamiento externo y entrega de dividendos a los accionistas de la compañía (Artículo 24).

Para una revisión exhaustiva de los incentivos tributarios y sus respectivas categorías se puede consultar el Anexo III.

Estándares de protección

El contrato de inversión del COPCI ofrece los siguientes estándares de protección al inversor:

1. No expropiación, el Estado ecuatoriano garantizará que las inversiones no serán expropiadas o nacionalizadas. Excepto cuando se lo realice por motivos de interés público debidamente motivado y cuando se lo realice de una manera equitativa con su respectiva indemnización pronta, justa y adecuada. La indemnización por concepto de una expropiación directa o indirecta se hará de acuerdo al valor del mercado.
2. Trato justo y equitativo, el Estado no intervendrá, directa o indirectamente en la ejecución y desenvolvimiento de los negocios del

inversor, a toma de decisiones o la liquidación de la inversión como tal. El Estado garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva, el debido proceso y el acceso a una justicia independiente.

3. Trato no discriminatorio, el Estado tratará al inversor y a sus inversiones en una manera que no sea menos favorable que aquella que se ha otorgado a otros inversores en situaciones similares, inversiones o actividades relacionadas con sus propios ciudadanos.
4. Protección y seguridad, el Estado garantizará que tomará todas las medidas necesarias para evitar que las partes del contrato de inversión sufran pérdidas en el país como resultado de guerra, revolución, estado de excepción, insurgencia y disturbios.
5. Nación más favorecida y trato nacional, son medidas atribuidas por el Estado anfitrión con respecto del inversor extranjero, a través de la cual se le otorga a este último un ambiente no menos favorable, que a un inversor nacional, para sus inversiones o actividades relacionadas. (Artículos 17-19).

Garantías generales

El inversor tiene el derecho a controlar, usar, convertir a cualquier moneda, transferir fuera del país cualquier derecho derivado o relacionado con su inversión. No existe la obligación de que el inversor mantenga dichos rubros en el Ecuador. También, el oferente tiene derecho a negociar su inversión con otros inversores nacionales o extranjeros y transferir su inversión previa notificación a la autoridad respectiva. Pero más importante aún, tiene derecho a recibir los pagos que le corresponden por su inversión.

2.2.3 RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.

Según el artículo 27 del COPCI, se establece la posibilidad de pactar cláusula arbitral, sea nacional o internacional. Además, se recogen etapas que deben cumplirse en el evento de existir una controversia sobre la inversión. Se dispone que se agote primero la vía administrativa entre el inversor extranjero y

el Estado. Luego de agotada esta vía y en el caso de no haber llegado a un acuerdo, se iniciará un término de 60 días en los cuales se llevarán a cabo diálogos directos, si nuevamente no se llegare a un acuerdo se iniciará una mediación obligatoria por tres meses contados desde la fecha en que se iniciaron las negociaciones directas.

Una vez que no se ha llegado a un acuerdo en todas estas etapas, se puede acudir a arbitraje nacional o internacional de conformidad con la legislación aplicable en Ecuador. Este proceso arbitral será en derecho. La legislación aplicable será la ecuatoriana y el o los laudos arbitrales que se obtengan de este proceso arbitral serán definitivos y vinculantes para las partes. Cabe señalar que, toda controversia de carácter tributario no puede someterse a arbitraje.

El centro de arbitraje competente será la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, pero con sede en Santiago de Chile. Normalmente, la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya (CPA) se encuentra ubicada en las instalaciones del Palacio de la Paz en La Haya, en los Países Bajos, donde también funciona la Corte Internacional de Justicia. Pero, debido al acuerdo celebrado entre el Gobierno de la República de Chile y la CPA, el 13 de diciembre de 2011 en Santiago de Chile y, recientemente aprobado en enero de 2015 por la Cámara de Diputados de Chile, el gobierno chileno se compromete a prestar las facilidades logísticas y administrativas gratuitas para que se desarrollen procesos arbitrales internacionales en ese país.

En el evento de que no se llegue a un acuerdo una vez transcurrido el término de 6 meses, desde que se agotó la vía administrativa y que además no hubieren sometido la controversia a arbitraje, dicha controversia se someterá a la jurisdicción contenciosa administrativa ecuatoriana.

2.3 CONTRATOS DE INVERSIÓN FIRMADOS POR EL ECUADOR.

Es importante señalar que en esta sección se revisará los contratos de inversión firmados por el gobierno ecuatoriano con la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones y luego con el COPCI. Por el número reducido de

contratos de inversión firmados en los años de vigencia de los dos cuerpos normativos antes mencionados, no se hará referencia únicamente a los contratos de inversión dentro de la cual la inversión sea extranjera sino que también se incluirá los contratos que recojan inversiones realizadas por nacionales.

2.3.1 CONTRATOS FIRMADOS AL AMPARO DE LA LEY DE PROMOCIÓN Y GARANTÍA DE INVERSIONES.

La Ley de Promoción de Garantías de Inversiones estuvo vigente desde el año de 1997 hasta el año 2010, cuando entró en vigencia el COPCI. En este período de 13 años se llegaron a firmar y aprobar 9 contratos de inversión, que brevemente se detallan a continuación:

1. Compañía Ipac S.A., inversión realizada para la fabricación y comercialización de productos de acero. La inversión acordada fue de US\$ 1.5 millones de dólares.
2. Compañía Termoriente Cía. Ltda., inversión realizada para diseñar, financiar, construir, operar y mantener bajo su propiedad una instalación generadora de energía de carga. La inversión acordada fue de US\$ 430 millones de dólares.
3. Compañía Oleoducto de Crudos Pesados (OCP), inversión realizada para la construcción y mantenimiento en propiedad y la operación de un sistema de crudos pesados. La inversión acordada fue de US\$ 1100 millones de dólares.
4. Compañía Hidroabánico S.A., inversión realizada para la construcción de accesos secundarios y líneas de transmisión para vender energía mediante contratos de compraventa de energía a consumidores, distribuidores y mercado ocasional. La inversión acordada fue de US\$ 25 millones de dólares.
5. Compañía Corporación Quiport S.A. , inversión realizada para el desarrollo, construcción y operación del nuevo aeropuerto de Quito y sus obras complementarias incluidas las operaciones del

aeropuerto. La inversión acordada fue de US\$ 500 millones de dólares.

6. Compañías Tecandina S.A. y Grunenthal Cía. Ltda., inversión realizada para la ampliación de la planta de producción de Tecandina S.A. y la fabricación de medicamentos de uso humano. La inversión acordada fue de US\$ 15 millones de dólares.
7. Compañías General Motors del Ecuador y Omnibus BB, inversión realizada para la ampliación y mejoramiento de la producción y el desarrollo de nuevos proyectos relacionados con la implementación de nuevos sistemas de información. La inversión acordada fue de US\$ 25 millones de dólares.
8. Compañía MachalaPower Cía. Ltda., inversión realizada para la instalación, en tres fases, de una planta de generación eléctrica de hasta 314 mw. La inversión acordada fue de US\$ 228 millones de dólares.
9. Compañía Industrial San Carlos S.A, inversión realizada para la construcción y mantenimiento en propiedad y la operación de un sistema de crudos pesados. La inversión acordada fue de US\$ 12 millones de dólares (Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad, 2013).

La información específica acerca del plan de inversión, duración y montos mínimos por año no fue posible obtenerla toda vez que los términos en que fueron negociados los contratos anteriormente revisados gozan de la protección de un acuerdo de confidencialidad. Sin embargo, de los datos proporcionados por el Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad (MCPEC) en su página Web, se desprende que la totalidad de la inversión recogida por la Ley de Promoción de Garantías de Inversiones asciende a US\$ 2.336.500.000 millones de dólares.

2.3.2 CONTRATOS FIRMADOS AL AMPARO DEL COPCI.

En la vigencia del COPCI desde finales del 2010, se han firmado un total de 10 contratos de inversión desde el año 2012, lo cual desde ya señala un avance

importante en el objetivo de atraer inversión desde afuera y dentro del país. Los contratos de inversión firmados y aprobados hasta la fecha son los siguientes:

1. Compañía Swissgas del Ecuador S.A., inversión realizada para la producción de gases naturales para su comercialización a otras industrias.. La inversión acordada fue de US\$ 9 millones de dólares.
2. Compañía Surpapel, inversión realizada para fabricación de cartón y productos de similar naturaleza. La inversión acordada fue de US\$ 130 millones de dólares.
3. Compañía Tenaris del Ecuador S.A., inversión realizada para la producción de tubos de aceros para la industria petrolera. La inversión acordada fue de US\$ 13 millones de dólares.
4. Compañía Templavid S.A., inversión realizada para la producción de vidrio templado y flotado. La inversión acordada fue de US\$ 3 millones de dólares.
5. Compañía Mastercubox S.A., inversión realizada para la producción de pellets de alfalfa. La inversión acordada fue de US\$ 2.2 millones de dólares.
6. Compañía Holcim, inversión realizada para la producción de clinker. La inversión acordada fue de US\$ 300 millones de dólares.
7. Compañía Promopesca, inversión realizada para la extracción, industrialización y comercialización de productos del mar. La inversión acordada fue de US\$ 8.6 millones de dólares.
8. Compañía Ecuacorriente S.A., inversión realizada para la extracción y comercialización de una mina de cobre en el Ecuador. La inversión acordada fue de US\$ 2.014 millones de dólares.
9. Compañía Ciauto Cía. Ltda., inversión realizada para la implementación de una planta de ensamblaje de autos de la

marca Great Wall de China. La inversión acordada fue de US\$ 24 millones de dólares (MCPEC, 2013).

De la información provista por el MCPEC en su página web, se identifica que los contratos antes mencionados se encuentran aprobados y firmados, sumando la totalidad de US\$ 2.503.800.000 en inversión privada. De las últimas declaraciones de voceros del Ministerio, en especial la publicada en el diario El Telégrafo, el día martes 7 de octubre de 2014, se tiene que el Consejo Sectorial de la Producción ha aprobado la firma de cuatro nuevos contratos de inversión que se deberán firmar hasta inicios del 2015. Estos contratos se celebrarían con las compañías: Ibalnor S.A. por 17 millones de dólares, Conprogra S.A. por 32 millones de dólares, Keracisa S.A. y Ecoaje del Ecuador S.A., de estas dos últimas dos compañías no se pudo acceder a los montos de inversión (MCPEC, web).

Los niveles de inversión impulsados desde la entrada en vigencia del COPCI, sin duda, han sobrepasado en cantidad de contratos y de inversión a los que pudo impulsar la Ley de Promoción de Garantías de Inversiones durante sus 13 años de vigencia.

2.4 CONTROVERSIAS DEL ECUADOR EN MATERIA DE INVERSIONES.

Dentro del análisis histórico y vigente del Derecho de inversiones en el Ecuador, es importante tomar en cuenta que un proceso de inversión no se agota en la obtención y formalización de la inversión en el país. Dentro de un proceso de inversión, en especial el de inversión extranjera directa, se identifica que cuando la inversión no se desarrolla de forma adecuada y las partes de la misma no llegan a acuerdos en alguno o varios puntos se produce una controversia.

Con la existencia de la controversia empiezan ciertas etapas de acercamiento entre las partes. Cuando la negociación o la mediación no son herramientas suficientes para resolver la controversia entre las partes se recurre a un proceso arbitral. El Ecuador ha mantenido varias controversias en materia de

inversiones, que finalmente han desembocado en un proceso arbitral. Muchas veces el resultado de los procesos arbitrales ha sido de especial atención por la carga política o la cuantía de la controversia y, por tal motivo, es de importancia revisar las controversias internacionales en materia de inversiones más relevantes de las que el Ecuador ha sido parte procesal. En primer lugar, se señala las estadísticas generales de las controversias por año. Luego, se aborda brevemente los procesos arbitrales más relevantes que el Ecuador ha llevado en los últimos años, los cuales no solamente han hecho eco a nivel local sino que también han sido de especial análisis a nivel internacional. Finalmente, se señala en qué medida los laudos arbitrales han sido favorables para el Estado ecuatoriano.

2.4.1 ESTADÍSTICAS DE ARBITRAJES INTERNACIONALES

Dentro del período 2001 – 2011, se identifica que el Estado ecuatoriano mantuvo 28 arbitrajes internacionales en materia de inversiones. A excepción del año 2007, en todos los años se tuvo por lo menos un arbitraje internacional en proceso (Gaibor, s.f.). Los procesos arbitrales en el período 2001-2011 se describen de acuerdo al siguiente detalle:

Tabla 1. Procesos arbitrales en materia de inversiones

Procesos internacionales en materia de inversiones en el período 2001 - 2011		
No.	Año	Procesos
1.	2001	Repsol 0 (Petroecuador)
2.	2002	OXY I (SRI), MCI, IBM (MEF).
3.	2003	Encana (SRI)

4.	2004	Duke Energy, Emelec.
5.	2005	Machala Power.
6.	2006	OXY II, Chevron II, City Oriente, Técnicas Reunidas.
7.	2007	N/A
8.	2008	Burlington, Perenco, Petrobras, Repsol.
9.	2009	Merck, Zamora Gold, Unete, Chevron III, Ulyseas, Quiport.
10.	2010	Copper Mesa, RSM Company, Murphy I.
11.	2011	Murphy III, TBI EC-USA, Murphy II
	Total:	28 procesos arbitrales internacionales.

Tomado de Gaibor, 2012.

Nota: En la Tabla 1 se puede observar los procesos internacionales en materia de inversión extranjera del Ecuador desde el año 2001 al 2011.

De la gestión de defensa impulsada por la Procuraduría General del Estado, a través de la Dirección de Asuntos Internacionales y Arbitraje durante el período 2006 – 2012 se ha evitado el pago de alrededor US \$ 6.475.884.914, de acuerdo al siguiente detalle:

Tabla 2. Cuantía evitada en procesos arbitrales internacionales

Cuantía evitada durante el período 2006 – 2012		
No.	Año	Procesos
1.	2006	\$ 80.000.000
2.	2007	\$ 275.000.000
3.	2008	\$ 373.967.113
4.	2009	\$ 2.090.000.000
5.	2010	\$ 763.817.801
6.	2011	\$ 1.965.000.000
7.	2012	\$ 928.100.000
	Total US:	\$ 6.475.884.914

Tomado de Gaibor, 2012.

Nota: En la Tabla 2 se puede observar la cuantía evitada en procesos arbitrales internacionales en materia de inversiones desde el año 2006 hasta el año 2012.

Si solamente relacionamos el Presupuesto General del Estado del año 2014, el cual ascendía a alrededor de US \$34.200.000.000, con la cuantía evitada de pagar en procesos arbitrales internacionales tenemos que dicha cuantía representa al menos el 18,9 % del presupuesto que el país utilizó en el ejercicio fiscal del 2014.

2.4.2 CASOS EMBLEMÁTICOS

Caso N°. ARB/06/11 CIADI: Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company contra La Republica del Ecuador

El caso *OXY c. Ecuador* es uno de los casos de arbitraje internacional de inversiones más emblemáticos de la historia del Ecuador y de la historia del

arbitraje internacional de inversiones en el mundo. Hasta julio del 2014 fue el laudo arbitral más costoso de la historia en el derecho internacional de inversiones con la suma de US\$ 1.769.625.000.

Sin embargo, el 18 de julio de 2014 en el caso *Yukos Universal Limited c. La Federación Rusa*, el tribunal arbitral con sede en la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, conformado por los profesores Charles Poncet, Stephen Schwebel y L. Yves Fortier, P.C., C.C., O.Q., Q.C. dictaron el laudo arbitral más costoso de la historia del derecho internacional de inversiones, el cual asciende a la suma de US\$ 50.000.000.000.

La controversia entre Oxy y Ecuador se remonta a 1985 cuando Oxy y la Compañía Estatal Petrolera del Ecuador (CEPE) celebraron un contrato de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Bloque 15. Luego, con Petroecuador, en 1999, Oxy celebró un contrato que modificaría el contrato celebrado con CEPE y éste ya no sería de prestación de servicios sino que se lo cambiaría a uno de participación. Dentro de las provisiones de este contrato Oxy tenía la prohibición de transferir y/o ceder los derechos y obligaciones contenidos en el contrato sin que medie autorización previa del Ministerio de Energía y Minas (Procuraduría General del Estado, 2014, pp. 13 - 15).

Oxy y AEC celebraron un contrato de *farming-out*, en el cual no sólo se transfirió un interés económico pasivo como lo hacía parecer Oxy, sino que se le transfirió a AEC un beneficio de participación y un derecho de veto sobre los aspectos claves de la gestión del Bloque 15. En definitiva, Oxy y AEC constituyeron un consorcio lo cual estaba prohibido por la Ley de Hidrocarburos de la época y la opción del Estado ecuatoriano era la declaratoria de caducidad del contrato de participación (Procuraduría General del Estado, s.f., p. 2).

Oxy señaló que el Ecuador había violado las disposiciones establecidas en el TBI celebrado entre Estados Unidos y Ecuador en lo relativo al trato justo y equitativo, no discriminación y no expropiación. Para el efecto, Oxy inició un proceso de arbitraje internacional ante el CIADI, pidiendo una indemnización de US\$ 3.370.000.000, la notificación del arbitraje se dio el 17 de mayo de 2006. El

tribunal arbitral para esta controversia estuvo constituido por los profesores L. Yves Fortier, P.C., C.C., O.Q., Q.C.; David A.R. Williams, Q.C.; y, Brigitte Stern. La decisión sobre esta controversia se dio a través de un laudo de mayoría, ya que el árbitro Brigitte Stern emitió una opinión disidente de la de sus dos co-árbitros.

El laudo declaró la responsabilidad del Estado ecuatoriano por no cumplir con el principio de trato justo y equitativo a la inversión de Oxy y por la declaratoria de caducidad que se la consideró como expropiación. La decisión disidente de Stern señaló que el tribunal arbitral excedió los límites de su competencia. El cálculo de los daños a los que se condenó a Ecuador fue incompleto y que de manera general la motivación del laudo de mayoría fue contradictorio y le faltó motivación.

El Ecuador inició con el proceso de anulación del laudo arbitral el 11 de octubre de 2012 y la ejecución del laudo se encuentra suspendida. Hasta la fecha del presente trabajo, las últimas audiencias se llevaron a cabo en París, en el mes de abril de 2014 y se está a la espera de que el Comité *ad hoc* emita su decisión sobre la nulidad (PGE, s.f., pp. 4-6).

Caso PCA N°. 2009-23: Chevron Texaco Corporation y Texaco Petroleum Company

Chevron III es otro de los casos emblemáticos que el Estado ecuatoriano ha mantenido en los últimos años. Lo emblemático del caso no solamente se determinó por la naturaleza misma de la controversia sino por las adversidades que ha sufrido la defensa del Estado a lo largo del proceso.

En el año 2009 Chevron–Texaco, en adelante “Los demandantes”, iniciaron un proceso de arbitraje internacional bajo las Reglas UNCITRAL de 1976 ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya. El tribunal arbitral está constituido por V.V. Veeder, Q.C.; Horacio Grigera Naón y Vaughan Lowe, Q.C. Los demandantes sostienen que el Ecuador ha violado el TBI celebrado con Estados Unidos y que es responsable de la sentencia que se emita (para ese entonces 2009) sobre las reclamaciones ambientales en Lago Agrio. Los

demandantes también señalaron que el Estado ecuatoriano les ha denegado justicia por las acciones legales iniciadas en el país en relación a la violación del contrato de concesión otorgado Chevron–Texaco. Este proceso no se ha solucionado por más de 10 años y por las posibles irregularidades del juicio ante la Corte Provincial de Sucumbíos (Lago Agrio), donde las comunidades indígenas afectadas por contaminación petrolera iniciaron acciones judiciales en contra de Chevron (PGE, s.f., pp.11 - 15).

La Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, el 4 de enero de 2012, dictó la sentencia de apelación que confirmó la de primera instancia y, a través de la cual, se condenó a Chevron por daño ambiental. Luego, en casación, el 12 de noviembre de 2013, la Corte Nacional de Justicia casó parcialmente la sentencia de la Corte Provincial de Sucumbíos, reduciendo el monto de la indemnización que Chevron debía pagar a la mitad, siendo la cantidad de US \$ 9.510.776.000. En respuesta Chevron, desde el mismo inicio de las acciones judiciales en su contra, inicio una campaña internacional de desprestigió del Ecuador con crítica especial en la probidad de su sistema de justicia.

En este contexto y dentro del proceso arbitral, el tribunal emitió su primer laudo provisional en el cual ordena al Ecuador a que realice todas las gestiones a su alcance para suspender la ejecución de la sentencia en contra de Chevron y que informe al tribunal sobre las medidas que ha implementado para el efecto lo cual se ordena nuevamente en el siguiente laudo provisional. En un tercer laudo provisional el tribunal declara que Ecuador ha violado lo ordenado en los laudos provisionales anteriores, ya que los demandantes han iniciado la ejecución de la sentencia en otras jurisdicciones.

Los representantes de las víctimas del daño ambiental iniciaron la ejecución de la sentencia de casación de la Corte Nacional de Justicia, pero en marzo de 2013, la Corte de Distrito para el Distrito del Sur de Nueva York confirmó las alegaciones de Chevron y no fue posible ejecutar la sentencia en los Estados Unidos. No obstante de ello, en diciembre de 2013 la Corte de Apelaciones de Ontario, en Canadá, encontró viable que los demandantes persigan los activos de Chevron en ese país (Karadelis, 2014).

En el año de 2013, el tribunal dicta su primer laudo parcial en el cual determinó que el Ecuador no había liberado a Chevron de que terceros inicien acciones legales en su contra por contaminación ambiental o daños a sus personas, sin perjuicio de los acuerdos de liberación de responsabilidad firmados con Petroecuador. La Procuraduría General del Estado inició acciones legales ante la Corte de Distrito de La Haya en los Países Bajos con la finalidad de conseguir la nulidad de los laudos provisionales y del primer laudo parcial. Dicha acción de nulidad se encuentra pendiente de resolución.

Adicionalmente, el Estado ecuatoriano inició acciones para descalificar (recusación) al tribunal arbitral, ya que éste no ha tomado el tiempo necesario para precaver las decisiones importantes necesarias, y no ha aceptado realizar la visita personal en las zonas contaminadas por Chevron en Ecuador y los efectos de violación de los derechos procesales del Ecuador. Según el Boletín de Prensa CS/36 del 25 de noviembre de 2014, la Procuraduría General del Estado informó que dicha acción de recusación fue finalmente rechazada, el 21 de noviembre de 2014, por Hugo Siblesz, Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya. Hasta la fecha del presente trabajo se ha determinado que la siguiente audiencia para continuar tratando sobre los méritos del caso se llevará a cabo en el mes de abril de 2015.

2.4.3 BALANCE FAVORABLE PARA EL ECUADOR

Según el historial arbitral ecuatoriano, los últimos procesos arbitrales internacionales en materia de inversiones que ha mantenido el país, y pese a la complejidad de los mismos, han concluido con un saldo general favorable para el Ecuador según se observa en el siguiente detalle de procesos favorables al Ecuador:

Tabla 3. Procesos arbitrales en materia de inversiones favorables

Arbitrajes Internacionales en materia de Inversiones favorables al Estado ecuatoriano hasta el 2012		
No.	Año	Procesos
1.	2006	Encana (3 de febrero de 2006)
2.	2008	Técnicas Reunidas (29 de abril de 2008)
3.	2009	Emelec (2 de junio de 2009)
4.	2009	MCI (19 de octubre de 2009)
5.	2011	Murphy I (19 de agosto de 2011)
6.	2011	Murphy II (19 de agosto de 2011)
7.	2012	Ullyseas (12 de junio de 2012)
	Total:	7 procesos arbitrales favorables al Estado ecuatoriano.

Tomado de Gaibor, 2012.

Nota: En la Tabla 3 se puede observar los procesos arbitrales internacionales en materia de inversión extranjera del Ecuador de los cuales se ha obtenido un resultado favorable hasta el año 2012. Tomado de Gaibor, 2012.

Los procesos arbitrales de los cuales se ha obtenido un resultado desfavorable para el Estado ecuatoriano, se describen en el siguiente detalle:

Tabla 4. Procesos arbitrales en materia de inversiones desfavorables

Arbitrajes Internacionales en materia de Inversiones desfavorables al Estado ecuatoriano hasta el 2012		
No.	Año	Procesos
1.	2008	Duke Energy (18 de agosto del 2008)
2.	2007	Oxy I (4 de julio de 2007)
3.	2012	Oxy II (4 de julio de 2012)
4.	2011	Chevron II (31 de agosto de 2011)
5.	2012	TBI ECU - EEUU (29 de septiembre de 2012)
	Total:	5 procesos arbitrales desfavorables al Estado ecuatoriano.

Tomado de Gaibor, 2012.

Nota: En la Tabla 4 se puede observar los procesos arbitrales internacionales en materia de inversión extranjera del Ecuador de los cuales se ha obtenido un resultado desfavorable hasta el año 2012.

De las estadísticas revisadas anteriormente se concluye que a pesar de a gravedad en términos económicos y políticos que puede representar para el país un proceso arbitral internacional, el Ecuador ha enfrentado exitosamente cada uno de estos procesos. Es así que en la mayoría de arbitrajes internacionales en el que el Ecuador fue demandado, el país ganó y de esta forma ahorro al Estado el desembolso de importantes sumas de dinero que afectarían considerablemente el Presupuesto General del Estado.

CAPÍTULO 3

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SU PROBLEMÁTICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

En modo de aproximación, en este capítulo se analiza el régimen constitucional del arbitraje internacional de inversiones al amparo de las disposiciones contenidas en los artículos 339 y 416, con la finalidad de determinar la posición del Estado ecuatoriano frente a la inversión extranjera y dentro del contexto de sus relaciones con la comunidad internacional. Seguidamente, se revisan las disposiciones de los artículos 422 y 190, con la idea de profundizar en el análisis de la problemática que se presenta sobre la regulación del arbitraje internacional de forma general. El tercer punto a analizar es el arbitraje de inversiones concebido en la actualidad, toda vez que esto ayudará a responder la pregunta que este trabajo se ha planteado sobre la viabilidad del mismo y su plena validez en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En relación al arbitraje internacional de inversiones, con relación a la viabilidad del mismo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se revisa la sentencia dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, sobre la inconstitucionalidad del TBI celebrado entre gobierno del Ecuador y el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el que es importante como caso de estudio en vista de que permite tener un acercamiento sobre el razonamiento y posición jurídica de la Corte al determinar que las disposiciones contenidas en el TBI mencionado contravienen lo establecido en la Constitución. Asimismo, se revisan los procesos de denuncia de TBI que ha iniciado el Ecuador, los ya concluidos y los que se encuentran pendientes. Este análisis se presenta con motivo de la necesidad de identificar el estatus jurídico de varios de los TBI que iniciaron su proceso de denuncia y siguen vigentes, ya que no han terminado el proceso a pesar de haber transcurrido varios años desde su inicio.

Finalmente, se analiza el Decreto Ejecutivo N°. 1506 con el cual, la Presidencia de la República, conformó la Comisión para Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA). En este sentido es importante el análisis de sus incidencias políticas, jurídicas, así como su informe final. Este documento, específicamente, es relevante para la investigación presente, debido a que por medio de este se institucionaliza la auditoría que se está llevando a cabo sobre los TBI que el Ecuador ha suscrito en las últimas décadas.

3.1. RÉGIMEN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL 2008

3.1.1 ARTÍCULOS 339 Y 416 DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución de la República en su artículo 339 señala que impulsará la inversión extranjera tanto nacional como extranjera, la regulará en todas sus modalidades, y estará enfocada a lo que establece el Plan Nacional de Desarrollo:

Art. 339. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes

de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.

En una primera aproximación, se entiende que el Estado ecuatoriano promueve tanto la inversión nacional como la extranjera, pero no de una forma igualitaria puesto que en el segundo inciso del artículo citado se señala que la inversión nacional tendrá prioridad sobre la extranjera. El vacío tanto jurídico como de política pública, se manifiesta en la falta de un mecanismo objetivo que permita establecer cómo se lo determina y bajo qué argumentos la inversión nacional es de prioridad sobre la inversión extranjera en el Ecuador. Adicionalmente, se limita a la inversión extranjera directa cuando se le concede únicamente un carácter de complementariedad respecto de la inversión nacional. Esta condición acentúa la falta de igualdad entre éstas, debido a que limita a la inversión extranjera dentro del país y, sobre todo, no le otorga un trato no discriminatorio, puesto que no se garantiza el estándar del trato justo y equitativo lo cual es ampliamente abordado en el Derecho Internacional de Inversiones, ya que constituye uno de sus estándares de protección más importantes (Subedi, 2008, p. 63).

La problemática se ha presentado cuando el Estado ecuatoriano suscribió ciertos TBI, dentro de los cuales sus provisiones recogen no solamente la protección de la inversión extranjera, si no que también su promoción de acuerdo a los estándares del mismo instrumento. En este sentido, sí el Estado ecuatoriano discrimina entre la inversión nacional y la extranjera, estaría contraviniendo una o más obligaciones nacida de un tratado internacional y consecuentemente se le atribuiría responsabilidad internacional por dicho incumplimiento.

De manera general, un proceso de inversión extranjera directa está sometido a las disposiciones del instrumento sobre el cual se constituye o implementa tal inversión. Si un proceso de inversión extranjera, por ejemplo, está dado en virtud de la existencia de un contrato de inversión, este último dentro de sus provisiones será el que establezca el marco jurídico o ley aplicable sobre el cual se desarrolle dicha inversión. En función de lo establecido en el artículo

339 se tiene que la inversión extranjera directa en el Ecuador está sometida al marco jurídico ecuatoriano y a los lineamientos determinados en el Plan Nacional de Desarrollo.

El Plan Nacional de Desarrollo o Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017 (PNBV), publicado en el Registro Oficial Suplemento N°. 78 el 11 de septiembre de 2013, según el Objetivo N°. 8, busca “consolidar el sistema económico social y solidario de forma sostenible”, y dentro de este se aborda el tema de la inversión extranjera. Según la descripción de este objetivo dicha inversión ha sido:

(...) una herramienta privilegiada de extracción de riqueza y ha generado divisas limitadas en comparación a los recursos extraídos en el proceso. Esto ha sido, en parte, causado por la inexistencia de la transferencia de conocimientos y de tecnologías alrededor de los procesos extranjeros instalados en el país. La falta de reciprocidad, en los términos de intercambio entre recursos nacionales y capitales extranjeros, ha definido relaciones unilaterales en las cuales el Ecuador se ha convertido en un elemento dependiente de procesos exógenos, inclusive sujeto de arbitrajes internacionales con un costo fiscal potencialmente alto. Consecuentemente, una de las prioridades del país, en sus racionalidades de relacionamiento internacional, es la transformación de estas lógicas unilaterales –como los arbitrajes de los tratados bilaterales de inversión– en lógicas recíprocas. En este marco, la transferencia de tecnología y conocimiento es de vital importancia. Los acuerdos de inversión deben estar envueltos en una dinámica de enriquecimiento del país de manera multidimensional, para que las capacidades y potencialidades de los procesos industriales sean adquiridas como activos permanentes locales. El Ecuador, en la actualidad, se encuentra en un punto de inflexión hacia la transformación de la matriz productiva; por lo tanto, la inversión extranjera debe contribuir al desarrollo endógeno del país mediante la diversificación productiva, la generación de valor agregado y la transferencia de conocimiento; es decir, es necesario no sólo diversificar productos y mercados, sino realizar

alianzas estratégicas, promoviendo la complementariedad de las economías a través de encadenamientos productivos y reducción de las asimetrías, mediante el reconocimiento de las diferencias en tamaño y desarrollo (SENPLADES, 2013, p. 260).

Dentro de ese contexto, el gobierno ha responsabilizado al arbitraje internacional y a los TBI, como los causantes del relacionamiento unilateral dentro de un proceso de inversión extranjera que solo favorece a los inversores. Y, como ya se ha señalado no existe una verdadera igualdad entre la inversión nacional y la extranjera por lo que se podría incurrir en violaciones a obligaciones internacionales previamente adquiridas.

Adicionalmente, y en referencia a la igualdad y al trato no discriminatorio que gozan los inversores extranjeros y sus inversiones, el artículo 17 del COPCI dispone lo siguiente en su parte pertinente:

Art. 17. Trato no discriminatorio.- Los inversionistas nacionales y extranjeros, las sociedades, empresas o entidades de los sectores cooperativistas, y de la economía popular y solidaria, en las que éstos participan, al igual que sus inversiones legalmente establecidas en el Ecuador, con las limitaciones previstas en la Constitución de la República, gozarán de igualdad de condiciones respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias. Las inversiones y los inversionistas extranjeros gozarán de protección y seguridades plenas, de tal manera que tendrán la misma protección que reciben los ecuatorianos dentro del territorio nacional. (...)

Según lo expuesto, se pueden observar ciertas diferencias y desigualdades entre la concepción de la inversión extranjera y la nacional. Esto se da no solamente por el carácter de complementaria y no prioritaria, con la que el PNBV ha calificado a la inversión extranjera, sino que también se da por la negatividad con que se concibe a los procesos de inversión desarrollados en el país previamente al establecimiento del régimen político actual.

Por otro lado, el artículo 416 de la Constitución de la República, en el marco de los principios rectores de las relaciones internacionales del Ecuador, en su parte pertinente dispone lo siguiente:

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:

(...)

12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo...

Dentro de estos principios constitucionales se encuentra que el Ecuador fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión con los demás países. Esto con la particularidad de que se pretende impulsar mecanismos de control internacional a las corporaciones extranjeras o multinacionales. Para comprender cuál fue la intención de los Constituyentes de Montecristi se debe mencionar que la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) ha realizado varios esfuerzos para el establecimiento de un nuevo sistema jurisdiccional que resuelva sobre controversias derivadas de inversiones en los países de la UNASUR.

Para el efecto, en la última reunión del Grupo de Trabajo de Expertos de Alto Nivel de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de la UNASUR, llevada a cabo en Quito del 3 al 7 de noviembre de 2014, se ha elaborado finalmente el Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones, el cual contemplaría mecanismos alternativos de solución de controversias como el arbitraje y la mediación o conciliación. Este Acuerdo Constitutivo será analizado por la Presidencia y Secretaria General de la UNASUR para que luego el mismo sea puesto a consideración del Consejo de Jefas y Jefes de Estado para su aprobación. Luego, correspondería que

cada país miembro de la UNASUR siga el procedimiento de ratificación de instrumentos internacionales que corresponda de acuerdo a su ordenamiento jurídico interno para la efectiva vigencia y real implementación de este centro de resolución de controversias en materia de inversiones.

3.1.2 ARTÍCULOS 190 Y 422 DE LA CONSTITUCIÓN

Luego de lo expuesto, es importante analizar el tratamiento que nuestra Constitución otorga al arbitraje internacional desde una perspectiva general, así como el análisis del tratamiento en particular del arbitraje internacional en materia de inversiones, ya que de aquí se podrá señalar las verdaderas limitaciones e implicaciones jurídicas sobre los tipos de arbitraje vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Para ello, corresponde revisar lo que dispone la Constitución acerca de los métodos alternativos de solución de conflictos. Es así que el artículo 190 de la Constitución de la República señala lo siguiente:

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

Por tanto, se concluye que la norma constitucional reconoce plenamente la institución del arbitraje como medio de solución de conflictos y se remite a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) la cual en su artículo 41 dispone lo siguiente:

Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;
- 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 más 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 refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.

De la norma antes citada se identifica que el primer elemento que determina el carácter de internacional de un proceso arbitral es la naturaleza jurídica de la controversia. Ésta se determina en virtud de los tratados o instrumentos internacionales que el Ecuador haya suscrito, por ejemplo el Convenio de Washington, la Convención de Nueva York y los TBI suscritos por, en este caso, el Ecuador. El segundo elemento se refiere a la voluntad de las partes de una relación jurídica determinada, las que han pactado que sus controversias se resuelvan a través de arbitraje internacional. No obstante, la LAM, en su artículo 42, determina que con la existencia de uno de ellos es suficiente para que el arbitraje sea de naturaleza internacional, especialmente cuando se refiere a (i) que el domicilio de las partes en diferentes Estados, (ii) la obligación deba ser cumplida en un Estado diferente al de las partes, o (iii) que la naturaleza de la controversia verse sobre una transacción de comercio internacional. En este último, se identifica ante un arbitraje internacional de naturaleza comercial que se diferencia de uno en materia de inversiones según se ha revisado en la última sección del capítulo I del presente trabajo.

En relación al arbitraje internacional en el cual una de sus partes sea una persona jurídica del sector público, el artículo 42 de la LAM y el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (LOPGE) señalan que se requiere previamente informe favorable del Procurador General del Estado y la consiguiente autorización de la máxima autoridad de la institución pública

que pacte la resolución de una controversia a través de arbitraje internacional (Pazmiño, 2014, pp. 18 - 20).

Sin perjuicio del reconocimiento constitucional y legal del arbitraje nacional e internacional, como método de resolución de controversias, la misma Constitución recoge en su artículo 422 la limitante constitucional más importante sobre el arbitraje internacional en el Ecuador, el mismo que dispone lo siguiente:

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

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

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

Para entrar en el análisis del artículo antes citado es importante ubicarse en el contexto que permitió que el constituyente redacte esta norma. Así, se tiene que el Informe de Mayoría sobre el Articulado Constitucional referido a Tratados e Instrumentos Internacionales, elaborado por la mesa N° 9 de la Asamblea Nacional Constituyente en abril de 2008, señala que este artículo representa un rechazo a "...los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador...". Sin duda alguna y como lo menciona Xavier Andrade Cadena, esta influencia política llevó a que los constituyentes confundan terminología e instituciones jurídicas (2009, pp. 8-9).

Primero, con este artículo se prohíbe la celebración de tratados internacionales en los que el país ceda jurisdicción soberana. Esta aseveración es imprecisa puesto que las cortes ecuatorianas ejercen jurisdicción y son competentes, de acuerdo al Código de Procedimiento Civil, de resolver las controversias a ellas sometidas en virtud de la ley ecuatoriana. Entonces, surge la interrogante sobre las controversias que no fueren sometidas a la jurisdicción y competencia de las cortes ecuatorianas, como por ejemplo aquellas en las cuales su *forum* natural sea el internacional. En este caso, el Ecuador no sería competente de resolver sobre materias de naturaleza internacional, como por ejemplo disputas internacionales entre Estados en virtud del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, crímenes internacionales en virtud del Estatuto de Roma que otorga jurisdicción a la Corte Penal Internacional o controversias en materia de inversiones en virtud de un TBI o un contrato de inversión que otorgue jurisdicción y competencia sobre esa materia a un tribunal arbitral internacional.

Los ejemplos antes mencionados son propios de una jurisdicción internacional la cual no se sometería en ningún sentido a las cortes ecuatorianas, ya que el Estado así se ha comprometido al suscribir dichos instrumentos internacionales. Por lo tanto, el Ecuador no podría ceder algo que no tiene, siendo esto la jurisdicción y competencia sobre controversias internacionales, entre ellas el arbitraje internacional (Andrade, 2009, p.10).

De igual forma, se debe tener en cuenta que los árbitros, sean de un tribunal arbitral nacional o internacional, ejercen jurisdicción convencional, pero a pesar de que pueden decidir sobre una controversia no están facultados para hacer ejecutar lo que han juzgado, lo que dentro de un arbitraje internacional correspondería al Estado ecuatoriano realizar: ejecutar o no el laudo arbitral (Pazmiño, 2014, pp. 15 – 17).

Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 422 especifica los casos sobre los cuales no podría el Estado ecuatoriano ceder jurisdicción soberana a través de tratados o convenios internacionales. Los casos que se incluyen dentro de este listado son cualquier controversia que sea de carácter contractual o comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas provenientes de tratados

internacionales. Entonces, queda la interrogante sobre qué pasa cuando el Estado ecuatoriano se encuentra frente a controversias que surgen sobre procesos de inversión extranjera, en principio se entendería que el artículo 422 limitaría el arbitraje internacional sobre las controversias surgidas en relaciones solamente comerciales, pero al mismo tiempo señala también la limitación sobre aquellas surgidas en relaciones contractuales. Con esto se diría que que las controversias de inversión extranjera nacidas de una relación contractual (Contrato de Inversión COPCI) también están recogidas bajo esa limitación.

La redacción de esta norma constitucional no es precisa y deja muchas posibles interpretaciones, sin embargo en virtud del artículo 429 de la Constitución, se estableció que la Corte Constitucional es el único órgano de interpretación constitucional. En este sentido la Corte Constitucional en su sentencia interpretativa del artículo 422, publicada en el R.O. Suplemento 549 del 16 de marzo de 2009, desperdició una oportunidad única para la interpretación del antedicho artículo. La Corte se limitó a analizar el último inciso del artículo 422 sobre la viabilidad de arbitraje internacional en controversias relacionadas con la deuda externa, donde señaló que en contratos de empréstito internacional donde se estipule que los fallos en conciencia se entenderá que se emitirá el laudo en equidad.

Se identifica que esta sentencia fue una oportunidad valiosa que se desperdició para dilucidar varias dudas que genera la norma toda vez que no se establece, en primer lugar, si en efecto el suscribir tratados o instrumentos internacionales implican una renuncia o cesión del término jurisdicción soberana, o si las controversias contractuales abarcan las de un contrato de inversión, y por qué en unos casos el arbitraje internacional es procedente (deuda externa) y por qué en controversias sobre inversión extranjera no sería posible.

No obstante de lo señalado, se tiene que la limitación sobre el arbitraje internacional del artículo 422 tiene una excepción cuando "...los instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias [sea] entre Estados y ciudadanos latinoamericanos...". Entonces estas controversias se someterán a tribunales arbitrales regionales. Como se señaló en la sección

anterior, es intención de la UNASUR y así se materializará durante todo el 2015, la creación de un centro de solución de controversias para sus países miembros.

Ahora bien, la naturaleza de ese centro será primordialmente la resolución de controversias en materia de inversiones pero no se ha descartado que se resuelvan otro tipo de controversias como de índole comercial o contractual. No obstante de ello se tiene en Chile una de las sedes de la CPA que está facultada para resolver controversias tanto en materia comercial o contractual como en materia de inversiones.

3.2 PROCEDIMIENTO DE DENUNCIA E INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS TBI

En esta sección se revisa brevemente el procedimiento constitucional y legal establecido para la denuncia de tratados o instrumentos internacionales, con especial atención a las implicaciones de este procedimiento cuando se refiera a un TBI. En consecuencia, se analiza el dictamen emitido por la Corte Constitucional ecuatoriana sobre el TBI que el Ecuador celebró con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

3.2.1 PROCEDIMIENTO CONSTITUCIONAL PARA LA DENUNCIA DE TRATADOS O INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La Constitución de la República en su artículo 420 establece que el Presidente de la República es el encargado de denunciar los tratados o instrumentos internacionales de los que el Ecuador sea parte. Para el efecto, el artículo 419 establece los casos en los que se necesita aprobación de la Asamblea Nacional para que sea efectiva dicha denuncia. Dentro del caso de estudio, corresponde el número 7 de este artículo cuando establece que la ratificación y denuncia de instrumentos internacionales necesita de la aprobación de la Asamblea Nacional, cuando se: “atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”. La Corte

Constitucional ha tomado éste como argumento para emitir su dictamen de constitucionalidad y autorización de denuncia de un TBI.

En ese mismo sentido, el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa prescribe el procedimiento que se debe seguir para la denuncia de un tratado internacional que se encuentre dentro de los supuestos del artículo 419 de la Constitución. Para ello, el Presidente de la República remitirá el tratado a la Corte Constitucional para que ésta emita su dictamen sobre la constitucionalidad del mismo y la viabilidad de la denuncia según lo que dispone el artículo 71, números 2 y 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional y el artículo 111 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Luego de emitido el dictamen, la Corte lo remitirá a la presidencia para que ésta, en el término máximo de 10 días, envíe el tratado internacional acompañado del dictamen a la Asamblea Nacional. La presidencia de la Asamblea Nacional, en continuación, envía la documentación respectiva, tanto el tratado como el dictamen, a la comisión especializada de la Asamblea para que ésta, a su vez, emita un informe a discutir en el pleno del legislativo. Es de responsabilidad de la Asamblea, finalmente, la denuncia positiva o negativa del tratado internacional.

3.2.2 DICTAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL TBI CELEBRADO ENTRE EL ECUADOR Y EL REINO UNIDO

Antes de iniciar con este apartado es importante señalar que se ha revisado varios de los dictámenes de la Corte Constitucional en relación a la inconstitucionalidad de los TBI firmados por el Ecuador. En dicha revisión y análisis se ha identificado la misma línea de razonamiento en los diferentes jueces sustanciadores de cada uno de los procesos de control constitucional. También se ha identificado, de la lectura de la parte considerativa del dictamen de la Corte, que la línea de razonamiento de los jueces contiene una marcada orientación en armonía con la política pública lo cual se repite a lo largo de los

dictámenes que la Corte ha emitido en relación a este tópico. En tal virtud y por fines didácticos, se considera pertinente solamente elaborar el análisis del dictamen de la Corte Constitucional sobre el TBI con el Reino Unido, ya que es uno de los más completos y contempla los puntos relevantes para los objetivos del presente trabajo. El contenido del dictamen de la Corte Constitucional y el TBI del Reino Unido y el Ecuador se lo puede revisar en el Anexo IV.

Análisis del dictamen de la Corte Constitucional N°. 020-10-DTI-CC sobre el TBI celebrado entre Ecuador y el Reino Unido

El día 6 de enero de 2010, el Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, mediante oficio N°. T.4766-SNJ-10-21, puso en conocimiento de la Corte Constitucional el TBI celebrado entre Ecuador y el Reino Unido. Para el efecto solicitó a esta corte que se emita el respectivo dictamen de constitucionalidad previo a la denuncia de dicho instrumento. El pleno de la Corte Constitucional realizó el sorteo respectivo y se designó como juez sustanciador al Dr. Patricio Herrera, quien emitió su informe respectivo según el que se señaló que el TBI en cuestión requiere de la aprobación de la Asamblea Nacional para su denuncia. En tal virtud, el texto de este TBI fue publicado en el sitio web de la Corte, con el fin de que se ponga en consideración de la ciudadanía este proceso de examen de constitucionalidad de instrumentos internacionales.

Es importante rescatar en esta etapa la intervención auspiciada por la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, a través de su representante legal, Blasco Peñaherrera Solah. La posición de la federación se sustentó según los siguientes argumentos:

1. La Corte Constitucional no era competente para declarar la inconstitucionalidad de un tratado internacional y que la misma Constitución no contaba con un procedimiento para el dicho propósito.
2. La Constitución no prohíbe la celebración de tratados internacionales relativos a la protección de inversiones.

3. Que la prohibición de la Constitución se refiere a tratados o instrumentos internacionales que recojan la figura del arbitraje como medio de solución de controversias en temas comerciales o de índole contractual, lo cual se ventila generalmente a través de normativa de derecho interno y no a través de normativa de Derecho Internacional lo cual se aplica en materia de tratados o instrumentos internacionales.
4. Que de las estadísticas disponibles se colige que el Ecuador ha ganado más procesos arbitrales en materia de inversiones de los que ha perdido ante el CIADI.
5. Que el argumento del gobierno que los tribunales arbitrales internacionales a través de sus decisiones han desconocido la soberanía tributaria del país es falso ya que varios de los TBI excluyen el tema tributario dentro de sus provisiones.
6. Que la medida de denuncia de TBI implementada por el gobierno es inefectiva ya que según las provisiones del esos instrumentos internacionales, deben al menos notificar con un año de anticipación la intención de denunciar dicho tratado. Además, los TBI cuentan con cláusulas de supervivencia que hacen que los mismos tengan una vigencia de 10 o más años después de su denuncia.
7. Que es de extrañarse por qué se ha tomado la decisión de denunciar ciertos TBI y otros dejarlos vigentes.
8. Que si la intención del gobierno es de no ser juzgado a instancias internacionales, esta lógica llevaría a que denuncie los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.
9. Finalmente solicitó a la Corte que se abstenga de emitir su dictamen y que inste al gobierno a ecuatoriano para que renegocie los TBI suscritos.

De los argumentos esgrimidos por la federación, es importante señalar que el primero es erróneo, ya que en él se pretendió no reconocer la capacidad de la Corte Constitucional para realizar el control de constitucionalidad sobre tratados internacionales, lo cual en virtud del artículo 419 de la Constitución sí es posible. Como se revisó en la sección anterior, la Corte tiene la facultad de

pronunciarse sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un tratado internacional previo al trámite de denuncia del mismo. Actualmente, el TBI en cuestión se encuentra dentro de los casos, que tanto la Constitución como la Ley Orgánica de la Función Legislativa, señalan que deben contar con la autorización previa de la Asamblea Nacional.

Es pertinente analizar las diferentes etapas de la línea de razonamiento que la Corte ha realizado en el presente caso. La Corte en una primera etapa analiza la competencia que tiene para realizar el examen de constitucionalidad del TBI en cuestión, lo cual no presenta mayor complejidad en su análisis y se desarrolla de acuerdo al procedimiento explicado en la sección anterior. Luego, la Corte revisa desde un punto de vista de la Teoría General del Estado y el Derecho Internacional Público su capacidad jurídica frente a los demás Estados de la comunidad internacional. Una vez que la Corte inicia el análisis de algunas de las provisiones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), en lo relativo a la denuncia de tratados internacionales y sobre el principio *pacta sunt servanda*, se encuentran los primeros fundamentos para las críticas a su línea de razonamiento. Sin embargo, para la Corte la justificación que el gobierno ecuatoriano denuncie el TBI con el Reino Unido es que, las obligaciones y compromisos internacionales en él contenidos, no son posibles de cumplir puesto que estos no guardan armonía con las provisiones de la Constitución. Esto a decir verdad, ya que las motivaciones para su suscripción han cambiado.

La Corte justifica este argumento en los artículos 61 y 62 de la CVDT, que señalan respectivamente lo siguiente:

Artículo 61. IMPOSIBILIDAD SUBSIGUIENTE DE CUMPLIMIENTO

1. Una parte podrá alegar la imposibilidad de cumplir un tratado como causa para darlo por terminado o retirarse de él si esa imposibilidad resulta de la desaparición o destrucción definitivas de un objeto indispensable para el cumplimiento del tratado. Si la imposibilidad es temporal, podrá alegarse únicamente como causa para suspender la aplicación del tratado.

2. La imposibilidad de cumplimiento no podrá alegarse por una de las partes como causa para dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación si resulta de una violación, por la parte que la alegue, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

Como se puede entender de la lectura del artículo 61, número 1, se identifica que con la promulgación de la Constitución de 2008 no se ha provocado la destrucción del objeto del TBI con el Reino Unido, el cual es la promoción y la protección de la inversión extranjera tanto para los inversores ecuatorianos en el Reino Unido, como para los inversores británicos en el Ecuador. La misma Constitución y otras normas de inferior jerarquía (Véase el capítulo II) consagran y regulan, la promoción y la protección de la inversión extranjera en el país.

En relación al número 2 del artículo 61 de la CVDT, este señala claramente que no se puede utilizar como causal para dar por terminado un tratado internacional la violación de una o de todas de las provisiones del mismo tratado. Esto se subsume claramente con el aforismo jurídico de que *nadie se beneficia de su propio dolo*. En tal contexto, el Ecuador ha pactado cláusula compromisoria sobre las controversias que se puedan generar en relación a la interpretación o aplicación del TBI con Reino Unido y, en tal virtud, deben ser ventiladas a través de negociación directa y, en su fracaso, a través de la decisión de un tribunal arbitral internacional (Art. 9 TBI Reino Unido).

Es importante resaltar que, como se verá más adelante, la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad del TBI con el Reino Unido justamente por el artículo 9 del mismo TBI, el cual somete cualquier controversia a que se solucione mediante arbitraje internacional. Esto debido a que se contradice totalmente la disposición contenida en el número 2 del artículo 61 de la CVDT y, por lo tanto, pretende beneficiarse de su propio dolo para incumplir obligaciones internacionales previamente adquiridas. En este sentido habría cabido que el gobierno ecuatoriano inicie un arbitraje internacional estatal con

el Gobierno del Reino unido para ventilar las posibles diferencias o dificultades en la aplicación del TBI; o, en su defecto iniciar una negociación directa.

La Corte, en su afán de fortalecer el débil argumento antes señalado, también cita al artículo 62 de la CVDT, en el que se señala:

Artículo 62. CAMBIO FUNDAMENTAL EN LAS CIRCUNSTANCIAS

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:

a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y

b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:

a) Si el tratado establece una frontera; o

b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

De este artículo, en el número 1 se entiende que solamente cuando exista una causa que no pudo ser prevista por las partes de un tratado al momento de

celebrarlo, en este caso Ecuador y el Reino Unido, se la puede utilizar como argumento para la terminación de dicho tratado. Con la excepción que tal hecho haya sido relevante para la voluntad de las partes al momento de celebrar el TBI o que el mismo constituya un cambio en el alcance de las obligaciones contenidas en el tratado.

Esto no se aplica al Ecuador, ya que en el evento no consentido de que las provisiones del TBI con el Reino Unido estén en contradicción con las provisiones del contenido de la Constitución del 2008. Esto se pudo haber previsto con anticipación y no se lo hizo, ya que la creación y promulgación de la Constitución fue posterior a la celebración del TBI. Este es un evento que se pudo haber previsto al momento de la suscripción y ratificación del tratado internacional pero no se lo hizo. Esto se acentúa toda vez que este proceso es parte de la historia constitucional del Ecuador y la promulgación o reforma de la Constitución pudo haber sido prevista. Adicionalmente, cuando se promulgo la Constitución de 2008 se debió tomar en cuenta las obligaciones internacionales previamente adquiridas y adecuar el nuevo texto normativo a las mismas en virtud del principio de buena fe.

En relación al número 2 del artículo en análisis, en su primer supuesto corresponde decir que el TBI entre el Reino Unido no contiene ninguna provisión relativa a la determinación de una frontera. En vista de ello, no es aplicable la causal segunda del cambio fundamental de circunstancias de la CVDT. En relación al segundo supuesto, relativo a la violación de una de las obligaciones del tratado como argumento para la terminación del mismo, se lo ha revisado cuando se analizó el artículo 61 de la CVDT y se identificó que no es aplicable. Esto a decir verdad, ya que el cambio fundamental sobre el cual la Corte argumenta que el TBI del Reino Unido es incompatible con la Constitución ecuatoriana, es la creación y promulgación de esta carta fundamental, lo cual sucedió posteriormente a la celebración del TBI.

El número tres del artículo en análisis indica que si se puede sostener que las circunstancias que han cambiado son suficientes para dar terminado el tratado

internacional, esas mismas razones pueden ser utilizadas para sustentar solamente la suspensión del mismo.

La misma CVDT, en el artículo 26, consagra el principio *pacta sunt servanda*, en el cumplimiento de las obligaciones de un tratado internacional, al señalar que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. De igual forma señala en el artículo 27, que:

Artículo 27. EL DERECHO INTERNO Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

En base a este artículo, el Ecuador no podría argumentar que por el contenido de la nueva Constitución estaría legalmente facultado para dar por terminado un tratado internacional, específicamente el TBI con el Reino Unido. En ese mismo sentido, se ha manifestado el magistrado Koroma de la Corte Internacional de Justicia, en Opinión Separada del 25 de septiembre de 1997 dentro del caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, en el que se enfrentaron Eslovaquia y Hungría sobre la aplicación y las obligaciones de un tratado internacional, dentro del que sostuvo lo siguiente:

He votado a favor de la mayoría de la parte operativa de la sentencia, principalmente porque concuerdo con la conclusión de la Corte en respuesta a las preguntas enviadas en el Acuerdo Especial, en el cual Hungría no estaría facultada a suspender y subsecuentemente abandonar en 1989 los trabajos en el Proyecto Gabtikovo en el río Danubio, de lo cual fue responsable según el tratado de 1977, el cual sigue en vigencia y consecuentemente regula la relación entre las partes.

Al arribar a tal conclusión la Corte no solo lo hizo correctamente en mi opinión, sino que alcanzo tal decisión en concordancia con el tratado de 1977 lo cual es consistente con la jurisprudencia de la Corte así como con los principios generales del derecho internacional. Principalmente,

entre estos principios se encuentra el *pacta sunt servanda* el cual forma una parte integral del Derecho Internacional. Cualquier conclusión al contrario habría significado la negativa del respeto de las obligaciones provenientes de tratados, y habría quebrantado uno de los principios y objetivos fundamentales de la Carta de las Naciones Unidas conminando a los Estados a “establecer las condiciones bajo las cuales la justicia y respeto de los tratados... puedan ser mantenidos y alcanzar cooperación internacional en la resolución de problemas de carácter económico y social” (Corte Internacional de Justicia, web).

De esta forma la Corte Internacional de Justicia ha consagrado la importancia del respeto del principio *pacta sunt servanda* que en palabras del magistrado Koroma comprende uno de los pilares del Derecho Internacional y de los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, por lo que un Estado no podría inobservarlo al momento de cumplir con sus obligaciones internacionales, provocando inseguridad jurídica a nivel internacional.

Seguidamente, la Corte analiza la naturaleza jurídica del TBI con el Reino Unido, al que lo reduce a la concepción de un contrato como fuente de obligaciones entre personas naturales o jurídicas. Mientras que un tratado internacional comprende un concepto más amplio ya que constituye fuente de obligaciones para los Estados signatarios. En tal virtud, la definición adecuada de tratado internacional, se encuentra en el artículo 2, número 1, letra a) de la CVDT, que indica que tratado es “...un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación”.

Esta imprecisión de la Corte no sería involuntaria, ya que como se vio en el análisis del artículo 422 de la Constitución al inicio de este capítulo, la limitante para el arbitraje internacional en el Ecuador no queda clara ni es su redacción ni en la sentencia interpretativa de la Corte. La Corte consideró en su dictamen que los TBI firmados por el Ecuador son meros contratos y no les proporcionó el alcance teórico y práctico que tienen en el derecho internacional. Sin

perjuicio de lo señalado, la Corte, en el final de la parte considerativa de su dictamen, crítica la suscripción de los TBI señalando que "...en la práctica ha significado que los beneficios vayan en gran medida a los países inversionistas o de origen de los capitales [y que ha sucedido algo impensable]... que una persona jurídica, en este caso corporaciones transnacionales, puedan demandar a un Estado Nacional" (Dictamen Corte Constitucional N°. 020-10-DTI-CC, 2010).

Por otro lado, la Corte confunde los foros de arbitraje que existen en el mundo con las reglas que administran sus arbitrajes, señalando que la UNICITRAL (Reglas de Arbitraje) es una Corte adscrita a las Naciones Unidas (NNUU). Este argumento carece de valor técnico puesto que, como se analizó previamente en el capítulo I de este trabajo, la única Corte de arbitraje adscrita a las NNUU es la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya en el Reino de los Países Bajos, la cual administra sus procesos arbitrales bajo las Reglas de Arbitraje UNCITRAL.

La Corte en su dictamen también manifestó que, con la Constitución del 2008 y en el contexto de la nueva corriente constitucional latinoamericana, la estructura del Estado ecuatoriano ya no sirve a intereses económicos, sino que prioriza al ser humano y se aleja de las políticas neoliberales como la libre competencia y la cesión de soberanía cuando reconoció a los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC). Según este argumento, la Corte incurriría en imprecisiones, ya que, como se revisó antes, el artículo 190 de la Constitución consagra y reconoce los MASC y el Estado ecuatoriano no puede ceder algo que no tiene: en este caso la jurisdicción y competencia sobre disputas internacionales. Consecuentemente no se ve afectada su soberanía. Es importante señalar que la Constitución, a pesar de la opinión de la Corte, consagra el derecho a la libre competencia, ya que no es una política *neoliberal* sino un derecho contenido en el artículo 335 y desarrollado en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado y su reglamento.

De todo lo antes señalado, la Corte concluye que el Ecuador no puede celebrar tratados internacionales que cedan jurisdicción soberana a instancias de

arbitraje internacional sobre asuntos comerciales o contractuales. Para este efecto, se argumenta que los artículos 8 y 9 del TBI con el Reino Unido someten las controversias de inversionistas con el Estado y entre los Estados parte del tratado a arbitraje internacional. Esto implicaría la renuncia explícita de jurisdicción por parte del Estado frente a terceros internacionales. Por lo tanto, esta Corte declara la inconstitucionalidad de los artículos antes mencionados del TBI con el Reino Unido y la procedencia del trámite de denuncia del mismo.

3.3 PROCESOS DE DENUNCIA DE TBI POR PARTE DEL ECUADOR

3.3.1 TBI DENUNCIADOS

El Ecuador ha iniciado varios procesos de denuncia de los TBI que ha celebrado con terceros Estados, pero no todos se encuentran en la misma etapa del proceso. Algunos, por decisión de la Presidencia de la República, no fueron considerados para el proceso de denuncia; otros se encuentran terminados o, a su vez, en auditoría por de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de inversiones y Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones. A continuación, se realiza un detalle del estado de cada uno de los TBI firmados por el Ecuador:

Tabla 5. Estado de los TBI suscritos por el Ecuador.

País.	Fecha de entrada en vigencia del TBI y <i>status</i>.	Fecha de la resolución de la Asamblea Nacional autorizando la Denuncia.
1. Argentina	1 diciembre 1995	No disponible
2. Bolivia	15 agosto 1997	No disponible

3. Canadá	6 junio 1997	No disponible
4. Chile	2 enero 1996	No disponible
5. China	1 julio 1997	No disponible
6. Costa Rica	No en vigencia	No disponible
7. Cuba	1 junio 1998 (Terminado)	No disponible
8. República Dominicana	4 noviembre 2006 (Terminado)	No disponible
9. Egipto	No en vigencia	No disponible
10. El Salvador	14 enero 1995 (Terminado)	No disponible
11. Finlandia	16 diciembre 2001 (Terminado)	23 noviembre 2010
12. Francia	10 junio 1996	15 marzo 2011
13. Alemania	12 febrero 1999	14 septiembre 2010
14. Guatemala	25 mayo 2005 (Terminado)	No disponible
15. Honduras	24 diciembre 2006 (Terminado)	No disponible
16. Italia	26 mayo 2005	No disponible
17. Países Bajos	1 julio 2001	No disponible
18. Nicaragua	9 septiembre 2002 (Terminado)	No disponible
19. Paraguay	18 septiembre 1995 (Terminado)	No disponible
20. Perú	10 diciembre 1999	No disponible

21. Rumania	18 julio 1997 (Terminado)	No disponible
22. Federación Rusa	No en vigencia	No disponible
23. España	18 junio 1997	No disponible
24. Suecia	1 marzo 2002	15 marzo 2011
25. Suiza	11 noviembre 1969	No disponible
26. Reino Unido	24 agosto 1995	14 septiembre 2010
27. EEUU	11 mayo 1997	No disponible
28. Uruguay	31 julio 1985 (Terminado)	No disponible
29. Venezuela	1 febrero 1995	No disponible

Tomado de la Asamblea Nacional del Ecuador, 2015 y de Latin Arbitration Law, 2015.

Nota: En la Tabla 5 se puede observar el estado de los TBI suscritos por el Ecuador.

Toda vez que se ha revisado información oficial de la Asamblea Nacional y de la información de la organización *Latin Arbitration Law*, se ha determinado que existen 16 TBI en proceso formal de trámite de aprobación de denuncia ante la Asamblea Nacional. De estos, tan sólo 5 presentan resolución de autorización y aprobación de denuncia y 9 se encuentran con informe de la Comisión Especializada de la Asamblea. Se debe tomar en cuenta que, varios de estos TBI, a pesar de tener resolución de la Asamblea Nacional que aprueba su denuncia, siguen vigentes hasta el momento, ya que no se ha realizado la notificación respectiva al otro país signatario del tratado. Por otro lado, varios de estos TBI cuentan con cláusulas de supervivencia, las que les mantienen vigentes durante varios años después de la notificación de la denuncia. En el caso del TBI con el Reino Unido, este tratado tiene una cláusula de supervivencia de 20 años.

3.3.2 DECRETO EJECUTIVO N°. 1506: COMISIÓN PARA AUDITORIA INTEGRAL CIUDADANA DE LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES Y SISTEMA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES (CAITISA)

A través del Decreto Ejecutivo N°. 1506, publicado en el Registro Oficial 958, el 21 de mayo de 2013, la Presidencia de la República creó la Comisión para la Auditoria Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de inversiones y Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (refiérase al Anexo V). Esta comisión, de acuerdo al artículo 2 de su instrumento de creación, tiene la función de fiscalizar, examinar y evaluar:

- (i) el proceso de firma y negociación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador y las consecuencias de su aplicación; (ii) el contenido y compatibilidad de estos tratados con la legislación ecuatoriana; (iii) la validez y la pertinencia de las actuaciones y los procedimientos adoptados y los laudos y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones que han conocido procesos arbitrales en contra del Ecuador, con el fin de determinar la legalidad, legitimidad y licitud de sus decisiones e identificar inconsistencias e irregularidades que hayan provocado o puedan provocar impactos al Estado ecuatoriano en términos económicos, sociales y ambientales, y a los pueblos y nacionalidades.

En principio la CAITISA tendría una duración de 8 meses, los que se cumplieron en enero del 2014. No obstante, ésta podía ser prorrogada en funciones por una sola vez más, lo cual se estima ha sucedido, ya que no se ha publicado todavía el informe final. Los informes parciales bimensuales y el informe final que debieron ser publicados a finales del año pasado y aún no han sido puestos a disposición de la opinión pública. Sin embargo, provoca mucha expectativa e interrogantes los resultados de la auditoria del CAITISA; ya que, a pesar de lo que la misma arroje como resultados, el proceso de

denuncia de TBI comenzó mucho antes de su misma creación y sería redundante tener como uno de los resultados de esta auditoria la recomendación de dar por terminados los TBI de los cuales es parte el Ecuador.

La Asamblea Nacional a inicios del mes de diciembre de 2014 elaboró un proyecto de ley llamado: Ley Orgánica de Inmunidad para los Miembros que Integran la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones, el cual, en su artículo 1, pretende proporcionar inmunidad civil y penal sobre las "... conclusiones, recomendaciones, análisis y develamiento de las circunstancias constantes en sus informes... resultado de sus investigaciones". Por otro lado, se pretende revestir de una especie de confidencialidad (reserva) sobre la información que se logre recopilar en esta auditoria, así como también sobre la identidad de los testigos, informantes y colaboradores que intervengan en la auditoria y hacerlos beneficiarios del programa de protección a víctimas y testigos de la Fiscalía General del Estado.

Hasta el momento, queda solamente esperar el informe final de la comisión para revisar sus conclusiones y recomendaciones para analizar el futuro de la política en materia de inversiones del país, lo cual sin duda será de suma importancia para el desarrollo y progreso del Ecuador. Para una revisión más exhaustiva del proyecto de ley de inmunidad de la CAITISA véase el Anexo VI.

CAPÍTULO 4

VIABILIDAD, VENTAJAS, CRÍTICAS E INCIDENCIA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES EN LOS NIVELES DE INVERSIÓN EXTRANJERA

En este capítulo se revisa la viabilidad del arbitraje internacional en materia de inversiones de acuerdo al ordenamiento jurídico ecuatoriano, su vigencia, aplicabilidad y proyecciones. Se analiza brevemente el régimen del derecho de inversiones en países latinoamericanos como Colombia, Perú y Brasil. Para este análisis se toman en cuenta los montos de inversión extranjera con motivo de analizar el impacto de la celebración o denuncia de TBI en el Ecuador de manera específica. Seguidamente, en función de los niveles de inversión de los países latinoamericanos señalados, se analiza los niveles de inversión extranjera directa en el Ecuador, con particular atención en el período 2009-2013.

Finalmente, se analiza las principales ventajas del arbitraje internacional en materia de inversiones y su incidencia directa en los niveles de inversión extranjera, con efecto de contrastar dichas ventajas con las principales críticas que la comunidad internacional ha manifestado sobre esta institución. En este contexto, se revisa las posibles propuestas y soluciones para mejorar el arbitraje internacional de inversiones, con un enfoque particular en las Reglas de Transparencia expedidas por UNCITRAL.

4.1 VIABILIDAD DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

De acuerdo a lo analizado en el capítulo anterior, el limitante constitucional sobre el arbitraje de inversiones no es clara como ya se ha manifestado. Y en principio se limitaría a disputas de carácter comercial o contractual que de alguna forma se recogen en un tratado internacional. No es claro si en un contrato de inversión al amparo del COPCI cabría esta limitante en

controversias contractuales ya que el contrato de inversión no es recogido en un instrumento internacional como un TBI sino por la legislación ecuatoriana. Por lo tanto, se sostiene que el arbitraje internacional en materia de inversiones sigue vigente y perfectamente aplicable a pesar de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en cada uno de los TBI denunciados.

A pesar de la política planteada por el gobierno en contra del arbitraje internacional de inversiones, algunos de los TBI suscritos por el Ecuador siguen completamente vigentes y no han continuado con el proceso de denuncia establecido en la Constitución por lo que son aplicables a cualquier inversión realizada dentro de sus provisiones. Es innegable la vigencia del arbitraje internacional de inversiones en el Ecuador, inclusive aunque uno de los TBI firmados por el Ecuador haya sido denunciado. Se entiende que los TBI llevan incorporados *cláusulas de supervivencia* que les permiten proteger, bajo sus provisiones, las inversiones realizadas antes de la denuncia por los años que el TBI establezca. Es importante señalar que el papel de estas cláusulas de supervivencia no se limitan a los casos de denuncia, sino que también en aquellos casos que un TBI no es aplicable porque ha terminado su tiempo de vigencia y no ha sido renovado (Alschner, Berdajs y Lanovoy, 2010, p. 32).

La función principal de cláusulas de supervivencia radica en garantizar que las provisiones de un TBI continúen siendo exigibles y aplicables por al menos los siguientes 5, 10 o, inclusive, 20 años después de la terminación del mismo, sobre las inversiones realizadas antes de la fecha de denuncia. Para el efecto, el artículo 14 del TBI con el Reino Unido, por ejemplo, señala un período de supervivencia de 20 años, según el siguiente artículo:

Art. 14.- DURACIÓN Y TERMINACIÓN.-

Este convenio permanecerá vigente por un período de diez años. De ahí en adelante deberá seguir vigente hasta pasados doce meses desde la fecha en la que cualquiera de las partes contratantes haya dado notificación por escrito a la otra de su terminación, disponiéndose sin embargo que, con relación a las inversiones efectuadas mientras está vigente el convenio, sus disposiciones seguirán vigentes con respecto a

dichas inversiones por un período de veinte años después de la fecha de terminación, sin perjuicio de la aplicación posterior de las reglas del derecho internacional.

Así, de esta forma, aunque el Ecuador denuncie un determinado TBI y existiere una verdadera y clara limitación constitucional sobre este régimen, el arbitraje de inversiones seguirá vigente y vinculante para las partes que originalmente consintieron para el efecto, por el tiempo posterior a la terminación que el mismo TBI establezca (UNCTAD, 2010, p. 3).

En el ejemplo del TBI de Estados Unidos, el cual tiene una cláusula de supervivencia de 10 años (artículo 12), se puede observar la particularidad de que cláusula de supervivencia se aplica a todas las provisiones del TBI en su conjunto y no solamente a algunas de ellas. Esto implica que estas cláusulas abarcan a todo el TBI, inclusive la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional para la solución de controversias (Alschner et al, 2010, p. 33)

Debido a las cláusulas de supervivencia, el Ecuador probablemente se encontrará en calidad de parte procesal en procesos arbitrales internacionales en materia de inversiones en el futuro, ya que como se ha estudiado, la misma Constitución no limita al arbitraje de inversiones como tal y, a pesar de los procesos de denuncia de TBI efectivamente concluidos, las cláusulas de supervivencia seguirán protegiendo las inversiones realizadas dentro de su espectro de protección. Adicionalmente, para aquellos procesos nuevos de inversión extranjera, al amparo de las provisiones del COPCI y de un contrato de inversión, se sigue recogiendo la figura del arbitraje internacional el cual no se realizará bajo la administración del CIADI, sino que se lo hará a través de las Reglas UNCITRAL bajo la administración de la CPA y con *seat* en Chile.

4.2 DERECHO DE INVERSIONES EN LATINOAMÉRICA

En efecto del estudio del Derecho de inversiones, este tema ha tomado a Latinoamérica como escenario para evidenciar cuáles son los procesos y normas que rigen a esta rama del Derecho. Para ello, se ha escogido a Colombia, Perú y Brasil como casos de estudio. De estos tres Estados, se

realiza un análisis respecto a las condiciones de los TBI suscritos, similitudes y contingencias tomadas para su ejecución y salvaguarda, entre otro tipo de peculiaridades. Seguidamente, se realizará un análisis comparativo entre estos y el caso ecuatoriano.

4.2.1 CASO DE ESTUDIO: COLOMBIA, PERÚ Y BRASIL

Colombia

De acuerdo al *World Investment Report 2014*, Colombia se encuentra en el puesto 17 del ranking de los países con más altos niveles de inversión extranjera directa con alrededor de 17 mil millones de dólares en el 2013. En comparación con el año 2012, la inversión extranjera directa en Colombia ha aumentado en un 8% debido al incremento en las inversiones que se han realizado en el sector eléctrico y en la banca (UNCTAD, 2014, p. 21).

Colombia ha suscrito varios tratados internacionales relacionados con la protección y promoción de la inversión extranjera. En mayo de 1983, el gobierno colombiano suscribió la Convención de Washington y, a partir del año 1999, cuando la Constitución colombiana eliminó de entre sus provisiones la expropiación sin derecho a compensación, se dio paso a la negociación de TBI (Baker & McKenzie International, 2005, p. 4). En este contexto, Colombia suscribió varios TBI con países de la región y Europa, así como Tratados de Libre Comercio, en los que se encuentran capítulos sobre inversión extranjera y resolución de controversias, como por ejemplo el Tratado de Libre Comercio con México en el capítulo 17, Tratado de Libre Comercio con El Salvador – Guatemala – Honduras en el capítulo 12 y el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos en el capítulo 10, entre otros. Es importante señalar que solamente los TBI celebrados con México, Suiza, España y Perú se encuentran vigentes y aplicables a la presente fecha (IBA, 2012, p. 22).

A pesar de haber suscrito el Convenio de Washington y estar sometida a la jurisdicción del CIADI, Colombia no ha sido demandada ante éste y esto se debe fundamentalmente a que Colombia ha suscrito un número reducido de

TBI y en una época reciente, ejemplo: TBI con España vigente desde 2007. Se puede decir que la posición colombiana hacia la inversión extranjera ha sido respetuosa de sus compromisos y obligaciones internacionales a lo que se le puede atribuir la nula actividad arbitral ante el CIADI.

Brasil

Brasil es una de las economías más importantes de la región y de todo el mundo. Actualmente, integra el grupo económico denominado BRICS junto a Rusia, India, China y Sudáfrica, el cual no constituye un proceso de integración política ni económica, sino que responde a una denominación en conjunto de los países con los más altos niveles de crecimiento económico en los últimos años.

Al igual que Colombia, Brasil se encuentra dentro de los 20 países que reciben mayores niveles de inversión extranjera en el mundo, alcanzando en el 2013 alrededor de 65 mil millones de dólares en inversión extranjera directa por sobre otras potencias económicas y políticas tradicionales como Canadá, el Reino Unido, Italia, entre otras (UNCTAD, 2014, p. 15). No obstante, Brasil es un país que no ha suscrito o ratificado instrumentos internacionales relacionados con la promoción y protección de inversiones. En particular, no ha suscrito el Convenio de Washington de 1965, a través del cual se creó el CIADI. Pero sí ha suscrito, aunque no ratificado, 15 TBI en los años 90's debido a la negativa de su Congreso Nacional por temas políticos (Jardim, 2011, p. 8).

A pesar de la negativa del Congreso Nacional de Brasil en la ratificación de los TBI suscritos, el país no ha querido quedarse rezagado en los esfuerzos por atraer y proteger la inversión extranjera. De tal forma, ha suscrito el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones el 7 de enero de 1993, del cual el Ecuador es también parte. La función principal de este organismo, establecida en el artículo 2 de su instrumento constitutivo, es "...propiciar el flujo de inversiones para fines productivos entre los países

miembros, y en especial los países miembros en desarrollo...”, a través del otorgamiento de garantías a favor de dichas inversiones.

Brasil no ha suscrito ningún otro instrumento relacionado con la protección de inversiones. Sin embargo, en lo que concierne a las disputas derivadas de relaciones comerciales o contractuales, se ha suscrito la Convención de Panamá, la Convención de Montevideo, el Convenio de Nueva York. Por otro lado, mantiene vigente dentro de su legislación, desde el año 1996, la Ley Federal N° 9307 o la Ley de Arbitraje de Brasil que reconoce el arbitraje internacional como método alternativo de resolución de controversias. Estos instrumentos consagran la vigencia y aplicabilidad del arbitraje internacional en dicho país.

Partiendo de uno de los estándares de protección de un TBI, como lo es el de No Expropiación, es importante señalar que la Constitución Federal de Brasil (CFB), a lo largo de su historia y desarrollo constitucional, reconoce y respeta el derecho a la propiedad y compensación en caso de expropiación. En caso de expropiación, esta solamente puede darse por motivos de utilidad o interés público. Adicionalmente, la CFB contiene provisiones que garantizan los estándares de protección de inversiones como trato justo y equitativo, responsabilidad de los actos estatales, protección de derechos adquiridos, y acceso a la justicia, entre otros (Jardim, 2011, p. 9).

Varios opositores del sistema internacional de protección de inversiones han utilizado como argumento en contra que uno de los países con mayores niveles de inversión extranjera en el mundo, como Brasil, no ha suscrito ningún TBI. Este argumento no es acertado debido a que Brasil ha suscrito alrededor de 15 TBI, aunque no los ha ratificado hasta el momento (da Motta, 2004, p.28). Como se revisó en el capítulo I, la naturaleza jurídica de un TBI es proporcionar una protección adecuada a las inversiones extranjeras que se realicen bajo sus provisiones, estableciéndose como medio de resolución de controversias el arbitraje internacional. Éste mecanismo garantiza una oportuna e independiente de cualquier controversia que surja entre el inversor y el Estado.

En el caso concreto de Brasil, pese a no tener vigente ningún TBI, su sistema judicial históricamente no ha realizado ninguna expropiación sobre bienes de inversores extranjeros, sin que la misma se haya realizado siguiendo el debido proceso y, consecuentemente, con una justa compensación (Jardim, 2011, p. 9).

Perú

A diferencia de los países mencionados anteriormente, la República del Perú no se encuentra ubicada entre el top 20 de los países con más altos niveles de inversión extranjera directa. Sin embargo, sus niveles de inversión extranjera directa no son nada despreciables. Para 2013, la inversión extranjera directa en el Perú, por ejemplo, alcanzó alrededor de los 10 mil millones de dólares, considerando que tuvo una baja de al menos el 17 % con respecto al año 2012 (UNCTAD, 2014, p. 62).

En relación a su legislación, la Constitución peruana contiene provisiones que garantizan la igualdad entre el trato de la inversión extranjera frente a la nacional (primer inciso artículo 63), el acceso a tribunales arbitrales internacionales para la resolución de controversias, (último inciso artículo 63), la inviolabilidad de la propiedad privada (artículo 70), entre otras. En la legislación de inferior jerarquía se encuentra que el Perú cuenta con dos leyes que regulan la inversión extranjera y privada. Estas leyes son la de Fomento de Inversión Extranjera (Decreto Legislativo N° 662) y la Ley Marco para la inversión privada (Decreto Legislativo N° 757). En ambas se recoge estándares de protección para la inversión extranjera y beneficios generales para los inversores extranjeros internacionales o privados dentro del país. Esta misma normativa recoge la posibilidad de someter a arbitraje internacional las controversias que surjan entre inversores extranjeros y el Estado peruano (artículos 47 y 48 decreto Legislativo N° 757).

Adicional a la normativa nacional, el Estado peruano a suscrito varios instrumentos internacionales que promueven y protegen la inversión extranjera. Es así que hasta la fecha ha suscrito alrededor de 30 TBI con países de todo el

mundo, de los que su mayoría se encuentran vigentes y aplicables. Además, ha suscrito Tratados de Libre Comercio, al igual que Colombia, los cuales contienen capítulos sobre el tratamiento de inversiones y la posibilidad de acudir a arbitraje internacional. El Perú también ha suscrito el Convenio de Washington en septiembre de 1991 y el Convenio Constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantías en diciembre del mismo año (Cantuarias, 2004).

4.2.2 NIVELES DE INVERSIÓN EXTRANJERA Y COMPARACIÓN CON EL CASO ECUATORIANO

A diferencia de Colombia, Brasil y Perú, el Ecuador no ha sido tan exitoso en atraer inversión extranjera directa. Es así que, en 2013 a penas el Ecuador logró captar cerca de 700 millones de dólares mientras que el monto total de inversión que ingresó a Colombia en ese mismo año fue de 17 mil millones de dólares. Es decir, el Ecuador no alcanzó sino apenas el 4,1 % de la inversión extranjera directa alcanzada por su vecino. En la siguiente tabla se detallan los montos de inversión extranjera desde el 2009 hasta el 2013 comparados con los montos de Colombia, Brasil y Perú.

Tabla 6. Comparación niveles de inversión extranjera del Ecuador

Montos de Inversión Extranjera en Millones de Dólares						
Año País	2009	2010	2011	2012	2013	Total acumulado
Ecuador	308	163	644	585	703	2403
Colombia	7137	6746	13405	15529	16772	59589
Perú	6431	8455	8233	12240	10172	45531
Brasil	25949	48506	66660	65272	64045	270432

Tomado de UNCTAD, 2014, p. 207

Nota: En la Tabla 6 se puede observar los montos de inversión extranjera del Ecuador desde el año 2009 con respecto de los montos de Colombia, Brasil y Perú.

Como se puede observar, en los 2 años posteriores a la aprobación de la Constitución del Ecuador en octubre de 2008, los niveles de inversión extranjera decrecen en un 52,9 % en el 2010, período en el cual también iniciaron algunos de los procesos de denuncia de los TBI firmados por el Ecuador. En comparación con los demás países mencionados, el Ecuador ocupa el último lugar en niveles de inversión con apenas 2403 mil millones de dólares en 5 años, cuando Brasil en el mismo período de tiempo logró la importante suma 270.432 mil millones de dólares.

Se identifica que debido a los procesos políticos que se han vivido en el Ecuador, y en estrecha comparación con sus vecinos, se ha presentado un panorama ante la comunidad internacional poco favorable para los inversores extranjeros. Esto se ha dado no solamente por la adopción de una carta fundamental que pretende limitar al arbitraje internacional como tal, sino por las actuaciones del gobierno nacional en este sentido. Por ejemplo, se identifica que miembros del CAITISA, en declaraciones a la prensa, en su sitio web y en sus primeras aproximaciones sobre los TBI firmados por el Ecuador, han señalado que no hay una prueba fehaciente de que los niveles de inversión extranjera están directa y proporcionalmente relacionados con el número de TBI que tenga un país. Sin embargo, de los datos observados en la Tabla 6 se identifica que luego de la promulgación de la Constitución ecuatoriana y de la decisión política de terminar algunos de los TBI que el Ecuador ha firmado, la inversión extranjera ha disminuido con ligeras recuperaciones en el año 2011 y 2013, pero sin discontinuar una tendencia decreciente a diferencia de sus vecinos que han experimentado aumentos en sus niveles de inversión extranjera.

4.3 VENTAJAS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES

Como se ha estudiado en el capítulo I, el Derecho de Inversiones concebido desde el momento de la planificación, desarrollo y finalización de la inversión, fue establecido por los países exportadores de capital, ya que se debía poner

un límite razonable al riesgo que recaían sobre las inversiones que sus nacionales realizaban en otros países.

Un inversor extranjero necesita de estándares mínimos de seguridad para que su inversión se desarrolle con normalidad, específicamente en el supuesto caso que una controversia inversor-Estado surja. De suceder bajo los principios del TBI, esta podrá ser tratada sin discriminación y sobretodo con la oportunidad de que sea resuelta a través de un proceso legal oportuno e imparcial. Para ello, con la institucionalización del arbitraje internacional de inversiones se puede cumplir con estos requerimientos de los inversores extranjeros, sobretodo en sistemas judiciales que carecen de independencia tanto interna como externa como es el caso del Ecuador (Garzón et al, 2012).

En el caso del Ecuador, el panorama para los inversores extranjeros se vuelve un tanto comprometido, ya que según el *Corruption Perception Index* de 2014, emitido por la organización no gubernamental *Transparency International*, el Ecuador se encuentra en el lugar 110 de 174 en el ranking de países corruptos (2014, p. 3). En vista de ello, para el inversor extranjero es importante encontrar una alternativa que proteja su inversión cuando la institucionalidad y transparencia de un país está en duda. En tal virtud, el arbitraje internacional de inversiones, recogido en un TBI o en un contrato de inversión, no sólo es importante para las decisiones personales que deba realizar un inversor sobre su inversión misma, sino que implica un incentivo o antecedente positivo en el crecimiento y desarrollo económico de un país. En este contexto, Schill señala que:

La existencia de estas instituciones es crucial no solo para las decisiones individuales de inversión, sino también para los impactos de crecimiento económico y desarrollo. De hecho, el enlace entre la protección del derecho de propiedad, la ejecución de contratos, el gobierno de acuerdo al debido proceso y la resolución de controversias

por cortes independientes, por un lado; y el crecimiento macroeconómico, por otro, esta resaltado por las instituciones económicas y reforzado por estudios teóricos empíricos. Inversamente, la falta de estas instituciones es ampliamente considerada como una de las razones para los bajos niveles de inversión, bajos ingresos y subdesarrollo. Aunque, incrementos en los flujos de inversión extranjera puedan no crear crecimiento por si mismos, protegiendo el derecho de propiedad, la ejecución de contratos, el gobierno de acuerdo al debido proceso y la resolución de controversias por cortes independientes es crucial para el incremento de la actividad económica a través de la inversión doméstica, extranjera y de forma general el crecimiento económico. La actividad de inversión extranjera, en cambio, es así ampliamente considerada al tener impactos positivos en la economía del Estado receptor (2009, p.3)

La protección que proporciona un TBI a un proceso de inversión extranjera, a través de sus estándares de protección así como con el arbitraje internacional, es necesaria para mitigar los riesgos a largo plazo que una inversión pueda tener; ya que éste le otorga la estabilidad y predictibilidad para que el clima de inversión sea más favorable para el inversor en un determinado país (Dolzer y Schreuer, 2008, p. 22). En relación al último elemento señalado, sobre la estabilidad y predictibilidad que debe existir sobre un proceso de inversión, las decisiones de los tribunales arbitrales también deben aportar a ese esfuerzo. Es así que, en el caso *Nº ARB/03/19 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina*, en la decisión sobre responsabilidad que el CIADI emitió el 30 de julio de 2010, se estableció lo siguiente:

(...) Adicionalmente, un objetivo reconocido del derecho internacional de inversiones es establecer una estructura legal, estable y previsible para las inversiones; un factor que justifica que tribunales consideren debidamente decisiones previas en casos similares. Así, sin razones convincentes en sentido contrario, un tribunal deberá siempre considerar las soluciones establecidas en una serie de casos consistentes (...)

Con esta resolución, se intenta establecer que una de las ventajas del arbitraje internacional de inversiones es establecer la claridad y certeza con que se debe tratar un proceso de inversión extranjera. Sin embargo, se debe señalar que en el actual sistema internacional de protección de inversiones no existe un sistema jurisprudencial de precedentes.

El arbitraje internacional de inversiones ofrece la resolución de una controversia a través de estándares y procedimientos que no dependen de la influencia de lo político o *bias* del país anfitrión de la inversión (OECD, 2006, p. 189). Adicionalmente, dentro de un proceso de arbitraje internacional, las partes tienen la facultad de seleccionar sus propios árbitros (en función del número de árbitros que integre el tribunal) los cuales gozan de su plena confianza y que tengan la suficiente experticia para resolver la controversia con la confidencialidad que amerite la misma (Schreuer, s.f., p. 3).

Asimismo, el arbitraje internacional de inversiones no sólo se vuelve beneficioso para el inversor extranjero sino para el país receptor de la inversión, ya que al ofrecer esa posibilidad de resolución de controversias al inversor, ayuda a que este último se anime a realizar una determinada inversión, incentivándola. Por otro lado, en términos de Schreuer, el país receptor de la inversión se protege de otras formas de litigio internacional y presión política como la protección diplomática (s.f., p. 4). En ese contexto, en el caso *Amco c. Indonesia*, según la decisión sobre jurisdicción de 1983, el tribunal arbitral del CIADI manifestó que la protección de la inversión extranjera constituye la protección de los intereses generales de desarrollo de los países subdesarrollados.

4.4. CRÍTICAS AL SISTEMA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES

Pese a la cantidad de beneficios que presenta el arbitraje internacional, así como el derecho de inversiones en su función, varios cuestionamientos y críticas se han planteado en la comunidad internacional. Entre estas se sostiene que el arbitraje internacional en materia de inversiones adolece de

inconsistencia y contradicción en sus fallos, falta de transparencia durante el proceso arbitral, entre otras (Schreuer, s.f., p. 5). Se le atribuye también al arbitraje de inversiones que ha contribuido a la fragmentación del derecho internacional, ya que se ha establecido varios mecanismos de solución de controversias y esto podría implicar que en la variedad de mecanismos también se observe la diversidad y falta de consistencia en las soluciones a controversias similares (Brown y Miles, 2011, p. 339).

En 2012, se publicó una investigación llamada *Profiting from Injustice*, elaborada conjuntamente por el *Corporate Europe Observatory* y el *Transnational Institute*. En esta publicación se hace una dura crítica al sistema internacional de protección y promoción de inversiones, haciendo énfasis en la perspectiva del Estado y las implicaciones en su soberanía al someterse a arbitraje internacional. A continuación se resume las principales críticas de investigación antes publicada:

1. Existe un importante aumento de los procesos arbitrales internacionales en materia de inversiones en las últimas décadas lo cual ha llevado a que abogados y firmas especializadas en derecho de inversiones se beneficien de los honorarios extravagantes percibidos por los servicios jurídicos que prestan tanto a los inversores como a Estados en arbitrajes de inversiones; dinero que sale de los bolsillos de los ciudadanos.
2. Existe un reducido número de firmas y abogados internacionales que se benefician de representar a clientes en arbitrajes internacionales y normalmente estos abogados actúan tanto como asesores y árbitros lo cual compromete su parcialidad.
3. La posición de los abogados y de las firmas especializadas en derecho de inversiones es más favorable a los inversores y en ese contexto promueven y aconsejan a sus clientes inversores a demandar a Estados; y, a sus clientes Estados a firmar la mayor cantidad de TBI posibles.

4. Firmas y abogados han utilizado la academia como el escenario para la promoción del sistema internacional de protección y promoción de inversiones.
5. El sistema de protección y promoción de inversiones se ve influenciado por firmas financieras que especulan en procesos arbitrales financiándolos e impulsándolos para obtener réditos económicos (2012, pp. 7-9)

Es importante señalar que esta investigación resume las principales críticas que se ha hecho en contra del arbitraje de inversiones en la comunidad internacional pero la imparcialidad en su elaboración es cuestionable. Cecilia Olivet, una de las autoras y coordinadoras principales de esta investigación, es una de los miembros del CAITISA, nombrada por el gobierno ecuatoriano y bajo la dirección del SENPLADES para la auditoria de los TBI celebrados por el Ecuador. Ello podría derivar, entonces, en su posición radical en contra del sistema de protección y promoción de inversiones ha sido bastante clara.

4.4.1 RESPUESTA A LAS CRÍTICAS DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

En respuesta a las críticas planteadas al sistema internacional de protección y promoción de inversiones y como una solución al problema de imparcialidad, acceso a la información y transparencia; en julio de 2013, la UNCITRAL adoptó las Reglas UNCITRAL de transparencia en arbitraje internacional entre Estados e inversores extranjeros. Este nuevo reglamento esta orientado a garantizar la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados. El mismo entró en vigencia en el abril del 2014 y sirve como modelo de transparencia para los procesos arbitrales, ya que normalmente ningún reglamento antes de la creación de éste, garantizaba la transparencia y el acceso a la información dentro del proceso arbitral.

Para la implementación de este nuevo reglamento se modificó las Reglas de Arbitraje UNCITRAL de 2010 y, actualmente, para someter arbitrajes bajo la administración de las Reglas de Arbitraje UNCITRAL se debe necesariamente

utilizar el reglamento sobre transparencia a menos que las partes pacten lo contrario (Investment Treaty News, 2013, p. 3-5).

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES

1. El Derecho de Inversiones es un mecanismo que fue y continúa siendo impulsado por países exportadores de capital, con finalidad de proteger sus intereses económicos en inversiones de sus nacionales fuera de sus fronteras. Sin embargo, también representa actualmente ciertas ventajas para los países receptores de la inversión ya que la posibilidad de acogerse a un proceso arbitral internacional podría ser un elemento importante al momento de la decisión de un inversor.
2. La Doctrina Calvo determina que las controversias surgidas entre nacionales de un país extranjero y un país anfitrión, por motivos de una inversión, deben solucionarse ante las cortes del país anfitrión, ya que estas son las únicas competentes para resolver cualquier controversia. Dentro de esta doctrina el inversor extranjero no puede tener un trato preferencial ni diferenciado, por lo que finalmente fue rechazada y no tuvo acogida a nivel internacional. No obstante, países como Ecuador, Venezuela y Bolivia, los cuales denunciaron el Convenio de Washington, han considerado de nuevo esta doctrina como válida en la relaciones entre el Estado y sus inversores extranjeros.
3. La proliferación de TBI ha causado la fragmentación del Derecho de Inversiones en el mundo, ya que se han creado regímenes bilaterales y diferenciados. No obstante, se puede observar una nueva integración en las fuentes del Derecho de Inversiones, ejemplo de ello tenemos el NAFTA y el Energy Charter, lo cual ha sido positivo ya que permite retomar la institucionalización del Derecho de Inversiones en el mundo.
4. El Derecho Constitucional Ecuatoriano, históricamente desde 1830, ha presentado un tratamiento limitado sobre los derechos de propiedad e igualdad ante la ley entre nacionales y extranjeros. No sino a partir de la Constitución de 1967, la inversión extranjera empezó a ser regulada por el Derecho Constitucional Ecuatoriano. En la carta fundamental vigente

se ha establecido que el Estado ecuatoriano promoverá la inversión extranjera, pero no dejó en claro si la misma tendrá igualdad con respecto de la inversión nacional. En ese vacío constitucional, el Plan Nacional del Buen Vivir ha determinado que la inversión extranjera directa se limite a un rol únicamente complementario, lo cual no es congruente con el estándar internacional de trato justo y equitativo.

5. El COPCI contiene dentro de sus disposiciones al Contrato de Inversión, el mismo que ofrece, en menor cobertura, estándares de protección similares a los establecidos en un TBI. Para acceder a la protección de los estándares del COPCI no se necesita suscribir un contrato de inversión, pero sí para obtener la estabilidad de los beneficios tributarios. El COPCI, en relación a anteriores leyes, ha sido más exitoso en atraer inversión extranjera directa, ya que desde su promulgación se han suscrito más Contratos de Inversión que con la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones. Sin embargo, se observa que los niveles de inversión extranjera en el Ecuador han disminuido durante los últimos siete años. Esto permite entender que a pesar del relativo éxito del COPCI, en lo relativo a Contratos de Inversión, los montos o niveles de inversión extranjera directa han disminuido progresivamente, lo que deja en claro que de alguna forma se debe reformular los beneficios y virtudes de este Contrato de Inversión para que se convierta en un instrumento más efectivo.
6. El arbitraje internacional es un mecanismo de resolución de controversias que permite la oportuna e independiente resolución de un conflicto. No obstante de las críticas que existen hacía el arbitraje internacional de inversiones, el Ecuador ha ganado más veces de las que ha perdido ante tribunales arbitrales. Hasta el año 2012 ganó 7 procesos arbitrales y perdió 5. En ese contexto, dentro del COPCI y los Contratos de Inversión firmados por Ecuador, se recoge la posibilidad de someter controversias surgidas de inversiones extranjeras ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya con sede en Chile. Esto es un signo positivo toda vez que se puede verificar que por parte del Estado

se reconocen las virtudes del arbitraje internacional y sus ventajas frente a los inversores extranjeros.

7. La limitante contenida en el artículo 422 de la Constitución, en relación al arbitraje internacional, solamente se verifica en la celebración de tratados internacionales en los que se ceda jurisdicción soberana en temas contractuales o comerciales, mas no en controversias surgidas por procesos de inversión extranjera. Adicionalmente, se identificó que el Estado ecuatoriano no tiene la competencia exclusiva sobre controversias internacionales; por lo tanto, no puede considerarse que a someter controversias a arbitraje internacional implique la cesión de jurisdicción. No obstante la intención de limitar al arbitraje internacional a través de disposiciones constitucionales y dictámenes de la Corte Constitucional, el arbitraje de inversiones sigue vigente. Esta vigencia está dada en virtud de que varios de los TBI que el Ecuador suscribió siguen vigentes ya sea porque no han concluido el proceso de denuncia o a pesar de haber sido denunciados formalmente, tienen cláusulas de supervivencia que extienden su aplicabilidad por 10, 15 o 20 años posteriores a su denuncia. Adicionalmente, el COPCI recoge la posibilidad de acudir a arbitraje internacional por controversias dentro de un contrato de inversión.
8. Países de la región han desarrollado su política pública para atraer inversión extranjera, lo que les ha permitido tener más altos niveles de inversión extranjera en comparación con la situación del Ecuador. Dichos países tienen diferencias institucionales dentro de su Derecho de Inversiones, que responde a un entendimiento soberano de la inversión y su reglamentación internacional. Estos Estados mantienen vigentes varios instrumentos, nacionales e internacionales, que protegen la inversión extranjera directa. En un caso excepcional, se ha identificado que Brasil siendo el país que tiene los más altos índices de inversión extranjera directa en la región, no mantiene vigentes instrumentos internacionales que la protejan. Esto acentúa la posición de que la suscripción de TBI o instrumentos de protección de inversiones no son

determinantes en los niveles de inversión extranjera por lo menos para ese país. Sin embargo, el Derecho de Inversiones y el arbitraje internacional sí representan una ventaja para el inversor extranjero, debido a que le otorga un foro especializado para la resolución de sus controversias.

9. El arbitraje de inversiones le otorga la oportunidad al inversor extranjero para que las controversias, que surjan en relación a su inversión, puedan ser atendidas ante un organismo internacional, independiente, capacitado y eficiente. Se han encontrado varias críticas al mismo en relación a su imparcialidad al momento de expedir sus decisiones, debido a que muchas veces estas revisan decisiones de política pública que de alguna u otra forma afectan al inversionista. En ese sentido y como respuesta, la UNCITRAL en el año 2013 estableció las reglas de transparencia entre Estados e inversores extranjeros cuando sometan sus controversias a procesos arbitrales. De lo cual se espera que los futuros procesos arbitrales que se regulen por esta normativa sean más eficientes y transparentes para el escrutinio público.
10. Dentro del Ecuador se ha establecido el CAITISA con la finalidad de realizar una auditoria sobre los TBI y la incidencia de estos en los niveles de inversión extranjera directa en el país. En ese sentido, esta comisión tiene a su cargo la responsabilidad de recomendar la adopción de medidas correctivas en contra de las consecuencias de la suscripción de TBI. Sin embargo, el gobierno ecuatoriano, desde el año 2010, ha iniciado procesos de denuncia de TBI antes de la misma creación de la comisión.

CAPÍTULO 6

RECOMENDACIONES

1. Se debe realizar un análisis comparativo y profundo para identificar las diferentes ventajas que ofrece el Derecho de Inversiones cuando el instrumento de protección es un TBI y cuando es un Contrato de Inversión, así como para identificar los posibles efectos colaterales y beneficios extras del uso de este tipo de instrumentos.
2. Es importante analizar si la aplicación de la Doctrina Calvo en las relaciones entre inversores extranjeros y Estado en la actualidad es ventajosa o perjudicial para el Ecuador, para así determinar si existen otras alternativas más convenientes. Si bien la Doctrina Calvo fue concebida para proteger la soberanía de un país y evitar la interferencia de terceros en asuntos internos, es importante señalar las consecuencias de esto ante la comunidad internacional.
3. Se debe realizar un análisis en el cual se establezca si el Ecuador podría unirse a esta tendencia de la multilaterización del Derecho de Inversiones y cual sería la alternativa más idónea. En ese sentido sería importante determinar las posibles ventajas o desventajas del futuro Centro de Resolución de Controversias de la UNASUR, ya que si bien se conseguiría una institucionalización del Derecho de Inversiones en Sudamérica, esto implicaría también el nacimiento de un sistema paralelo y diferenciado del ya existente de lo cual se debe evaluar sus beneficios y perjuicios.
4. Se debe analizar los resultados obtenidos de la política pública del Plan Nacional del Buen Vivir, específicamente al objetivo 8 que se refiere a temas de carácter económico. Este análisis se tiene que realizar en relación del sistema internacional de protección y promoción de la inversión extranjera, específicamente en el tema del no cumplimiento del estándar de trato justo y equitativo de la inversión extranjera con relación a la inversión nacional, cuando se le otorga un rol secundario y no del

mismo nivel. Ya que si bien la política pública está destinada a cumplir un fin social, la misma puede contravenir un sistema internacional ya establecido y en definitiva no provocar los resultados deseados.

5. En virtud de que el Contrato de Inversión del COPCI se planteó para atraer inversión extranjera directa y con la finalidad de que se consolide en un instrumento que contribuya al crecimiento económico del país, se requiere profundizar en un análisis que identifique su verdadera efectividad. Para ello sería vital que se revise el catálogo de estándares de protección y que el mismo aumente y se nutra de la práctica internacional. Esto con la finalidad de sustituir la necesidad de suscripción de TBI y así los inversores extranjeros se vean completamente protegidos y confíen en invertir en el Ecuador.
6. Se debe analizar si existen otros centros de arbitraje internacional idóneos en el mundo para que el inversor extranjero tenga mayores opciones al momento de la negociación del contrato e inversión. Ya que se debe tomar en cuenta que los inversores vienen de diferentes partes del mundo y en tal virtud ofrecerles más opciones de centros que solucionen sus posibles controversias sería de beneficio para la relación entre Estado e inversores.
7. Con motivo de generar certeza sobre las actuaciones de las autoridades públicas, la Corte Constitucional, a petición de la ciudadanía o de oficio, debería emitir un dictamen interpretativo del artículo 422 de la Constitución para que se establezca con precisión el alcance de los términos de esta disposición y así clarificar si el arbitraje internacional de inversiones también se encuentra limitado. Con ese dictamen interpretativo se puede brindar seguridad jurídica, tanto al inversionista nacional como extranjero, sobre el régimen legal del arbitraje internacional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.
8. Es importante que se determine cuales son las causas que han permitido que Perú, Colombia y Brasil tengan una ventaja importante sobre Ecuador en la atracción de inversión extranjera al país. En ese contexto también se debe analizar cual es la incidencia directa de la

suscripción o no de TBI en los niveles de inversión extranjera en el Ecuador y cuales serían las posibles alternativas para que la inversión extranjera aumente y cumpla con los objetivos de crecimiento económico y desarrollo del país.

9. Una vez en vigencia y ejecución las reglas UNCITRAL de transparencia entre Estados e inversores extranjeros, sería importante analizar si esta respuesta a las críticas al sistema internacional de protección y promoción de inversiones ha sido suficiente para devolver la credibilidad que necesita el mismo con la finalidad de cumplir con los objetivos para los cuales se estableció.
10. Es importante analizar si el trabajo realizado por la CAITISA ha llevado a un beneficio determinado para el país y que sus conclusiones y recomendaciones se puedan aplicar sin perjudicar la institucionalidad e imagen del Ecuador en el exterior. Así se podría crear un precedente, no solo a nivel nacional, sino local de las incidencias del arbitraje internacional en materia de inversiones.

7. REFERENCIAS

- AES Corporation c. Argentina (CIADI N°. ARB/02/17), decisión sobre Jurisdicción del 26 de abril de 2005.
- Aguinda, María c. Chevron Corporation (Corte Nacional de Justicia del Ecuador), sentencia de casación del 12 de noviembre de 2013.
- Alschner, W., Berdajs, A. y Lanovoy V. (2010). *Legal basis and effect of denunciation under international investment agreements*. Recuperado el 10 de febrero de 2015 en [http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/Law2/Clinic/UNCTAD%20International%20Investment%20Treaties%20Denuciations%20\(final%20-%20June\).pdf](http://graduateinstitute.ch/files/live/sites/iheid/files/sites/ctei/shared/CTEI/Law2/Clinic/UNCTAD%20International%20Investment%20Treaties%20Denuciations%20(final%20-%20June).pdf)
- Amco c. Indonesia (CIADI N° ARB/81/i), decisión sobre jurisdicción del 25 septiembre de 1983.
- Andrade, X. (2009). *Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana*. Recuperado el 1 de febrero de 2015 en http://www.andradeveloz.com/newSite/descargas/publicaciones/breves_reflexiones_sobre_el_arbitraje_en_la_nueva_constituci%C3%B3n_ecuatoriana.pdf
- Ayala, M. (1993). *Resumen de historia del Ecuador*. Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Baker & MacKenzie International. (2005). *Doing Business in Colombia: Latin America*. Recuperado el 13 de febrero de 2015 en http://www.bakermckenzie.com/files/Uploads/Documents/LATAX%202010/09_General%20Publications/db_04_colombia.pdf
- Bjorklund, A. y Reinisch, A. (editores.). (2012). *International Investment Law and Soft Law*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited
- Brown, C. y Miles, K (editores.). (2011). *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. United Kingdom: Cambridge University Press.

- Cantuarias, F. (2004). *La Utilización de la Vía Arbitral en la Solución de Conflictos entre el Estado Peruano y los Inversionistas en Revista de Derecho* No 48. Lima: Themis.
- Cheng, B. (1994). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 351, el 29 de diciembre de 2010.
- Código Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 46, el 24 de junio de 2005.
- Constitución de La Gran Colombia de 1830, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 1 de enero de 1830.
- Constitución Política del Ecuador de 1830, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 14 de junio de 1830.
- Constitución Política del Ecuador de 1835, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 13 de agosto de 1835.
- Constitución Política del Ecuador de 1843, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 1 de abril de 1843.
- Constitución Política del Ecuador de 1845, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 3 de diciembre de 1845.
- Constitución Política del Ecuador de 1851, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 25 de febrero de 1851.
- Constitución Política del Ecuador de 1852, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 6 de septiembre de 1852.
- Constitución Política del Ecuador de 1861, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 2 de mayo de 1861.
- Constitución Política del Ecuador de 1869, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 28 de julio de 1869.
- Constitución Política del Ecuador de 1878, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 31 de marzo de 1878

- Constitución Política del Ecuador de 1884, publicada en el Diario de la Convención Nacional el 4 de febrero de 1984.
- Constitución Política del Ecuador de 1897, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°. 272, del 14 de enero de 1897.
- Constitución Política del Ecuador de 1906, publicada en el Registro Oficial N°. 262, del 24 de diciembre de 1906.
- Constitución Política del Ecuador de 1929, publicada en el en el Registro Oficial N°. 138, del 26 de marzo de 1929.
- Constitución Política del Ecuador de 1945, publicada en el en el Registro Oficial N°. 228, del 6 de marzo de 1945.
- Constitución Política del Ecuador de 1946, publicada en el en el Registro Oficial N°. 773, del 31 de diciembre de 1946.
- Constitución Política del Ecuador de 1967, publicada en el Registro Oficial N°. 133, del 25 de mayo de 1967.
- Constitución Política del Ecuador de 1979, publicada en el Registro Oficial N°. 800, del 27 de marzo de 1979.
- Constitución Política del Ecuador de 1998, publicada en el Registro Oficial N°. 254, del 11 de agosto de 1998.
- Constitución Política del Ecuador de 2008, publicada en el Registro Oficial N°. 449, del 20 de octubre de 2008
- Convención de Washington de 1965, publicado en el Registro Oficial N° 386 el 3 de marzo de 1986.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, publicado en el Registro Oficial N°. 6, el 28 de abril de 2005.
- Convención de Nueva York, publicado en el Registro Oficial N°. 43, el 29 de diciembre de 1961.
- Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, publicado en el Registro Oficial N°. 389, el 6 de marzo de 1986.

Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones, publicado en el Registro Oficial Suplemento N°. 153, el 25 de noviembre de 2005.

d' Aspremont, J. (2011). *International Customary Investment Law: Story of a Paradox*. Recuperado el 1 de noviembre de 2014 de <http://hdl.handle.net/11245/2.137341>

da Motta, P. (2004). *Foreign Direct Investment in Brazil: regulation, flows and contribution to development*. Recuperado el 11 de febrero de 2015 en http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_country_report_brazil.pdf

Decisión 291 Comunidad Andina de Naciones, publicada en el Registro Oficial Suplemento N°. 682, el 13 de mayo de 1991.

Decreto Ejecutivo N°.1506 (CAITISA), publicado en el Registro Oficial N°. 958, el 21 de mayo de 2013.

Dolzer, R. y Schreuer, C. (2008). *Principles of International Investment Law*. Great Britain: Oxford University Press.

Eberhardt, P. y Olivet, C. (2012). *Profiting from Injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Bruselas y Ámsterdam: Corporate Europe Observatory y Transnational Institute.

El Telégrafo. (2014). *Artículo de prensa: Ecuador captará 4200 millones en inversiones*. Recuperado el 12 de enero de 2015 de <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/ecuador-captara-4-200-millones-en-inversiones.html>

Energy Charter Secretariat. (s.f.). *The Energy Charter Treaty: A reader's guide*. Brussels: EC Secretariat.

Energy Charter Treaty suscrito en diciembre de 1994 y vigente desde abril de 1998.

Eslovaquia c. Hungría (*Gabčíkovo-Nagymaros*) Opinión Separada del Juez Koroma de la sentencia de Corte Internacional de Justicia del 25 de septiembre de 1997

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, publicado en el Registro Oficial N°. 461, el 18 de diciembre de 1945.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 153, el 25 de noviembre de 2005.

Gaibor, C. (2012). *El Estado Ecuatoriano y los Arbitrajes de Inversión*.

Recuperado el 15 de enero de 2015 de

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Chris.pdf>

Garzón, B., Escobar, C., Hornkhol, M., Garcia, M., Folonier R. y Muñoz, P.

(2012). *Informe Veeduría Internacional para la Reforma de la Función*

Judicial del Ecuador. Recuperado el 15 de febrero de 2015 en

<http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/comunicacion/documentos/informeveeduria.pdf>

Gozzi, E. y Tappatá, R. (2010). *La Misión Kemmerer*. Recuperado el 15 de diciembre de 2014 de

http://www.fitproper.com/documentos/proprios/Mision_Kemmerer.pdf

Informe de Mayoría sobre el Articulado Constitucional Referido a Tratados e Instrumentos Internacionales, elaborado por la mesa 9 de la Asamblea Nacional Constituyente en abril del 2008.

International Bar Association. (2012). *Arbitration Guide IBA Arbitration*

Committee: Colombia. Recuperado el 13 de febrero de 2015 en

<http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A20A3580-B72B-405D-B572-B2245A4F726E>

Investment Treaty News. (2013). *Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible*. N° 4.

Tomo 4. Recuperado el 16 de febrero de 2015 en

http://www.iisd.org/pdf/2013/iisd_itn_sept_2013_es.pdf

Jardim, P. (2011). *Are Investment Protection Mechanisms Provided by Brazilian Law as Effective as Stabilization Clauses for Petroleum Investments*.

Recuperado el 12 de febrero de 2015 en

https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.dundee.ac.uk%2Fcepmlp%2Fgateway%2Ffiles.php%3Ffile%3Dcepmlp_car15_24_203116312.pdf&ei=ulDhVKfTGciuggSd6YKQDg&usg=AFQjCNHHAGnsbydNOVjTPw4WS2bdTYueiQ&bvm=bv.85970519,d.eXY

Karadelis, K. (2014). *Ecuador fails to disqualify Chevron tribunal*. Recuperado el 30 de diciembre de 2014 en

<http://globalarbitrationreview.com/news/article/33209/%20ecuador-fails-disqualify-chevron-tribunal/>

Lennart, L. (2006). *Dispute Resolution Mechanisms of the Energy Charter Treaty in Investor – State Disputes*. Recuperado el 1 de noviembre de 2014 en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1333735>

Ley de Protección y Garantía de las Inversiones, publicada en el Registro Oficial N°. 219, el 19 de diciembre de 1997.

Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial 417, el 14 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica de Incentivos a la Producción y Prevención del Fraude Fiscal, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 405, el 29 de diciembre de 2014.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial 312, el 13 de abril de 2004.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento 395, el 4 de agosto de 2008.

Ley Orgánica de la Función Legislativa publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 642, el 27 de julio de 2009.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento 52, el 22 de octubre de 2009.

- Ley Orgánica de la Función Legislativa publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 642, el 27 de julio de 2009.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Registro Oficial Suplemento 52, el 22 de octubre de 2009.
- Lipsey, R. y Meller, P (editores.). (1996). *Nafta y Mercosur: Un diálogo Canadiense-Latinoamericano*. Santiago, Chile: Dolmen Ediciones S.A.
- London Court of International Arbitration. (2012). *Arbitration International: The Journal of the London Court of International Arbitration*. (Vol. 8, núm. 4). United Kingdom: KluwerLaw Intrnational, LCIA.
- Mazorati, O. (2003). *Derecho de los Negocios Internacionales. (3ra. Ed.)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. United Kingdom: Cambridge University Press.
- Montt, S. (2009). *Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Great Britain: Hart Publishing.
- Montt, S. (s.f.). *What International investment law and Latin America can and should demand from each other*. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT Generation. Recuperado el 15 de octubre de 2014 de <http://www.iilj.org/gal/documents/SantiagoMontt.GAL.pdf>
- Newcombe, A. y Paradell, LI. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of treatment*. Great Britain: Kluwer Law International.
- OECD. (2006). *International Investment Perspectives*. Paris: OECD Publishing.
- OXY c. La Republica del Ecuador (CIADI N° ARB/06/11), laudo final publicado el 5 de octubre de 2012.
- Panevezys-Saldutiskis Caso Railway (Corte Permanente de Justicia Internacional PCIJ Ser. A/B 1939)

- Pazmiño, A. (2014). *Temas Arbitrales: El Control Judicial en el Arbitraje y los Diferentes Centros de Arbitraje a Nivel Mundial*. Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Peterson, L. (2011). *Investment Treaty News: 2006 – A Year in Review*. Canada: International Institute for Sustainable Development.
- Plan Nacional del Buen Vivir 2013 – 2017, publicado en el Registro Oficial Suplemento N°. 78, el 11 de septiembre de 2013.
- Procuraduría General del Estado. (2014). *Boletín de Prensa CS/36: Secretario de la Corte Permanente de Arbitraje rechaza la recusación del tribunal presentada por Ecuador*. Recuperado el 25 de noviembre de 2014 en <http://104.130.171.14/index.php/rotativo/2146-en-caso-chevron-iii-fue-rechazada-la-recusacion-del-tribunal-presentada-por-ecuador>
- Proyecto de Ley Orgánica de Inmunidad para los Miembros que Integran la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA).
- Procuraduría General del Estado. (2014). *Caso OXY: Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en Derecho del Estado Ecuatoriano*. Quito: PGE.
- Procuraduría General del Estado. (s.f.). *Cuadro de Casos Dirección Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje*. Recuperado el 15 de enero de 2015 de <http://www.pge.gob.ec/index.php/documents/transparencia/645-cuadro-de-casos-internacional>
- Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento 588, el 12 de mayo de 2009.
- Reglamento a la Ley de Protección y Garantía de las Inversiones, publicada en el Registro Oficial N°. 252, el 25 de enero de 2001.
- Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional publicado en el Registro Oficial Suplemento 127, el 10 de febrero de 2010.

- Resolución Consejo Sectorial de la Producción, Comercio e Inversiones N°. 2, publicada en el Registro Oficial N°. 874, el 18 de enero de 2013.
- Resolución Servicio de Rentas Internas N°. NAC-DGER2008-0182, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N°. 285, el 29 de febrero de 2008.
- Rogers, C. y Alford, R (editores.). (2009). *The Future of Investment Arbitration*. Great Britain: Oxford University Press.
- Rubino, M. (2001). *International Arbitration: Law and Practice. (2sd. ed.)* The Netherlands: Kluwer Law International.
- Sasse, J. (2011). *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*. The Netherlands: Gabler Verlag.
- Sauvant, K. y Sachs, L (editores.). (2009). *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*. Unites States of América: Oxford University Press.
- Schill, S. (2009). *The Multilateralization of International Investment Law*. New York, United States: Cambridge University press
- Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., and Sinclair, A. (2009). *The ICSID Convention: A Commentary. (2sd ed.)*. New York, United States: Cambridge University Press.
- Subedi, S. (2008). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Great Britain: Hart Publishing.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina (CIADI N° ARB/03/19), decisión sobre responsabilidad, publicada el 30 de julio de 2010.
- Schreuer, C. (2011). *The Future of Investment Arbitration*. Recuperado el 14 de febrero de 2015 en http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf

Tratado Bilateral de Protección Recíproca de Inversiones, celebrado entre Finlandia y Egipto, en vigencia desde el 5 de febrero de 2005.

Tratado Bilateral de Protección Recíproca de Inversiones, celebrado entre Alemania e Israel, firmado el 24 de junio de 1974, aún no entra en vigencia.

Tietje, C. and Buatte, T. (2014). *The Impact of Investor State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Study prepared for the Ministry of Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands*. Reference: MINBUZA-2014.78850. Recuperado el 10 de octubre de 2014 de <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2014/06/24/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip/the-impact-of-investor-state-dispute-settlement-isds-in-the-ttip.pdf+&cd=1&hl=nl&ct=clnk&gl=nl>

Tortian, A. (2007). *International Investment Agreements and Their Impact on Foreign Direct Investment: Evidence from Four Emerging Central European Countries. Economies and finances*. Université Panthéon-Sorbonne -Paris I, 2007.

Transparency International. (2014). *Corruption Perception Index 2014*. Berlin:Kerstin Deinert.

UNCTAD. (2003). *Dispute Settlement: International Centre for Settlement of Investment Disputes*. Recuperado el 28 de octubre de 2014 de http://unctad.org/en/docs/edmmisc232overview_en.pdf

UNCTAD. (2003). *Dispute Settlement: Permanent Court of Arbitration*. Recuperado el 27 de octubre de 2014 de http://unctad.org/es/Docs/edmmisc232add26_en.pdf

UNCTAD. (2004). *State Contracts*. Recuperado el 5 de noviembre de 2014 de http://unctad.org/en/docs/iteiit200411_en.pdf

- UNCTAD. (2010). *Denunciation of the ICSID Convention and Bits: Impact on Investor-State Claims*. Recuperado el 10 de febrero de 2015 en http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20106_en.pdf
- UNCTAD. (2014). *World Investment Report*. Switzerland: United Nations Publications.
- Vattel, E. (2008). *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature*. Estados Unidos: Liberty Fund, Inc.
- Von Bogdandy, A. y Wolfrum, R (editores.). (2004). *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. (Vol. 8). The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Voss, J. (2011). *The Impact of Investment Treaties on Contracts Between Host States and Foreign Investors*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Webb, J. (2008). *Fordham International Law Journal: Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties*. Berkeley Electronic Press. Recuperado el 20 de octubre de 2014 de <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj>
- Yukos Universal Limited c. La Federación Rusa (CPA N°. AA 227), laudo final del 18 de julio de 2014.

8. ANEXOS

ANEXO I

Disposiciones Constitucionales Históricas del Ecuador en Relación al tratamiento de la propiedad privada, el estatus jurídico de los extranjeros y la inversión extranjera.		
Cons.	Propiedad	Extranjero
1830	Art. 62.- Nadie puede ser privado de su propiedad, ni esta aplicada a ningún uso público sin su consentimiento y sin recibir justas compensaciones a juicio de buen varón.(...)	Solo normas respecto a la nacionalidad.
1835	Art. 97.- Ningún ecuatoriano será privado de su propiedad, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación, lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos.	Art. 107.- Todos los extranjeros serán admitidos en el Ecuador; y gozarán de la misma seguridad de los ecuatorianos, siempre que respeten las leyes de la República.
1843	Art. 91.- Ningún ecuatoriano será privado de su propiedad, sino en los casos codificados por la ley, para servicio público, o para utilidad común, previa indemnización a juicio de hombres buenos.	Art. 102.- Todos los extranjeros serán admitidos en el Ecuador, y gozarán en sus personas y propiedades, de la misma seguridad que los ecuatorianos, siempre que respeten las leyes de la República.
1845	Art. 118.- Garantiza también la inviolabilidad de las propiedades intelectuales; así los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones con arreglo a la atribución 12 del artículo 42; la ley les asegura la patente respectiva, o el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de publicarlo. Art. 120.- Ningún ecuatoriano podrá ser privado de su propiedad, o del derecho que a ella tuviese, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o evaluada a juicio de hombres buenos.	Art. 131.- Todos los extranjeros serán admitidos en el Ecuador, y gozarán de seguridad y libertad, siempre que respeten y obedezcan la Constitución y leyes de la República.
1851	Art. 114.- A excepción de las contribuciones establecidas por la ley, ningún ecuatoriano será privado de su propiedad para aplicarla a usos	Art. 133.- La nación concede a todos los extranjeros que residan en el Ecuador, o viajen en su territorio, la misma protección que las leyes

	públicos, salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él o evaluada a juicio de hombres buenos.	conceden a los ecuatorianos, con tal que no infrinjan éstas, ni la Constitución.
1852	<p>Art. 117.- Garantiza también la inviolabilidad de las propiedades intelectuales; así, los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones, con arreglo a la atribución 12 del artículo 40. La ley les asegura la patente respectiva o el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de publicarlo.</p> <p>Art. 119.- Ningún ecuatoriano podrá ser privado de su propiedad, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación, lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o evaluada de hombres buenos.</p>	Art. 131.- Todos los extranjeros serán admitidos en el Ecuador, y gozarán de seguridad y libertad, siempre que respeten y obedezcan la Constitución y leyes de la República.
1861	Art. 113.- Nadie podrá ser privado de su propiedad o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad pública, calificada por una ley, exija su uso o enajenación; lo que se verificará dando previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él o la suma en que aquella se avaluase, a juicio de hombres buenos.	Art. 124.- Todos los extranjeros serán admitidos en el Ecuador y gozarán de seguridad y libertad, siempre que respeten la Constitución y las leyes de la República.
1869	Art. 98.- Nadie será privado de su propiedad o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial. En caso de que la utilidad pública, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de una propiedad particular, se dará inmediatamente al dueño el precio que se ajustare con él o la suma en que se avaluare, a juicio de hombres buenos.	<p>Art. 108.- Los extranjeros serán admitidos en el Ecuador y gozarán de seguridad y libertad siempre que respeten la Constitución y las leyes de la República.</p> <p>Art. 110.- La República del Ecuador tiene el derecho de extrañar de su territorio a los extranjeros que comprometen la seguridad interior o exterior del estado; sin perjuicio de las penas que por ello merecieren.</p>
1878	Art. 17.- La Nación garantiza a los ecuatorianos: (...) 2. La propiedad con todos sus derechos; y, en consecuencia: 1. Queda abolida la	Art. 18.- Los extranjeros serán admitidos en el Ecuador, y gozarán de las garantías constitucionales en tanto que respeten la Constitución y las leyes de la República.

	<p>confiscación de bienes; 2. Nadie puede ser privado de su propiedad, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial, o de expropiación por causa de utilidad pública, hecha conforme a la ley y previa indemnización; (...)</p>	
1884	<p>Art. 25.- A nadie se le privará de sus bienes, sino en virtud de sentencia judicial, o de expropiación que, previa indemnización, se dictare, según la ley, por causa de pública utilidad.</p>	<p>Art. 8.- Una ley especial determinará que extranjeros son domiciliados así como sus derechos y deberes.</p>
1897	<p>Art. 16.- A nadie se le puede privar de sus bienes, sino en virtud de sentencia judicial, o de expropiación que, previa indemnización, se dictare, según la ley, por causa de utilidad pública.</p> <p>Art. 18.- Todos gozarán de libertad de industria, y, en los términos prescritos por la ley, de la propiedad exclusiva de sus descubrimientos, inventos y obras literarias.</p>	<p>Art. 37.- Los extranjeros serán admitidos en el Ecuador y gozarán de las garantías constitucionales en tanto que respeten la Constitución y las leyes de la República. (...)</p> <p>Art. 38.- Todo contrato que un extranjero celebre con el Gobierno o con un individuo particular, lleva implícitamente la condición de la renuncia a toda reclamación diplomática.</p>
1906	<p>Art. 26.- El Estado garantiza a los ecuatorianos: (...) 4. El derecho de propiedad. Nadie puede ser privado de sus bienes, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por causa de utilidad pública. En este segundo caso, se indemnizará previamente al propietario, el valor de la cosa expropiada; (...)</p>	<p>Art. 23.- Todo contrato que un extranjero o una compañía extranjera, celebre con el Gobierno, o con un individuo particular, llevará implícitamente la condición de la renuncia a toda reclamación diplomática.</p> <p>Art. 28.- Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos, y de las garantías constitucionales, excepto las consignadas en los números 13. y 14., del artículo vigésimo sexto; en tanto que respeten la Constitución y las leyes de la República.</p>
1929	<p>Art. 151.- La Constitución garantiza a los habitantes del Ecuador, principalmente, los siguientes derechos: (...) 14. El derecho de propiedad, con las restricciones que exijan las necesidades y el progreso sociales. En tal sentido, corresponde a la Ley determinar las obligaciones, limitaciones y servidumbres a favor de los intereses generales del Estado, del desenvolvimiento económico nacional y del bienestar y salubridad públicos. (...)</p>	<p>Art. 152.- Los extranjeros están obligados a respetar la Constitución y las Leyes. Gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos y de las garantías constitucionales, con excepción de las consignadas en los números 28 y 29 del artículo anterior. Sin embargo, podrán desempeñar cargos consulares, previo contrato, empleos técnicos, conforme a la Ley.</p> <p>Art. 153.- Todo contrato que un extranjero o una compañía extranjera celebraren con el Gobierno, con corporaciones nacionales o con un</p>

	<p>La privación de todo o parte de los bienes no podrá verificarse sino en virtud de fallo judicial definitivo o de expropiación con la indemnización que corresponda en los términos y con los trámites que establezca la Ley. (...)</p> <p>Se prohíbe la confiscación de bienes.</p> <p>Las empresas o compañías nacionales o extranjeras que hubiesen adquirido o adquirieren concesiones en el territorio de la República no podrán explotarla sino con las limitaciones prescritas en las leyes y en las que, en cada caso, se establezcan en los respectivos contratos. Esto se refiere especialmente a los minerales y más sustancias de valor existentes en el subsuelo del país.</p> <p>En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de autorización especial concedida por la Ley.</p>	<p>individuo particular, llevará implícita la condición de la renuncia a toda reclamación diplomática.</p> <p>En los contratos que celebraren los extranjeros con el Gobierno o con las corporaciones de Derecho Público en el Ecuador, no se podrá estipular, en ningún caso, la sujeción a una jurisdicción extraña.</p>
1945	<p>Art. 146.- El Estado garantiza el derecho de propiedad, con las limitaciones que exijan las necesidades sociales, de acuerdo con la ley.</p> <p>Prohíbese toda confiscación.</p> <p>Ninguna expropiación podrá hacerse sino por causa de utilidad social o pública, con la justa indemnización, en los términos, con los trámites y excepciones que establezca la ley.</p> <p>(...)</p> <p>El Estado regulará las actividades de la vida económica nacional, a fin de obtener el máximo aprovechamiento de la riqueza y la distribución más justa de ella. Procurará mantener el estímulo necesario para asegurar el aporte de la iniciativa privada.</p> <p>(...)</p> <p>El Estado, cuando lo exigieren los intereses económicos del país, podrá nacionalizar, previa expropiación legal, empresas privadas que presten servicios</p>	<p>Art. 152.- Los extranjeros están obligados a respetar la Constitución y las leyes. Gozan de los mismos derechos civiles que los ecuatorianos y de las garantías establecidas en este título, con las limitaciones en él fijadas y con excepción de las consignadas en los numerales 19 y 20, del artículo 141. Sin embargo, podrán, conforme, a la ley, desempeñar cargos consulares ad-honorem y, previo contrato, empleos técnicos que no comporten ejercicio de jurisdicción.</p> <p>(...)</p> <p>Art. 153.- Todo contrato celebrado por extranjeros, sean personas naturales o jurídicas con el Gobierno con corporaciones nacionales o con individuos particulares, lleva implícita la condición de la renuncia a toda reclamación diplomática.</p> <p>En los contratos que en el Ecuador celebraren los extranjeros con el Gobierno o con entidades de Derecho Público, no se podrá convenir la</p>

	<p>públicos y reglamentar su administración.</p> <p>(...)</p> <p>El Estado explotará preferentemente en forma directa las riquezas del subsuelo. Puede hacer concesiones para su explotación a individuos o a sociedades constituídas conforme a las leyes ecuatorianas, a condición de participar justa y equitativamente en el rendimiento de la empresa y de que los concesionarios se obliguen a invertir una parte prudencial de sus utilidades en beneficio de la economía nacional. Los concesionarios no podrán transferir sus derechos a terceras personas, sin expresa autorización del Estado.</p> <p>(...)</p> <p>Las personas naturales o jurídicas extranjeras, concesionarias de riquezas naturales, deberán domiciliarse en el país y no podrán, en ningún caso, invocar situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas.</p> <p>Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir ni conservar el dominio sobre tierras o aguas, establecer industrias ni obtener concesiones mineras, en una faja de cincuenta kilómetros medidos hacia el interior desde la línea de fronteras y de costas, ni en el territorio insular; salvo en los casos de autorización especial conforme a la ley.</p> <p>(...)</p>	<p>sujeción a una jurisdicción extraña.</p>
1946	<p>Art. 183.- Se garantiza el derecho de propiedad conciliándolo con su función social. Prohíbese la confiscación de bienes, la que, si de hecho llegare a producirse, no causará alteración alguna en el derecho de la parte perjudicada ni prescripción de ninguna clase y originará, contra la autoridad que la ordenare y contra el Fisco, acción sumaria de daños y perjuicios.</p> <p>Nadie puede ser privado de la propiedad, ni de la posesión de sus bienes, sino en virtud de mandato judicial o de expropiación, legalmente verificada, por causa de utilidad pública.</p> <p>(...)</p>	<p>Art. 177.- Todo contrato que un extranjero o una compañía extranjera celebraren con el Gobierno del Ecuador o cualquiera persona natural o jurídica ecuatoriana llevará siempre expresa o tácita, la condición de renuncia o toda reclamación diplomática.</p> <p>Art. 180.- Los extranjeros gozan en el Ecuador, en los términos que exija la Ley, de los mismos derechos que los ecuatorianos, con excepción de los derechos políticos y de las garantías que la Constitución establece a favor de solo los ecuatorianos.</p>
1967	<p>Art. 47.- Derecho de propiedad.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privadas mientras esta cumpla la función social que le es inherente. La ley regulará su adquisición,</p>	<p>Art. 81.- Igualdad de derechos con los ecuatorianos. En ellos términos que fije la ley, los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos; se exceptúan las</p>

	<p>uso, goce, y disposición. y facilitará el acceso de todos a la propiedad .</p> <p>Art. 49.- Expropiaciones.- Nadie puede ser privado de la propiedad ni de la posesión de sus bienes sino en virtud de mandato judicial o de expropiación legalmente efectuada por causa de utilidad pública o de razón social.</p> <p>Solo el Estado y demás entidades de derecho público podrán decretar expropiaciones por causa de utilidad pública o de interés social, reconociendo la justa indemnización, salvo los casos en que la ley no la establezca.</p> <p>Art. 60.- propiedad y posesión de los extranjeros.- El Estado determinará las zonas territoriales sobre las cuales los extranjeros no pueden ejercer dominio ni ejecutar actos de posesión.</p>	<p>garantías constitucionales y los derechos políticos establecidos exclusivamente en favor de los ecuatorianos.</p> <p>Art. 82.- Contratos con extranjeros .- Los contratos que una persona extranjera, natural o jurídica, celebre con el Gobierno del Ecuador, o con cualquier persona ecuatoriana, natural o jurídica, incluyen, expresa o tácita, la renuncia a toda reclamación diplomática.</p> <p>Art. 86.- Empresa privada.- La actividad privada recibirá estímulo del Estado para la creación de nuevas empresas, para su ampliación y reinversión de sus beneficios en actividades lucrativas. El Estado impedirá que tales empresas se desarrollen con mengua del bien común o en perjuicio de la seguridad, libertad o dignidad humanas.</p> <p>De manera especial protegerá las inversiones privadas destinadas a obras de infraestructura.</p> <p>Art. 90.- Capitales nacionales o extranjeros .- En derechos y obligaciones, el capital extranjero se equipara al nacional; pero el Estado puede reservar al capital ecuatoriano determinados sectores de inversión.</p> <p>Art. 100.- Estímulo de inversiones .- Las leyes tributarias tenderán a estimular la inversión , la reinversión de capitales y el ahorro.</p>
1979	<p>Art. 48.- La propiedad en cualquiera de sus formas, inclusive la privada, constituye un derecho que el Estado reconoce y garantiza para la organización de su economía cuando cumpla su función social. Esta, debe traducirse en una elevación y redistribución del ingreso, que permita a toda la población compartir los beneficios de la riqueza y el desarrollo.</p>	<p>Art. 14.- Los extranjeros gozan, en general, de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la Ley.</p> <p>Los extranjeros están excluidos del ejercicio de los derechos políticos.</p> <p>Art. 52.- ... Las leyes tributarias estimulan la inversión.</p>
1998	<p>Art. 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes: (...)</p>	<p>Art. 13.- Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.</p> <p>Art. 271.- El Estado garantizará los</p>

	<p>23. El derecho a la propiedad , en los términos que señala la ley.</p>	<p>capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación.</p>
<p>2008</p>	<p>Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 26. El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas</p> <p>Art. 323.- Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.</p>	<p>Art. 11.- El ejercicio de los derechos se registrá por los siguientes principios: (...)</p> <p>2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.</p> <p>Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (...)</p> <p>Art. 285.- La política fiscal tendrá como objetivos específicos: (...)</p> <p>3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.</p> <p>Art. 339.- El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.</p> <p>Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: (...)</p> <p>12. Fomenta un nuevo sistema de</p>

		<p>comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.</p>
--	--	--

ANEXO II

Paraísos fiscales y regímenes fiscales preferentes según el artículo 2 de la Resolución N°. NAC-DGERCGC15-0000052 del Servicio de Rentas Internas del Ecuador, publicada en el R.O. 430, el 3 de febrero de 2015.

- | | |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none">1. ANGUILA (Territorio no autónomo del Reino Unido)2. ANTIGUA Y BARBUDA (Estado independiente)3. ARCHIPIÉLAGO DE SVALBARD4. ARUBA5. BARBADOS (Estado independiente)6. BELICE (Estado independiente)7. BERMUDAS (Territorio no autónomo del Reino Unido)8. BONAIRE, SABA Y SAN EUSTAQUIO9. BRUNEI DARUSSALAM (Estado independiente)10. CAMPIONE D'ITALIA (Comune di Campione d'Italia)11. COLONIA DE GIBRALTAR12. COMUNIDAD DE LAS BAHAMAS (Estado independiente)13. CURAZAO14. ESTADO ASOCIADO DE GRANADA (Estado independiente)15. ESTADO DE BAHREIN (Estado independiente)16. ESTADO DE KUWAIT (Estado independiente)17. ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO (Estado asociado a los EEUU)18. EMIRATOS ÁRABES UNIDOS (Estado independiente)19. FEDERACIÓN DE SAN CRISTOBAL (Islas Saint Kitts and Nevis: independientes)20. GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO21. GROENLANDIA22. GUAM (Territorio no autónomo de los EEUU)23. ISLA DE ASCENSIÓN24. ISLAS AZORES25. ISLAS CAIMÁN (Territorio no autónomo del Reino Unido)26. ISLAS CHRISTMAS27. ISLA DE COCOS O KEELING28. ISLA DE COOK (Territorio autónomo asociado a Nueva Zelanda)29. ISLA DE MAN (Territorio del Reino Unido)30. ISLA DE31. ISLA DE SAN PEDRO Y MIGUELÓN32. ISLAS DEL CANAL (Guernesey, Jersey, Alderney, Isla de Great Stark, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou, | <ol style="list-style-type: none">45. NIGERIA46. NIUE47. PALAU48. PITCAIRN49. POLINESIA FRANCESA (Territorio de Ultramar de Francia)50. PRINCIPADO DE LIECHTENSTEIN (Estado independiente)51. PRINCIPADO DE MÓNACO52. PRINCIPADO DEL VALLE DE ANDORRA53. REINO DE SWAZILANDIA (Estado independiente)54. REINO DE TONGA (Estado independiente)55. REINO HACHEMITA DE JORDANIA56. REPÚBLICA COOPERATIVA DE GUYANA (Estado independiente)57. REPÚBLICA DE ALBANIA58. REPÚBLICA DE ANGOLA59. REPÚBLICA DE CABO VERDE (Estado independiente)60. REPÚBLICA DE CHIPRE61. REPÚBLICA DE DJIBOUTI (Estado independiente)62. REPÚBLICA DE LAS ISLAS MARSHALL (Estado independiente)63. REPÚBLICA DE LIBERIA (Estado independiente)64. REPÚBLICA DE MALDIVAS (Estado independiente)65. REPÚBLICA DE MALTA (Estado independiente)66. REPÚBLICA DE MAURICIO67. REPÚBLICA DE NAURU (Estado independiente)68. REPÚBLICA DE PANAMÁ (Estado independiente)69. REPÚBLICA DE SEYCHELLES (Estado independiente)70. REPÚBLICA DE TRINIDAD Y TOBAGO71. REPÚBLICA DE TÚNEZ72. REPÚBLICA DE VANUATU73. REPÚBLICA DEL YEMEN74. REPÚBLICA DEMOCRÁTICA SOCIALISTA DE SRI LANKA75. SAMOA AMERICANA (Territorio no autónomo de los EEUU)76. SAMOA OCCIDENTAL77. SAN VICENTE Y LAS GRANADINAS (Estado independiente) |
|--|---|

<p>Lihou)</p> <ul style="list-style-type: none">33. ISLA QESHM34. ISLAS SALOMÓN35. ISLAS TURKAS E ISLAS CAICOS (Territorio no autónomo del Reino Unido)36. ISLAS VÍRGENES BRITÁNICAS (Territorio no autónomo del Reino Unido)37. ISLAS VÍRGENES DE ESTADOS UNIDOS DE AMERICA38. KIRIBATI39. LABUAN40. MACAO41. MADEIRA (Territorio de Portugal)42. MANCOMUNIDAD DE DOMINICA (Estado asociado)43. MONTSERRAT (Territorio no autónomo del Reino Unido)44. MYANMAR (ex Birmania)	<ul style="list-style-type: none">78. SANTA ELENA79. SANTA LUCÍA80. SAN MARTÍN81. SERENÍSIMA REPÚBLICA DE SAN MARINO (Estado independiente)82. SULTANADO DE OMÁN83. TOKELAU84. TRIESTE (Italia)85. TRISTAN DA CUNHA (SH Saint Helena)86. TUVALU87. ZONA LIBRE DE OSTRAVA
--	---

ANEXO III

Matriz de incentivos tributarios del contrato de inversión del COPCI, elaborado por el Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad.

INCENTIVOS ESTABLECIDOS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA PRODUCCIÓN												
No.	Descripción del Incentivo	Base Legal		Tipo de Incentivo					Afecta a			
		COPCI	LORTI ¹	General	Sectorial	Específico			Renta	IVA	Otro	
						Amb.	Terr.	Med. Emp.				
1	Reducción progresiva de tres puntos porcentuales en el impuesto a la renta	Disp. Ref. 2.6	37	X						X		
2	Reducción de 10% del Impuesto a la Renta por reinversión de utilidades	Disp. Ref. 2.6	Art. 37 Inciso 2	X						X		
3	Deducción para el cálculo del impuesto a la renta de la compensación adicional para el pago del salario digno	Disp. Ref. 2.3.5	Art. 10 Numeral 9 Inciso 8	X						X		
4	Deducción del 100% adicional para la depreciación y amortización que correspondan a la adquisición de maquinarias, equipos y tecnologías destinadas a la implementación de mecanismos de producción más limpia, a mecanismos de generación de energía de fuente renovable (solar, eólica o similares) o a la reducción del impacto ambiental de la actividad productiva, y a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero	Disp. Ref. 2.3.2	Art. 10 Numeral 7 Inciso 2	X		X				X		
5	Deducción de los pagos de intereses de créditos externos realizados en el exterior destinados a la obtención de rentas	Disp. Ref. 2.4	Art. 13 Numeral 3	X						X		
6	ZONAS DEPRIMIDAS: Deducción para el cálculo de impuesto a la renta adicional de 100% del costo de contratación de nuevos trabajadores por 5 años	Disp. Ref. 2.3.4	Art. 10 Numeral 9 Inciso 4					X		X		
7	MEDIANAS EMPRESAS: Deducción del 100% adicional de los gastos de capacitación técnica, investigación, innovación (NO MAYOR AL 1% DE GASTOS DE SUELDOS)	Disp. Ref. 2.3	Art. 10 Numeral 17 Numeral 1	X					X	X		
8	MEDIANAS EMPRESAS: Deducción del 100% adicional los gastos de mejora en	Disp. Ref.	Art. 10 Numeral 17	X					X	X		

¹ Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno publicada en el Suplemento al Registro Oficial No. 463 del 17 de noviembre de 2004

	productividad: estudios de mercado y competitividad, [NO MAYOR AL 1% VENTAS]	2.3	Numeral 2									
9	MEDIANAS EMPRESAS: Deducción del 100% adicional los gastos de gastos de viaje, estadía y promoción comercial para acceso a mercados internacionales (NO MAYOR AL 50% DE COSTOS Y GASTOS DE PUBLICIDAD)	Disp. Ref. 2.3	Art. 10 Numeral 17 Numeral 3	X				X	X			
10	Exoneración del pago de impuesto a la Renta para INVERSIÓN NUEVA EN SECTOR PRIORIZADO FUERA UIO/GYE POR 5 AÑOS	Disp. Ref. 2.2	Art. 9.1		X				X			
11	Exoneración de impuesto a la renta de la compensación económica para el salario digno	Disp. Ref. 2.1 No. 3	Art. 9 Numeral 18	X					X			
12	Exoneración del impuesto a la Renta de los rendimientos por depósitos a plazo fijo, siempre que tal inversión sea pactada por un año o más, en instituciones financieras nacionales, fideicomisos mercantiles de inversión, fondos.	Disp. Ref. 2.1. No.2	9.15	X					X			
13	Diferimiento del pago al impuesto a la renta y su anticipo hasta por 5 años por apertura de capital social de las empresas a los trabajadores (Beneficios para la apertura del capital social de las empresas a favor de sus trabajadores)	Disp. Ref. 2.9	Art. 39.1	X					X			
14	Exención para el cálculo de impuesto a la renta los intereses pagados por trabajadores por concepto de préstamos realizados por la sociedad empleadora para que el trabajador adquiera acciones o participaciones de la empleadora (Beneficios para la apertura del capital social de las empresas a favor de sus trabajadores)	Disp. Ref. 2.1. No. 3	Art. 9 Numeral 17	X					X			
15	Exención de impuesto a la renta de los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles	Disp. Ref. 2.1	Art. 9 Numeral 15 Art. 42.1 Inciso 2	X					X			
16	Las inversiones nuevas realizadas por empresas constituidas a partir de la vigencia del COPCI, pagaran el anticipo después del QUINTO AÑO DE OPERACIÓN EFECTIVA (generación de ingresos imputables a la	Disp. Ref. 2.10	Art. 41 Inciso final literal b.	X					X			

	actividad productiva y comercial)											
17	Modificación del cálculo del anticipo al impuesto a la renta: Para efecto del cálculo del anticipo del impuesto a la renta, se excluirá los montos que correspondan a gastos incrementales por generación de nuevo empleo o mejora de la masa salarial, así como la adquisición de nuevos activos destinados a la mejora de la productividad e innovación tecnológica, y en general aquellas inversiones y gastos efectivamente realizados, relacionados con los beneficios tributarios para el pago del impuesto a la renta que reconoce el COPCI para las nuevas inversiones	Disp. Ref. 2.10 Numeral 2	Art. 41 Literal m	X						X		
18	Modificación del cálculo del anticipo al impuesto a la renta: Para comercializadoras y distribuidoras de combustible en el sector automotor, el coeficiente correspondiente al total de ingresos gravables a efecto de impuesto a la renta será reemplazado por el 0.4% del total del margen de comercialización correspondiente	Disp. Ref. 2.10. Numeral 2	Art. 41 Literal j	X						X		
19	Exoneración del anticipo al impuesto a la renta: Los contribuyentes cuya actividad económica sea exclusivamente relacionada con proyectos productivos agrícolas de agroforestería y de silvicultura de especies forestales, con etapa de crecimiento superior a un año, están exonerados del anticipo del impuesto a la renta durante los periodos fiscales en los que no reciban ingresos gravados que sean fruto de una etapa principal de cosecha	Disp. Ref. 2.10 Numeral 2	Art. 41 Literal k	X						X		
20	Exoneración del anticipo al impuesto a la renta: Los contribuyentes cuya actividad económica sea exclusivamente la relacionada con el desarrollo de proyectos de software o tecnología, y cuya etapa de desarrollo sea superior a un año, estarán exonerados del anticipo al impuesto a la renta durante los periodos fiscales en los que no reciban ingresos gravados	Disp. Ref. 2.10 Numeral 2	Art. 41 Literal i	X						X		

21	ZEDES: Reducción progresiva adicional de 5 puntos al impuesto a la renta	Disp. Ref. 2.7	Art. s/n agregado al Art. 37	X			X		X	
22	ZEDES: El control aduanero podrá efectuarse previo al ingreso, durante la permanencia de las mercancías en la zona o con posterioridad a su salida. Los procedimientos que para el control establezca la administración aduanera no constituirán obstáculo para el flujo de los procesos productivos de las actividades que se desarrollen en las ZEDE y deberán ser simplificados para el ingreso y salida de mercancías	37		X			X			X
23	ZEDES: Gozan del tratamiento de destino aduanero que les otorga el régimen legal aduanero, con la exención del pago de aranceles de las mercancías extranjeras que ingresen a dichas zonas, para el cumplimiento de los procesos autorizados, tanto para administradores como para operadores	46		X			X			X
24	ZEDES: Tarifa 0% de IVA en importación de bienes de capital y materias primas	Disp. Ref. 2.12	Art. 55 Numeral 9 Literal e	X			X			X
25	ZEDE: Crédito tributario para administradores y operadores por el IVA pagado en la compra de materias primas, insumos y servicios provenientes de territorio nacional y que se incorporen al proceso productivo	Disp. Ref. 2.13	Art. 57	X						X
26	ZEDE: Exoneración de ISD sobre pagos realizados al exterior por administradores y operadores por concepto de importaciones de bienes y servicios relacionados con su actividad autorizada, así como para la amortización de capital e intereses sobre créditos otorgados por instituciones financieras internacionales con un plazo mayor a un año	Disp. Ref. 3.1	Art. 159 (Ley de Equidad Tributaria)	X			X			X
27	Crédito tributario para transporte de carga al extranjero en IVA pagado por combustible aéreo (Devolución del IVA	Disp. Ref. 2.13	Art. 57 Inciso 5	X						X

pagado)											
28	Facilidades de pago en tributos al comercio exterior: Únicamente en importaciones de bienes de capital realizadas para incrementar el activo fijo del importador directo de los bienes (dos años)	Decreto Ejecutivo 756 Art. 4		X							X
29	Exoneración de ISD (operaciones de financiamiento externo) de pagos realizados al exterior por concepto de amortización de capital e intereses generados sobre créditos otorgados por instituciones financieras internacionales con un plazo mayor a un año destinados al financiamiento de inversiones previstas en el COPCI	Disp. Ref. 3.1	Art. 159 (Ley de Equidad Tributaria)	X							X

	IMPUESTO A LA RENTA (IR)
	ANTICIPO DE IMPUESTO A LA RENTA
	ZEDES
	IMPUESTO AL VALOR AGREGADO (IVA)
	FACILIDADES TRIBUTOS COMERCIO EXTERIOR
	IMPUESTO A LA SALIDA DE DIVISAS (ISD)

ANEXO IV
Convenio Dictamen de la Corte Constitucional 20
Registro Oficial Suplemento 249 de 03-ago.-2010
Estado: Vigente

Quito, D. M., 24 de junio del 2010

DICTAMEN No. 020-10-DTI-CC

CASO No. 0008-10-TI

LA CORTE CONSTITUCIONAL, para el período de transición

Juez Constitucional Ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt

I. ANTECEDENTES

La presente acción tiene como antecedente el oficio No. T.4766-SNJ-10-21, de fecha de 6 de enero del 2010, suscrito por el señor Presidente Constitucional de la República del Ecuador, economista Rafael Correa Delgado, mediante el cual pone en conocimiento de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, el "Convenio suscrito entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones", convenio internacional celebrado a fin de que crear, promover y proteger las inversiones de los inversionistas de las partes contratantes.

En la comunicación se establece la necesidad de que la Corte Constitucional se manifieste sobre este Instrumento Internacional, y emita dictamen de constitucionalidad previo a la denuncia del referido tratado internacional, que atribuye competencias propias del orden jurídico interno a organismos internacionales o supranacionales, por considerar que dicho acuerdo contiene cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, sometiendo al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución de casos relacionados con dicho convenio, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana, los cuales suelen resolver controversias sin tomar en consideración el derecho ecuatoriano, valorando peculiarmente el concepto de "inversión", considerando las medidas legislativas tomadas en el Ecuador como "arbitrarias" o "discriminatorias", así como considerando las medidas tributarias del país como "confiscatorias".

Con el fin de evitar que situaciones como las antes expuestas sigan perjudicando al país y sus ciudadanos, fundamentándose en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, y en el artículo 112, numeral 4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales, solicita que la Corte Constitucional emita dictamen de constitucionalidad previo y vinculante a la denuncia del Convenio suscrito entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones.

Texto del Convenio suscrito entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección de Inversiones

"CONVENIO ENTRE EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E

IRLANDA DEL NORTE Y EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR PARA LA PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES"

El Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador.

Deseosos de crear condiciones favorables para una mayor inversión de nacionales y compañías de un Estado en el territorio del otro Estado;

Concientes de que el fomento y la protección recíproca bajo el convenio internacional de tales inversiones será conducente a estimular la iniciativa de negocios privados y a aumentar la prosperidad en ambos Estados;

Han convenido lo siguiente:

Art. 1.- DEFINICIONES.-

(1) Para los fines de este Convenio:

(a) "inversión" significa:

Cualquier tipo de activo e incluye en concreto, aunque no exclusivamente:

(I) Bienes muebles e inmuebles y cualquier otro derecho real tales como hipotecas, gravámenes o prendas

(II) Acciones, títulos u obligaciones de compañías o intereses en el patrimonio de dichas compañías;

(III) Derechos a fondos o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor financiero

(IV) Derechos de propiedad intelectual y crédito de la empresa

(V) Concesiones de negocios conferidas por la ley o bajo contrato, incluyendo concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales;

Un cambio en la forma en la que se invierten los activos no afecta su carácter de inversión y el término de "inversión" incluye todas las inversiones, realizadas ya sea antes o después de la fecha de entrada en vigencia de este convenio;

b) "ganancias" significa:

Los montos producidos por una inversión e incluye en concreto, aunque no exclusivamente, beneficios, intereses, ganancias de capital, dividendos, regalías u honorarios;

c) "nacionales" significa:

(I) Con respecto a Reino Unido: corporaciones, compañías y asociaciones incorporadas o constituidas de conformidad con la ley vigente en cualquier parte del Reino Unido o en cualquier territorio al que se extienda este Convenio de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 12;

(II) Con respecto a Ecuador, personas legales constituidas de conformidad con la ley vigente en la República del Ecuador o domiciliados en el territorio de la República del Ecuador.

d) "Compañías" significa:

(I) Con respecto al Reino Unido: corporaciones, compañías y asociaciones incorporadas o constituidas de conformidad con la ley vigente en cualquier parte del Reino Unido o en cualquier territorio al que se extienda este convenio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12;

(II) Con respecto al Ecuador: personas legales constituidas de conformidad con la ley vigente en la República del Ecuador o domiciliadas en el territorio de la República del Ecuador.

Art. 2.- PROMOCION Y PROTECCION DE INVERSIONES.-

(1) Cada una de las partes contratantes fomentará y creará condiciones favorables para que los nacionales o compañía de la otra parte contratante invierta capital en su territorio; y, sujeto a su derecho de ejercer las facultades conferidas por sus leyes, deberán admitir dicho capital.

(2) Las inversiones nacionales y compañías de cada una de las partes contratantes recibirán un tratamiento justo y equitativo y deberán gozar de total protección y seguridad en el territorio de la otra parte contratante. Ninguna parte contratante podrá de ninguna manera impedir mediante medidas irrazonables o discriminatorias la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de inversiones de nacionales o compañía de otra parte contratante en su territorio. Las partes contratantes deberán observar cualquier obligación que pueda haber adquirido en relación con inversiones de nacionales o compañías de la parte contratante.

Art. 3.- TRATAMIENTO NACIONAL Y DISPOSICIONES DE NACION MAS FAVORECIDA.

(1) Ninguna parte contratante podrá someter en su territorio a inversiones o ganancias de nacionales o compañías de la otra parte contratante a un tratamiento menos favorable que el que concede a las inversiones o ganancias de sus propios nacionales o compañías o a inversiones o ganancias de nacionales o compañías de un tercer Estado.

(2) Ninguna parte contratante podrá someter en su territorio a nacionales o compañías de la otra parte contratante, en lo que se refiere a la gestión, mantenimiento, uso, goce o enajenación de sus inversiones, a un trato menos favorable que el acordado a sus propios nacionales o compañías o a nacionales o compañías de un tercer Estado.

Art. 4.- COMPENSACION POR PERDIDAS.-

(1) Los nacionales o compañías de una parte contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra parte contratante sufren pérdidas debido a guerra o a otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección, o tumulto en el territorio de esta última, recibirán un tratamiento, en relación con la restitución, indemnización, compensación o cualquier otro arreglo por parte de dicha parte contratante, no menos favorable que el que dicha parte contratante concede a sus propios nacionales o compañías o a nacionales o compañías de un tercer Estado. Los pagos resultantes serán de libre transferencia.

(2) Sin perjuicio del numeral (1) de este artículo, los nacionales y compañías de una parte contratante que en cualquiera de las situaciones mencionadas en dicho numeral sufren pérdidas en el territorio de la otra parte contratante causadas por:

- a) requisición de la propiedad por sus fuerzas o autoridades, o
- b) destrucción de la propiedad por sus fuerzas o autoridades, que no sea causada en acción de combate o que no haya sido necesaria debido a la situación.

Recibirán una restitución o compensación adecuada en divisas de libre conversión. Los pagos resultantes serán libremente transferibles.

Art. 5.- EXPROPIACION.-

(1) Las inversiones de nacionales o compañías de cualquier parte contratante no serán nacionalizadas, expropiadas o sujetas a medidas que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en lo sucesivo denominadas "expropiación") en el territorio de la otra parte contratante, excepto para un fin público relacionado con las necesidades internas de dichas partes contratantes, y cambio de una compensación oportuna, adecuada y efectiva. Dicha compensación corresponderá al valor del mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación o antes de la expropiación inminente se vuelva de dominio público, lo que suceda primero, e incluirá intereses al tipo comercial normal hasta la fecha del pago; se hará sin demora, será realizable de manera efectiva y será libremente transferible en divisas convertibles. El nacional o la compañía afectada tendrá derecho en virtud de la ley de la parte contratante que hace la expropiación, a una revisión oportuna de su caso, por una autoridad judicial de dicha parte contratante, y a que se revise el avalúo de su inversión de conformidad con los principios fijados en este párrafo.

(2) Cuando una parte contratante expropia los activos de una compañía domiciliada, constituida u organizada en virtud de la ley vigente en su territorio, y en la que nacionales o compañías de la otra parte contratante poseen acciones, la primera parte contratante deberá garantizar que las disposiciones del numeral (1) de este artículo se apliquen en la medida necesaria para garantizar una oportuna, adecuada y efectiva compensación en relación con su inversión a dichos nacionales o compañías de la otra parte contratante que son propietarios de dichas acciones.

Art. 6.- REPATRIACION DE INVERSIONES Y GANANCIAS.-

En relación con las inversiones, cada parte contratante deberá garantizar a los nacionales o compañías de la otra parte contratante la transferencia sin restricciones de sus inversiones y ganancias. Las transferencias se efectuarán sin demora en la divisa convertible en la que el capital fue originalmente invertido, o en cualquier otra divisa convertible acordada por el inversionista y la parte contratante interesada. A menos que el inversionista lo disponga de otra manera, las transferencias se harán al tipo de cambio aplicable en la fecha de la transferencia de conformidad con los reglamentos cambiarios vigentes.

Art. 7.- EXCEPCIONES.-

Las disposiciones de este convenio relacionadas con la concesión de un tratamiento no menos favorable que el acordado a nacionales o compañías de cualquier parte contratante o de un tercer Estado no serán interpretadas en el sentido de que obligan a una parte contratante a extender a los nacionales o compañías de la otra parte el

beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio que resulte:

(a) Cualquier unión aduanera existente o futura, o un convenio de integración regional o subregional o un convenio internacional similar en que cualquiera de las partes contratantes sea o pueda ser parte o

(b) Cualquier convenio o arreglo internacional relacionado total o principalmente con cuestiones tributarias o cualquier legislación interna relacionada total o principalmente con cuestiones tributarias.

Art. 8.- REFERENCIA AL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES.-

(1) Cada parte contratante por éste consiente en someterse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo denominado "el centro") para resolver por conciliación o arbitraje en virtud del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros estados abierto para su firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (de la que ambas partes son miembros) cualquier conflicto legal que surja entre dicha parte contratante y un nacional o compañía de la otra parte contratante relacionado con una inversión de la última en el territorio de la primera. Una compañía constituida u organizada en virtud de la ley vigente en el territorio de una de las partes contratantes y la mayoría de cuyas acciones, antes de que se produzca el conflicto, pertenecen a nacionales o compañías de la otra parte contratante deberá, de conformidad con el artículo 25 (2) (b) de la convención, ser tratada para fines de convención como una compañía de la otra parte contratante. Si uno de estos conflictos surgiera y no se pudiera llegar a un acuerdo entre las partes del mismo dentro de seis meses, por medios de recursos locales o de otra manera, entonces si el nacional o la compañía afectada consiente por escrito en someter el conflicto al centro para su resolución por conciliación o arbitraje en virtud de la convención, cualquiera de las partes puede incoar procedimientos dirigiendo una solicitud a dicho efecto al secretario general del centro tal como lo prevén los artículos 28 y 36 de la convención. En caso de desacuerdo sobre cuál de los dos métodos, conciliación o arbitraje es el procedimiento más apropiado, el nacional o la compañía afectada tendrá derecho de escoger. La parte contratante que es parte del conflicto no podrá levantar como objeción en ninguna etapa del procedimiento o de la ejecución de un laudo arbitral el hecho de que el nacional o la compañía que es la otra parte del conflicto ha recibido de conformidad con un contrato de seguros una indemnización en relación con una parte o totalidad de sus pérdidas.

Art. 9.- CONFLICTO ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES.-

(1) Los conflictos entre las partes contratantes relacionados con la interpretación y aplicación de este convenio deberían, de ser posible, ser resueltos mediante negociaciones directas entre las partes.

(2) Si un conflicto entre las partes contratantes no puede ser resuelto de esta manera, a petición de cualquiera de las partes contratantes el mismo deberá ser sometido a un tribunal de arbitraje.

(3) Dicho tribunal de arbitraje deberá estar constituido para cada caso individual de la siguiente manera. Dentro de dos meses de recibida la solicitud de arbitraje, cada parte contratante deberá nombrar a un miembro del tribunal. Dichos dos miembros deberán entonces seleccionar a un nacional de un tercer Estado, el cual, previa aprobación de las dos partes contratantes, será nombrado presidente del tribunal. El presidente será nombrado en los tres meses siguientes a la fecha de nombramiento de los otros

miembros.

(4) Si dentro de los períodos especificados en el numeral (3) de este artículo los nombramientos necesarios no han sido efectuados, cualquiera de las partes contratantes puede, ante la falta de cualquier otro acuerdo, invitar al Presidente de la Corte de Justicia Internacional a hacer los nombramientos necesarios. Si el presidente es nacional de cualquiera de las partes contratantes o si por cualquier otro motivo no puede desempeñar esa función, se invitará al vicepresidente a hacer los nombramientos necesarios. Si el vicepresidente es nacional de cualquiera de las partes contratantes, o si tampoco puede desempeñar esa función, el miembro de la Corte de Justicia Internacional de mayor antigüedad que no sea nacional de ninguna de las partes contratantes será invitado a hacer los nombramientos necesarios.

(5) El tribunal de arbitraje deberá llegar a una decisión por mayoría de votos. Dicha decisión tendrá el carácter obligatorio para ambas partes contratantes.

(6) Cada parte contratante deberá sufragar los costos de su miembro en el tribunal y de su representación en los procedimientos de los mismos; el costo del presidente y los costos restantes serán sufragados en partes iguales en ambas partes contratantes. El tribunal puede, sin embargo, ordenar en su decisión que una proporción mayor de costos sea sufragada por una de las dos partes contratantes, y este laudo tendrá el carácter obligatorio para ambas partes contratantes. El tribunal deberá determinar su propio procedimiento.

Art. 10.- SUBROGACION.-

Si cualquiera de las partes contratantes (para fines de este artículo esta expresión incluirá a la agencia designada de dicha parte contratante) efectúa un pago en virtud de una indemnización efectuada en relación con una inversión o una parte de la misma en el territorio de la otra parte contratante, esta última parte deberá reconocer:

a) La cesión ya sea en virtud de la ley o de conformidad con una transacción legal, de cualquier derecho de la parte indemnizada a la parte contratante que hace el pago; y, b) Que la primera parte contratante que efectúa el pago tiene derecho en virtud de la subrogación a ejercer los derechos y a ejecutar los reclamos de la parte indemnizada, por lo tanto, la primera parte contratante tendrá derecho, si así lo desea, de ejercer cualquiera de estos derechos y reclamos en la misma medida de su predecesor en título ante una Corte o Tribunal en el territorio de la segunda parte contratante o en cualquier otra circunstancia. Si la primera parte contratante adquiere cantidades en la divisa legal de la otra parte contratante o créditos en la misma mediante cesiones en virtud de cualquier indemnización, la primera parte contratante deberá recibir en relación con los mismos un tratamiento no menos favorable que el acordado a los fondos de compañías o de nacionales de la segunda parte contratante o de un tercer Estado que convengan de actividades de inversión similares a aquellas a las que estaba dedicada la parte indemnizada. Dichos montos y créditos serán libremente disponibles a la parte contratante que hizo el pago para los fines de cubrir los gastos en el territorio de la otra parte contratante.

Art. 11.- APLICACION DE OTRAS REGLAS.-

Si las disposiciones legales de cualquiera de las partes contratantes o las obligaciones en virtud del derecho internacional existentes actualmente o establecidas posteriormente entre las partes contratantes además del presente convenio contiene reglas, generales o específicas, que dan derecho a las inversiones de nacionales o compañías de la otra parte contratante a un tratamiento más favorable que el dispuesto por el presente convenio, entonces, en la medida en que son más favorables, dichas reglas deberán prevalecer sobre el presente convenio.

Art. 12.- EXTENSION TERRITORIAL.-

En el momento de firmar este convenio, o en cualquier momento posterior, las disposiciones del mismo podrán extenderse a aquellos territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable el Gobierno de Reino Unido, según pueda convenirse entre las partes contratantes en un canje de notas.

Art. 13.- ENTRADA EN VIGENCIA.-

Cada parte contratante deberá notificar a la otra por escrito que ha completado las formalidades constitucionales necesarias en su territorio para la entrada en vigencia de este convenio. Este convenio entrará en vigencia en la fecha más posterior de dicha notificación.

Art. 14.- DURACION Y TERMINACION.-

Este convenio permanecerá vigente por un período de diez años. De ahí en adelante deberá seguir vigente hasta pasados doce meses desde la fecha en la que cualquiera de las partes contratantes haya dado notificación por escrito a la otra de su terminación, disponiéndose sin embargo que, con relación a las inversiones efectuadas mientras está vigente el convenio, sus disposiciones seguirán vigentes con respecto a dichas inversiones por un período de veinte años después de la fecha de terminación, sin perjuicio de la aplicación posterior de las reglas del derecho internacional.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados a hacerlo por sus respectivos gobiernos, han firmado este convenio.

Efectuado en dos ejemplares en Quito el 10 de mayo de 1994 en los idiomas inglés y español, siendo ambos textos igualmente válidos.

Por el Gobierno de Reino Unido

De Gran Bretaña e Irlanda del Norte

Richard Lavers,

EMBAJADOR EN ECUADOR

Por el Gobierno de la República del Ecuador

Diego Paredes Peña,

MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES.

II. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional tiene competencia para emitir un dictamen de constitucionalidad previo y vinculante a la denuncia de los tratados internacionales vigentes, es decir, que ya forman parte del ordenamiento jurídico nacional, como en el presente caso, al tratarse de un Convenio sobre la promoción y protección de inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y nuestro país, celebrado el 10 de mayo de 1994, ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2996 del 21 de agosto de 1995.

Para ello, es necesario recurrir a lo previsto en los artículos 429 y 438 de la Constitución de la República, que establecen que la Corte Constitucional, como máximo órgano de control e interpretación constitucional, es competente para resolver mediante dictamen vinculante sobre la constitucionalidad de los instrumentos internacionales; competencia que se encuentra contemplada en el artículo 75, numeral 3 literal d de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como en el artículo 107 ibídem, y el artículo 71, numeral 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, que de manera puntual establece las modalidades de control constitucional de los tratados internacionales, entre los cuales se hace referencia al control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados de los que trata el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Efectuado el sorteo respectivo por el Pleno de la Corte Constitucional, correspondió al Dr. Patricio Herrera Betancourt actuar como Juez Sustanciador.

Mediante informe emitido por el Juez Sustanciador se declaró que el presente instrumento internacional requiere aprobación legislativa previo a su denuncia, por lo cual se ordenó su publicación en el Registro Oficial y en el portal electrónico de la Corte Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111, numeral 2, literal b de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, como consta a fojas 27 del proceso.

En consecuencia, la presente acción ha sido tramitada de conformidad con el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicable al caso, por lo cual se declara su validez.

Pronunciamiento de persona interesada defendiendo o impugnando la constitucionalidad del instrumento internacional

Publicado el texto del "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, para la Promoción y Protección de Inversiones" en el Registro Oficial No. 183 del 30 de abril del 2010 [../ ImageVisualizer/imageSearchRes.aspx?tpx=RO&spx=0&nmx=183&fcx=30-04-2010&pgx=1](http://www.registrooficial.gub.ek.gob.ec/../_/ ImageVisualizer/imageSearchRes.aspx?tpx=RO&spx=0&nmx=183&fcx=30-04-2010&pgx=1), para que cualquier ciudadano pueda defender o impugnar el referido instrumento jurídico internacional en el término de diez días, previsto en el artículo 111, numeral 2, literal b de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ha comparecido el señor Blasco Peñaherrera Solah, invocando la calidad de Representante Legal de la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, mediante escrito de fecha 19 de abril del 2010, quien en lo principal manifiesta: Que no existe en la Constitución ecuatoriana un procedimiento para declarar inconstitucional un tratado internacional, ni existe pronunciamiento de la Corte Constitucional en ese sentido; que a pesar de la falta de motivación, entiende que la petición del Presidente de la República para denunciar el tratado suscrito con la República del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte se fundamenta en el artículo 422 de la Constitución, norma que para el abogado defensor del Estado - afirma - es ineficaz, ya que dicho artículo pierde de vista la tensión entre soberanía y arbitraje, que no radica en el procedimiento (jurisdicción y tipos de controversias) sino en el derecho sustancial aplicable a las disputas que son las que imponen ciertos límites a los Estados, aspecto que no se halla contemplado ni prohibido en la Constitución.

Añade que el artículo 422 del texto constitucional no resuelve el problema de la limitación de la soberanía y tampoco prohíbe la celebración de tratados internacionales de protección de inversiones, a pesar -afirma - de lo que comúnmente

se cree; que del artículo 422 de la Constitución se desprenden tres elementos a considerar: a) prohibición de celebrar tratados en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional; b) en controversias contractuales o de índole comercial; y c) entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Señala que respecto al segundo elemento, el negocio jurídico va a estar delimitado en un contrato comercial entre el Estado y un inversionista extranjero, y no se refiere a controversias derivadas de un tratado internacional. Que las controversias derivadas de violación de un tratado usualmente nacen de decisiones soberanas de un Estado, no contenidas en contratos sino en leyes o actos administrativos, por lo que serían actos extracontractuales, en tanto que las controversias comerciales son disputas que nacen de acciones u omisiones contractuales.

Que a las disputas contractuales o de índole comercial se les aplica usualmente normas de derecho interno, mientras que a las disputas por violación de un tratado se aplican normas del Derecho internacional; por tanto, sostiene, el artículo 422 de la Constitución de la República se refiere a disputas contractuales o de índole comercial derivadas de un contrato. Los tratados de protección de inversiones no protegen ni regulan controversias contractuales, sino controversias por actos ilícitos internacionales estatales extracontractuales que vulneran normas internacionales - constantes en tratados - y no contractuales -que se encuentran en un contrato -.

Indica que, según información contenida en la página web del Estudio "Wray-Cabezas" se confirma que las decisiones del CIADI, en materia de inversión, han sido bastante equilibradas; que el historial ecuatoriano es bastante ejemplificativo, ya que -sostiene - ha ganado la mayoría de las causas que se le han iniciado o ha llegado a importantes acuerdos.

Que resulta poco claro que se quiera dejar sin efecto los tratados de protección de inversiones porque los tribunales arbitrales, supuestamente, han desconocido la soberanía tributaria del Ecuador; de hecho, estos tratados excluyen expresamente el tema tributario de su jurisdicción.

Refiere que el Ecuador tiene pleno derecho para denunciar los tratados de protección de inversión, pues así se estipula en los mismos, sin embargo -añade - caben dos puntualizaciones: a) El Ecuador deberá notificar con un año de anticipación su voluntad de terminar definitivamente los tratados de protección de inversiones, y una vez notificada esa decisión de denunciarlos, los inversionistas tendrán diez años más de protección; y, b) ¿porqué razón no se denuncian todos los tratados de protección de inversiones?, ya que -afirma - según la nota del Presidente Correa, el proceso de denuncia no afectará a los tratados suscritos con Paraguay, El Salvador, Rumania, España, Bolivia, Cuba y Perú, y pregunta si existe alguna razón al respecto.

Que si la preocupación es que el Ecuador sea juzgado por tribunales internacionales y las decisiones de aquellos comprometan el derecho interno o acusen a nuestro país de discriminación o arbitrariedad, ¿qué opinión le merece al Presidente de la República el hecho de que el Ecuador sea reiteradamente condenado por la Corte de Derechos Humanos de San José? Y se pregunta si por este hecho vamos a denunciar el Pacto de San José de Costa Rica.

Finalmente, solicita que la Corte Constitucional se abstenga de emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto a los acuerdos bilaterales de protección recíprocas de inversiones suscritos por el Ecuador con varios Estados, y se instruya al Gobierno Nacional para que proceda a la renegociación de los tratados referidos, para lo cual se deberán iniciar las negociaciones diplomáticas pertinentes, y en caso de no ocurrir así, se presenten los arbitrajes necesarios para solucionar las diferencias en

cuanto al contenido y alcance de las disciplinas jurídicas contenidas en los tratados de protección de inversiones.

Impugnación por parte del señor José Gustavo Prieto Muñoz

Comparece con escrito del 13 de mayo del 2010, señalando que con sustento en el artículo 66, numeral 23 de la Constitución que consagra el derecho de petición de los ciudadanos hacia los poderes públicos, así como el artículo 111, literal b de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que faculta a cualquier ciudadano a pronunciarse en temas relativos a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de Tratados Internacionales.

Entre otras argumentaciones señala que la Corte deberá tener un pronunciamiento sobre si el artículo 422 de la Constitución constituye un obstáculo sobre el arbitraje internacional; establecer de modo claro y riguroso si la disposición del artículo 422 afecta las obligaciones previamente adquiridas por el Estado ecuatoriano, y si el control de la Corte debe efectuarse solo sobre los artículos controvertidos.

Que la inconformidad presentada por el Presidente de la República es sobre todo formal en relación a la solución de las controversias que provienen de inversiones, como es la institución del arbitraje internacional como método de solución de disputas. Que la propia Constitución de la República reconoce al arbitraje, y por ello su aplicación no implica cesión de soberanía a instancias del arbitraje internacional. Que siendo la Convención de Viena el pilar del ordenamiento jurídico internacional contiene el principio de Pacta Sunt Servanda o de buena fe; que al haber expresado un Estado su voluntad en un convenio lo hace con el convencimiento de cumplir con las obligaciones adquiridas, y en eso radica la buena fe.

Añade que todo Estado, como parte de la comunidad internacional, está obligado a respetar sus compromisos, así se ha pronunciado el Tribunal Permanente de Justicia Internacional y el actual Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, haciendo una excepción cuando afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno, norma que está enfocada a casos extraordinarios y evidentes. Concluye señalando que la excepción dada por la propia Convención no es aplicable al presente caso, ya que abarca exclusivamente cuestiones de importancia fundamental en la competencia para celebrar tratados, lo cual claramente no abarca al Convenio objeto del análisis de la Corte.

Añade que el análisis que realice la Corte debe limitarse a las normas que eventualmente puedan tener relación con el artículo 422, es decir, con las normas formales o accesorias relacionadas con los métodos de solución de las controversias, y no sobre la totalidad del Convenio, lo cual sería un gran desatino, porque además la norma constitucional no está en contradicción con el fin del tratado, esto es la promoción de flujos de capitales entre las partes contratantes, hay que mirar el contexto, incluido su preámbulo y anexos que han sido concertados entre las partes; que por último deberán respetarse los mecanismos establecidos en el propio tratado para su denuncia o renegociación en cumplimiento del artículo 416, numeral 9 de la Constitución.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

El Ecuador, en ejercicio de su soberanía, suscribió el "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte "Para la Promoción y Protección de Inversiones", en Quito el 10 de mayo de

1994, siendo ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2996 del 21 de agosto de 1995, como lo hace conocer el Presidente Constitucional de la República en el Oficio No. T.4766-SNJ-10-21, que obra de fojas 10 a 12 del proceso.

El Presidente de la República sostiene que el "Convenio Para la Promoción y Protección de Inversiones", así como otros de la misma naturaleza, suscritos por el Ecuador con otros países, "contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana"; por tanto, previo a la denuncia del referido convenio, solicita a esta Corte que emita dictamen de constitucionalidad, previo y vinculante, para lo cual deberá examinar su contenido, a fin de establecer si dicho instrumento jurídico internacional guarda o no conformidad con el texto constitucional.

La Corte Constitucional ejerce el control abstracto de constitucionalidad en los tratados internacionales, así lo contempla el artículo 75, numeral 3, literal d de la Constitución de la República. Por su parte, el artículo 107 ibídem señala que para efectos del control constitucional de los tratados internacionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos:

- 1.- Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa;
- 2.- Control constitucional previo a la aprobación legislativa; y,
- 3.- Control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.

Finalmente, cabe remitirnos al artículo 112, numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales que señala los efectos de las sentencias y dictámenes del control constitucional, y que cuando se declare la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional.

De manera puntual, el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa dice: "Tratados que requieren aprobación de la Asamblea Nacional.- La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: "7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional... En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen...".

De la transcripción de los preceptos constitucionales y legales podemos colegir que al Presidente de la República, al amparo del mandato previsto en el inciso segundo del artículo 420 de la Constitución de la República, le corresponde denunciar un tratado internacional; que la denuncia, al igual que la ratificación de un tratado internacional, tiene que ser aprobada por la Asamblea Nacional en los casos previstos en el artículo 419, y los contemplados en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; que para determinar la referida aprobación debe existir un dictamen de la Corte Constitucional que ejerce un control previo y vinculante de los tratados internacionales, debiendo verificar si los mismos guardan conformidad con la Constitución de la República.

Criterios Doctrinarios que dan sustento a la denuncia de los tratados internacionales

Adentrarnos en el tema amerita recurrir a algunas definiciones y principios vertidos en el concierto internacional, como es el de la igualdad soberana de los Estados, por el cual, un Estado, por el hecho de serlo, es soberano. Diríamos que la soberanía es el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el Derecho Internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto a los otros Estados, siendo la manifestación más importante en las relaciones internacionales "la capacidad de los Estados para obligarse con otros y empeñar su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento"(1).

La necesidad de respetar los ámbitos de soberanía e independencia de todos los Estados determina las obligaciones y límites que, conforme a los principios de igualdad soberana, y de no intervención en los asuntos internos, impone el Derecho Internacional al Estado en cuanto al contenido y ejercicio de sus competencias y poderes.

Esta autonomía está consagrada en la Constitución del Estado, y en base a ella escoge el modelo de organización interna y la forma de gobierno, es decir, ejerce el derecho a elegir y llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural.

El Estado como sujeto de derechos

Siendo el derecho internacional un conjunto de normas que rigen la conducta de los Estados, en sus reclamaciones mutuas, al ser considerados sujetos del derecho internacional, en la actualidad el derecho internacional contemporáneo se ha venido preocupando de otras institucionales u organizaciones internacionales, y del individuo; de allí que se afirme que los Estados ya no son la única preocupación del derecho internacional, aunque hay que precisar que este derecho debe su origen a la existencia de los Estados que son, en realidad, la única unidad capaz de poseer todas las características que se derivan de ser un sujeto de derecho internacional.

Ser un sujeto en el sistema de derecho, o el ser una persona jurídica según las reglas de ese sistema, implica tres elementos esenciales: el sujeto tiene deberes e incurre en responsabilidad; el sujeto tiene capacidad para reclamar el beneficio de sus derechos; y el sujeto posee capacidad para establecer relaciones contractuales o de cualquier otra índole legal con otras personas jurídicas reconocidas (2).

El ordenamiento jurídico internacional reconoce la capacidad que tienen los Estados para ejercer sus competencias soberanas con total plenitud, exclusividad y autonomía (Rousseau: 73 y ss), y ello como notas expresivas de la no subordinación del poder estatal a ninguna otra autoridad, sin su consentimiento (3).

Los tratados como acuerdos entre los Estados partes

Una nueva distinción de carácter doctrinal determina que los tratados son: contractuales y legisladores: estos últimos establecían las normas convencionales generales que regían a la sociedad internacional, distinción que se refiere al contenido de los tratados, no a su forma; y los tratados contractuales que llevan implícita la obligación mutua que tienen los Estados de dar y recibir, lo cual constituye una evidencia de su soberanía, y dan cuenta con la naturaleza de las relaciones de intercambio globalizado.

Aunque no existe una nomenclatura precisa para los tratados internacionales, las denominaciones de "tratado", "convenio", "acuerdo" o "protocolo" se usan como sinónimos. Su significado y aplicación es variable, cambia de un país a otro y de una Constitución a otra. "En el derecho internacional podría afirmarse incluso que varía de un tratado a otro: cada tratado es una especie de microcosmos que establece en sus cláusulas finales la legislación de su propia existencia en sus propios términos" (4).

Los tratados, además de expresar las voluntades, deben determinar el objeto y el propósito del acuerdo, y es a través de la interpretación de un tratado que se determina la intención de las partes a partir de un texto. En el caso de análisis estaríamos frente a este tipo de tratados (Artículo I referido a las "inversiones" (V) concesiones, y cuando define lo que significa "nacionales" y "compañías" (i) corporaciones, compañías y asociaciones.

(1) Antonio Ramiro Brotons, en su texto Derecho Internacional, McGraw- Hill/ Interamericana de España. SAU, Madrid, 2003, Pág. 75,

(2) Max Sorensen 1 Manual de Derecho Internacional Público, Londres. 1968, Pág. 261

(3) Manuel Diez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 2005 Pág. 393

(4) Paúl Reuter, Introducción al Derecho de los Tratados, Fondo de Cultura Económica México, 2001, Pág. 47.

Principios Generales del Derecho Internacional

Según Manuel Diez de Velasco, un principio no es una regla jurídica sino que subyace a ella y explica su causa y razón; explica el porqué y para qué de una o más reglas [...] aunque los principios subyacen a las reglas, su identificación y formulación se establece por inducción a partir de éstas. Así, las reglas son su fuente de producción y también de conocimiento. Culmina diciendo que: "la relación entre principios y reglas no es rígida pero sí compleja porque un principio puede convertirse en norma o regla sin alterar su contenido. En suma, la distinción entre principios y reglas no es material sino formal" (5).

El principio *pacta sunt servanda* refiere que los tratados como los contratos, desde el momento que se celebran deben ser cumplidos, y se convierten en ley para las partes; lo que significa que los tratados deben ser observados fielmente; obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe, entendiéndose por "Parte" un Estado que ha consentido en obligarse por un tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor (6). En virtud de este principio de origen consuetudinario que ha sido recogido por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ninguna de las partes puede invocar disposiciones de su ordenamiento jurídico interno como justificación para incumplir con el tratado (7).

Existen excepciones a este principio, a saber: la imposibilidad física para la aplicación del tratado; imposibilidad moral cuando la ejecución del tratado pone en peligro la existencia misma del Estado; la cláusula *rebús sic stantibus* y la ruptura unilateral.

Los Estados parte de un tratado deben cumplirlo tanto en la esfera internacional como en la interna.

El principio *rebus sic stantibus* o cambio esencial de circunstancias

La forma más común de terminar los tratados es por el cumplimiento total de los mismos, o la conclusión del plazo establecido. Pero existen otras formas de terminación, generalmente anticipada, por la voluntad de todas las partes intervinientes; por voluntad unilateral de una de las partes, debido al cambio sustancial de las circunstancias, por hechos sobrevinientes y por el surgimiento de una norma de *jus cogens* (8).

Al margen de la previsión o del acuerdo posterior de las partes, cabe la posibilidad, en determinados supuestos, de denunciar un tratado, bien haciendo uso del derecho de denuncia no motivada dentro de los límites en que es reconocido, o bien invocando una de las causas del Derecho Internacional en general; también puede producirse la terminación de un tratado como consecuencia de una imposibilidad de cumplimiento (artículo 61 Convención de Viena) la que ha de ser sobrevinida con posterioridad a la conclusión del tratado, de manera definitiva o irreparable, y ser indispensable para la ejecución o el cumplimiento (artículo 61 CV); y por un cambio fundamental de las circunstancias, que según la Convención de Viena ha puesto de relieve su carácter excepcional, lo que exige que afecte a circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato; que tales circunstancias constituyan la base esencial del consentimiento de las partes que se obligan; que el cambio de las circunstancias no fuera previsto por las partes; que el cambio sea fundamental, modificándose el alcance de las obligaciones que todavía deben cumplirse (9).

La Convención de Viena, en el artículo 62, refiere que un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado, y que no fue previsto por las partes, no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que: a) la existencia de estas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

Es decir, que la terminación de un tratado bajo este argumento tienen un alcance restrictivo y hasta excepcional para evitar el abuso que crearía inseguridad en las relaciones internacionales y el quebrantamiento del principio de *pacta sunt servanda*, eje del derecho internacional.

El principio, *pacta sunt servanda*, de la intangibilidad de los tratados, deja de ser aplicable y surge el principio *rebus sic stantibus* o de revisión de los tratados, si el cambio de las circunstancias es de tal intensidad o naturaleza debe terminar el tratado.

Sustentándose en este principio, los Estados, en muchas ocasiones, se han visto obligados a desligarse de las obligaciones contractuales contraídas en los tratados. Lo que sí deja en firme la Convención es que no podrá alegarse variación de las circunstancias cuando el tratado establece fronteras, o si del cambio fundamental resulta una violación del tratado.

La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, al menos en dos de sus fallos, acepta la posibilidad de terminación del tratado cuando existe un cambio fundamental en las circunstancias, que vuelve más oneroso el cumplimiento de las obligaciones o varía radicalmente el alcance de las mismas (10).

(5) Referencia, César Montaña Galarza, Manual de Derecho Tributario Internacional, Ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2007, Pág.31.

(6) Cesar Montaña Galarza, Manual de Derecho Tributario Internacional, Corporación Editora Nacional, Quito, 2007, Pág. 34

(7) Referencia, Ibídem. Alfredo Rizzo Romano, Derecho Internacional público, p. 62

(8) Doctor Jorge Endara, Derecho Internacional público, TI, Editorial Universitaria, Quito, 2002, Pág., 122

(9) Antonio Ramiro Brotons, ibídem, Pág. 285

(10) Jorge Endara, Derecho Internacional Público, T. I. Editorial Universitaria, Quito, 2002, Pág.126.

Es importante determinar el efecto de un cambio de circunstancias, que deja de suscitar interés en su cumplimiento, y deja de ser obligatorio su cumplimiento sobre la base de que hay una estipulación implícita de exoneración del contrato por la ocurrencia de circunstancias determinantes, llamada cláusula de rebus sic stantibus, que en una época era corriente insertarla en los tratados, y considerar que la generalidad de sus estipulaciones deberían tener fuerza sólo mientras ciertas condiciones determinadas continuaban existiendo: Si bien esta condición se encuentra sobrentendida en los tratados, ello no implica que opere por sí misma para terminar el tratado cuando las condiciones cambien, más bien, se exige de un procedimiento previo tramitado en instancias o tribunales competentes que en su momento aprobaron o ratificaron el tratado, y que decidirá que "...ha cesado de ser obligatoria, suspendiéndose provisionalmente su cumplimiento hasta que se haga tal declaración (11)".

Los tratados se suscriben bajo determinadas circunstancias existentes en ese momento y estas son, en ocasiones, la causa para la celebración del acuerdo, y si estas varían sustancialmente y no pudieran ser previstas, habría desaparecido la razón de ser del convenio, y no tendría sentido mantenerlo; dicho cambio vuelve imposible su cumplimiento, o las condiciones ya no puedan ser las mismas que originalmente se estipularon.

El artículo 46 de la Convención de 1969 establece que un Estado no puede alegar la violación de una disposición constitucional "a menos que esa violación fuere manifiesta y afecte a una norma de su derecho interno de fundamental importancia" y añade que "Una violación es manifiesta en el caso de ser objetivamente evidente para cualquier Estado que se rija a sí mismo en esta materia de acuerdo con la práctica normal y de buena fe".

El derecho internacional público permite que el derecho constitucional de cada Estado solucione los problemas derivados de la aplicación de un tratado, por parte de sus tribunales, respecto de las normas del derecho internacional, en particular de las normas que incluye un tratado. No hay duda de que un Estado "no podrá alegar las disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento en la ejecución de un tratado", (artículo 27 CV); pero conserva su libertad para elegir los medios de ejecución que considere convenientes, de acuerdo con sus tradiciones y con los principios fundamentales de su organización política (12)".

El artículo 56 de la Convención de Viena dice: La denuncia o retiro: en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la terminación, la denuncia o el retiro, no

podrá ser objeto de denuncia o de retiro a menos que el derecho de denuncia conste que fue intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o de retiro, o que el retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado.

Asimismo, la Convención señala que una de las partes debe notificar con por lo menos doce meses de antelación su intención de denunciar un tratado o de retirarse de él, conforme el párrafo 1.

Principios de las relaciones internacionales contenidos en la Constitución

En el ámbito interno, la Constitución contempla algunos de los principios generales, como el de la supremacía de la Constitución a partir del cual se establece una gradación jerarquizada de todo el ordenamiento jurídico, y de manera puntual preceptúa: "Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución.

En el título VIII, artículo 416 referido a las Relaciones Internacionales, la Constitución de la República ha definido principios sobre las relaciones con la comunidad internacional, entre los que podríamos destacar:

1. Proclama la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos, así como la cooperación, la integración y la solidaridad.

9. Reconoce al derecho internacional como norma de conducta, y demanda la democratización de los organismos internacionales y la equitativa participación de los Estados al interior de estos.

12. Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

Alcance del dictamen de constitucionalidad

En el caso, la Corte estaría ejerciendo un control abstracto en la medida en que la finalidad sería garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico del que forman parte los tratados internacionales ratificados a través de la eliminación de las incompatibilidades normativas de fondo y de forma con las normas constitucionales.

Control formal

En el caso, el Presidente de la República solicita dictamen de constitucionalidad del tratado previa la denuncia de convenios que fueron aprobados en su mayoría hace más de un década cuando el Estado se definía como social de mercado, y se impartían políticas neoliberales en las que se imponían reglas como la libre competencia, la pérdida de autodeterminación en el manejo de los recursos, y la cesión de soberanía en el manejo de mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Si bien el artículo 438 de la Constitución señala que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en relación a los tratados

internacionales que requieren de ("ratificación") aprobación de la Asamblea Nacional, y no establece que se requerirá este dictamen previo en relación a la denuncia de los tratados, cabría hacer un análisis interpretativo del alcance de esta norma constitucional, partiendo de que con la ratificación nace a la vida un instrumento, que pasa a formar parte de la legislación interna, y con la denuncia deja de tener vida jurídica un determinado instrumento, y sale del bloque de constitucionalidad; y tanto para el un caso como para el otro, se requiere el dictamen de constitucionalidad de la Corte.

De manera concreta, el artículo 112, numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone que cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, la orden de promover la enmienda o cambio constitucional.

(11) *Ibidem*, Pág. 249

(12) Paúl Reuter, *ibidem*. Pág. 37.

Como se ha referido, el dictamen que emite esta Corte Constitucional respecto al Convenio en cuestión constituye un requerimiento previo y obligatorio a su denuncia por así disponerlo el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, que señala: Tratados que requieren aprobación de la Asamblea nacional.- La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirán la aprobación previa de la Asamblea nacional en los casos que: "7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional (...). En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional, la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen (...).

Así, la Asamblea nacional requiere de dictamen favorable de constitucionalidad previo y vinculante a la denuncia por parte del Presidente de la República. Por lo señalado, corresponde efectuar un control de constitucionalidad integral del Convenio en mención.

Control material

De acuerdo con el Título I de la Constitución de la República sobre los elementos constitutivos del Estado, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. (Art. 1 CRE).

Constituye uno de los deberes primordiales del Estado: 2.- Garantizar y defender la soberanía nacional (artículo 3 CRE).

De conformidad con los artículos 417, 424 y 425 de la Constitución, el principio de supremacía de la Constitución establece la superioridad de la Constitución de la República frente a los tratados Internacionales, los mismos que a excepción de los pactos internacionales referentes a derechos humanos, deberán someter sus

disposiciones al contenido de la norma constitucional del Ecuador, bajo el amparo del principio de libre determinación de los pueblos reconocido a todos los Estados, así como el principio de soberanía, ambos constitutivos del Derecho Internacional. Debiendo precisar que la soberanía en materia internacional equivale a la independencia y autodeterminación de un Estado frente a los otros Estados.

Del análisis material de la Constitución de la República caben al menos dos cuestiones por considerar: en la actualidad, el derecho internacional no concerniente a Derechos Humanos tiene rango supra legal, pero infra constitucional; en cambio, cada día se acepta ampliamente que los instrumentos internacionales referidos a los derechos de las personas naturales tienen rango constitucional (13).

Al estar todas las personas, autoridades e instituciones, sujetas a la Constitución, así como los jueces, autoridades administrativas y servidores públicos llamados a aplicar directamente las normas constitucionales, y las previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos, corresponde a esta Corte confrontar con la Constitución de la República el contenido de las cláusulas del Convenio suscrito entre la República del Ecuador y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Para la Promoción y Protección de Inversiones, que en el ARTICULO 8 REFERENCIA AL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES dice: "Cada parte contratante por este consiente en someterse al centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (en lo sucesivo denominado "el centro") para resolver por conciliación o arbitraje en virtud del convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros estados abierto para su firma en Washington el 18 de marzo de 1965...".

Y el ARTICULO, 9 CONFLICTO ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES, señala: "Si un conflicto entre las partes contratantes no puede ser resuelto de esta manera, a petición de cualquiera de las partes contratantes el mismo deberá ser sometido a un tribunal de arbitraje".

Disposiciones del Convenio suscrito hace 16 años, que instituyen el arbitraje como un mecanismo para someter las diferencias o conflictos al "Centro Internacional de Arreglo de Diferencias", instancia a la que se someten los denominados "Tratados Bilaterales de Inversión" (TBI) que el Ecuador ha suscrito también con otros Estados, los cuales constituyen un tipo especial de contrato suscrito entre dos Estados para asegurar una efectiva protección al inversionista extranjero por parte del Estado receptor, y de esta forma promover las inversiones en dicho país dentro de un marco legal estable, y que en la práctica ha significado que los beneficios vayan en gran medida a los países inversionistas o de origen de los capitales.

El Estado de origen del capital del inversionista privado, arma o crea un marco jurídico, a manera de una especie de paraguas protector, contenido en el convenio de protección de inversiones, precisamente para garantizar protección a sus inversionistas frente a todos los riesgos posibles (compensación de pérdidas, expropiaciones, repatriación de inversiones y ganancias, tratamiento más favorable, extensión territorial). Ventajas que podríamos analogarlas con aquellos tratados de doble tributación, gracias a los cuales invierto y gano en otro país, pero tributo en mi propio país. Y de surgir un conflicto o problema del particular inversionista en el Estado receptor, el mismo se convierte en problema o conflicto entre Estados.

Cabe preguntarnos hasta qué punto estos TBI han sido recíprocos, qué beneficios han obtenido nuestros inversionistas en el Reino Unido de Gran Bretaña, o el marco jurídico ha posibilitado que únicamente los beneficios estén direccionados para los

inversionistas extranjeros; diríase que prácticamente los TBI han sido de adhesión. Nuestro país no ha discutido ni ha puesto sus criterios, solo los ha suscrito sin beneficio de inventario. Habría que remarcar que este tipo de convenios deben dejar réditos y contribuir al logro de un desarrollo sustentable en los países en vías de desarrollo.

(13) César Montaña Galarza, Manual de Derecho Tributario Internacional, Ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2007, Pág.37.

El tratadista Decio Machado sostiene que los TBI forman parte de un complejo sistema diseñado en varios niveles, que van desde lo nacional a lo multilateral, que constituye el marco jurídico para el reconocimiento de los intereses y prerrogativas de los inversionistas; que el hecho más relevante, subyacente en los TBI, se refiere al procedimiento de solución de controversias Inversionista-Estado, en el cual se adopta la modalidad de "arbitraje" en cortes extranjeras. Esta cláusula pone en el mismo nivel a estos dos actores y posibilita algo impensable en otros tiempos: que una "persona jurídica", en este caso las corporaciones transnacionales, puedan demandar a un Estado Nacional. Hay distintos tipos de cortes de arbitraje. Tal vez una de las más importantes es el CIADI, adscrita al Banco Mundial; UNCITRAL, adscrita a la ONU; y los mecanismos "ad-hoc" por acuerdo entre las partes. Estas cortes son de carácter privado y por tanto no responden a un interés colectivo (14). Debiendo aclarar que para el caso del Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1823, publicado en el Registro Oficial No. 632 de 13 de julio de 2009 [../ ImageVisualizer/imageSearchRes.aspx?tpx=RO&spx=0&nmx=632&fcx=13-07-2009&pgx=1](http://ImageVisualizer/imageSearchRes.aspx?tpx=RO&spx=0&nmx=632&fcx=13-07-2009&pgx=1), se retiró del arbitraje internacional.

En lo fundamental, a través de estos instrumentos, el Estado ecuatoriano ha cedido el fuero o jurisdicción de los jueces nacionales para tratar desavenencias o conflictos, a instancias internacionales. Se ha aducido que nuestro sistema jurídico no es confiable ni idóneo, que es lento e inmoral, y se ha sostenido que el arbitraje externo es el mecanismo idóneo para solucionar los conflictos o diferencias. La Constitución de la República establece actualmente parámetros bien definidos respecto a esta temática.

El arbitraje internacional

El artículo 37 del Convenio de la Haya de 1907, sobre arreglo pacífico de diferencias, señala que el arbitraje tiene por objeto arreglar los litigios entre los Estados mediante jueces elegidos por ellos y sobre la base del respeto al Derecho, aunque en estos últimos tiempos estaríamos ante unos arbitrajes más políticos que jurídicos. El arbitraje es una figura jurídica internacional instituida como un medio de arreglo de diferencias. El compromiso del arbitraje implica la obligación de someterse de buena fe a la sentencia o laudo arbitral. La Primera Conferencia de Paz de la Haya aprobó el 29 de julio de 1899, una Convención sobre el arreglo pacífico de Controversias, en la que se dedica el Título IV al arbitraje (15), que en distintos momentos ha cobrado vitalidad, siendo sus rasgos característicos: la sumisión de la controversia al arbitraje depende de la voluntad de las partes; busca una solución a la diferencia sobre la base de la equidad; los jueces son elegidos por las partes en litigio.

El "Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para el Fomento y Protección de Inversiones" fue suscrito el 10 de mayo de 1994, y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2996 del 21 de agosto de 1995, es decir, cuando se encontraban vigentes las codificaciones de la Constitución de 1993 (Ley 25, Registro Oficial No. 183 del 5 de mayo de 1993) [../ ImageVisualizer/imageSearchRes.aspx?tpx=RO&spx=0&nmx=183&fcx=05-05-](http://ImageVisualizer/imageSearchRes.aspx?tpx=RO&spx=0&nmx=183&fcx=05-05-)

[1993&pgx=1](#) y la de 1997 (Registro Oficial No. 2 del 13 de febrero de 1997) [../ ImageVisualizer/imageSearchRes.aspx?tpx=RO&spx=0&nmx=2&fcx=13-02-1997&pgx=1](#), respectivamente, en las cuales no existía la prohibición de celebrar el referido tratado, por el cual el Ecuador se somete a la jurisdicción y competencia de tribunales arbitrales, tanto para el caso de controversias entre los Estados Partes (Ecuador y Reino Unido de Gran Bretaña) derivadas de la interpretación y aplicación del Convenio, como de las controversias surgidas, en relación con una inversión, entre un inversionista nacional de alguno de estos Estados y el Estado receptor de inversiones, por tanto, no se transgredía ninguna norma constitucional.

A partir del 20 de octubre del 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República; se inscribe en el ámbito de la corriente constitucionalista latinoamericana que define al Estado como Constitucional de derechos y justicia, estructurado ya no para servir intereses económicos hegemónicos, sino priorizando un eje social que tiene como su vértice al ser humano mirado desde su diversidad, y vulnerabilidad. Deja atrás una concepción del Estado que se definía como social de mercado, impartía políticas neoliberales en las que se imponían reglas como la libre competencia, la pérdida de autodeterminación en el manejo de los recursos y la cesión de soberanía en el manejo de mecanismos alternativos de solución de conflictos. En consecuencia, han cambiado sustancialmente las circunstancias que si bien hicieron posible hace 16 años la suscripción del Convenio materia de estudio, actualmente asistimos a un cambio fundamental con la entrada en vigor de la nueva Ley Fundamental o Carta Política del Estado desde el año 2008, a la cual debe sujetarse todo el ordenamiento jurídico, incluidos los tratados internacionales, así como el procedimiento y condiciones para la suscripción y ratificación de los convenios internacionales.

Como ya se ha manifestado en las consideraciones precedentes, el arbitraje es una institución reconocida por el Derecho Internacional Público para la solución de controversias surgidas entre dos o más Estados. De ahí que en caso de surgir controversias y que éstas no puedan ser resueltas por consultas a través del canal diplomático, es completamente válido recurrir al arbitraje, en cuanto no implique afectar la soberanía nacional ni ceder jurisdicción alguna, ya que de conformidad con el artículo 416 numerales 9 y 12 de la Constitución de la República, el Ecuador reconoce el derecho internacional como norma de conducta, y fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.

De manera puntual, el artículo 422 de nuestra Constitución dispone lo siguiente:

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

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

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

(14) Decio Machado, Ecuador y la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión, recogido de www.quiendebeaquin.org

(15) Manuel Díez de Velasco, Instituciones de Derecho Internacional Público, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, Pág. 894.

De la norma citada se infieren dos aspectos:

- 1) La ratificación de que el arbitraje es una institución reconocida por el Derecho Internacional Público, al cual el Ecuador reconoce como norma de conducta para desenvolverse en el concierto internacional de naciones en determinados asuntos; y,
- 2) La expresa prohibición de celebrar convenios o tratados internacionales en los que el Ecuador ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias relativas a asuntos contractuales o comerciales con personas naturales o jurídicas privadas.

En el presente caso, el contenido de los artículos 8 y 9 del Convenio entre Ecuador y el Reino Unido de Gran Bretaña para el Fomento y Protección de Inversiones, somete al Ecuador a un tribunal arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad del Reino Unido de Gran Bretaña, lo que implica renunciar a la "Jurisdicción del Estado", considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial, y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado (16) (Ecuador).

Debiendo además tenerse en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 44 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "el derecho de una Parte, provisto en un tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese tratado, retirarse de él o suspender su aplicación no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto", por tanto, la denuncia que se efectúe del tratado objeto de análisis, afecta a la totalidad del mismo, siendo la consecuencia de ello que el Ecuador deje de ser parte en dicho instrumento internacional.

Del análisis efectuado se advierte que, más allá de la legítima voluntad del Estado ecuatoriano de denunciar el compromiso internacional adquirido con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el mismo contiene cláusulas contrarias a la Constitución y consecuentemente lesivas para el interés soberano del país, como es el caso de los artículos 8 y 9 del Convenio, que somete al Estado ecuatoriano al arbitraje internacional para la solución de conflictos, en desmedro de lo estipulado en el artículo 422 de la Constitución de la República.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, emite el siguiente.

DICTAMEN

1. Declarar que los artículos 8 y 9 del Convenio suscrito entre el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y el Gobierno de la República del Ecuador para la

Promoción y Protección de Inversiones, contradicen lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución de la República.

2. Declarar que al encontrarse el instrumento internacional analizado, en contradicción con el texto constitucional, es procedente continuar el trámite correspondiente para su denuncia.

3. Notifíquese, publíquese, y cúmplase.

f.) Dr. Edgar Zárate Zárate, Presidente (e)

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

Razón: Siento por tal, que el Dictamen que antecede fue aprobado en el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, por los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Freddy Donoso Páramo, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuesa, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega y Edgar Zárate Zárate. El doctor Patricio Herrera Betancourt se ratifica en el contenido total del proyecto de dictamen por él presentado. Se deja constancia de que no estuvo presente el doctor Manuel Viteri Olvera, en sesión del día jueves veinticuatro de junio del dos mil diez. Lo certifico.

f.) Dr. Arturo Larrea Jijón, Secretario General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por.....- f.)Illegible.- Quito, 26 de julio del 2010.- f.) El Secretario General.

(16) Ver "Diccionario de Derecho Internacional" del Embajador Miguel A. Vasco - Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, año 2005.

ANEXO V
Decreto Ejecutivo 1506 CAITISA
Registro Oficial 958 de 21-may.-2013
Estado: Vigente

Rafael Correa Delgado

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPUBLICA

Considerando:

Que la Constitución en su artículo 339 determina que la inversión extranjera directa estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo;

Que el artículo 422 de la norma señalada declara que no se podrán celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas;

Que los artículos 61, 95 y 102 de la Constitución consagran el derecho a la participación en los asuntos de interés público, para lo cual las ciudadanas y ciudadanos, incluidos aquellos domiciliados en el exterior, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, en el control popular de las instituciones del Estado, la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano;

Que existe una urgente necesidad de una revisión de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones;

Que los pueblos, nacionalidades y organizaciones sociales del Ecuador reunidos en Asamblea en el IV Encuentro de Pueblos y Organizaciones Sociales expresaron, a través del Mandato de los Pueblos, su inconformidad con el pago de las indemnizaciones debidas a compañías extranjeras a causa de decisiones arbitrales en materia de inversiones por considerarlas injustas y carentes de toda legitimidad; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confieren los artículos 147 numeral 5 de la Constitución y 11 letra g) del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Decreta:

Art. 1.- Créase la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones CAITISA, adscrita a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, con sede en la ciudad de Quito.

Art. 2.- Se define como auditoría integral ciudadana la acción fiscalizadora con acompañamiento ciudadano dirigida a examinar y evaluar: i) el proceso de firma y negociación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador y las consecuencias de su aplicación; ii) el contenido y compatibilidad de estos tratados con la legislación ecuatoriana; iii) la validez y la pertinencia de las actuaciones y los procedimientos

adoptados y los laudos y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones que han conocido procesos arbitrales en contra del Ecuador, con el fin de determinar la legalidad, legitimidad y licitud de sus decisiones e identificar inconsistencias e irregularidades que hayan provocado o puedan provocar impactos al Estado ecuatoriano en términos económicos, sociales y ambientales, y a los pueblos y nacionalidades; y.

Art. 3.- Son funciones primordiales de la CAITISA:

a) Definir una metodología para realizar una auditoria integral de cada uno de los tratados de protección recíproca de inversiones suscritos por el Ecuador; de las disposiciones en materia de inversiones contenidas en instrumentos internacionales de los que Ecuador es parte y en otros instrumentos de derecho internacional público y privado relacionados con inversiones y arbitraje internacional; de la aplicación de las cláusulas de sometimiento a arbitraje internacional y de las reglas procesales dentro de los procesos de arbitraje internacional en relación con lo previsto en los TBIs; de las actuaciones y decisiones de los órganos y jurisdicciones a los que éstos transfieren la competencia para el tratamiento de controversias en materia de inversiones extranjeras; y para la determinación de los impactos mencionados en el artículo 2;

b) Auditar conforme a esa metodología: los tratados, convenios e instrumentos legales, públicos y privados, nacionales e internacionales; el sometimiento a reglas, procedimientos y órganos arbitrales en materia de inversión extranjera que el Ecuador haya suscrito, que hayan dado o puedan dar lugar a procedimientos arbitrales internacionales para solución de controversias; las deficiencias contenidas en las actuaciones, laudos y decisiones de los órganos y jurisdicciones del sistema de arbitraje internacional; que hayan causado o puedan causar perjuicios al Estado ecuatoriano, y establecer en cada caso:

1. Los antecedentes jurídicos y fácticos, así como cualquier evidencia que sirva de soporte para determinar las motivaciones y sustento de su firma y suscripción, o de inicio de la acción;

2. El impacto social, económico, ambiental y jurídico;

3. Determinar las obligaciones que se hayan derivado o puedan derivarse para el Estado ecuatoriano;

4. Las disposiciones y cláusulas específicas que padezcan de inconsistencias o se consideren inconformes con el derecho ecuatoriano y el derecho internacional público;

5. El detalle de i) actuaciones, laudos y decisiones arbitrales en los que pueda detectarse conflictos de interés, interpretación o aplicación errónea del derecho internacional o ecuatoriano; ii) condenas y montos pagados en virtud del cumplimiento de laudos arbitrales; iii) rol de los terceros financiadores, en caso de existir

6. El proceso operativo y desempeño económico, social y ambiental de empresas que llevaron a cabo acciones contra el Estado ecuatoriano

7. Determinar la existencia de probables indicios de responsabilidades civiles, penales y administrativas para derivarlas a las autoridades pertinentes

8. Proponer medidas jurídicas y políticas alternativas respecto de los acuerdos de Inversión y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de inversiones; y

9. Investigar cualquier otra información o circunstancia que se considere pertinente.

c) Conformar un sistema de información que permita realizar análisis sobre la pertinencia de la firma y contenido de acuerdos internacionales sobre inversión extranjera, procedimientos, normativas y órganos arbitrales internacionales para la solución de controversias en materia de inversiones. Para ello se deberá recopilar toda

la información sobre el tratamiento de la inversión extranjera en el Ecuador y sobre procesos de solución de controversias en esa materia que repose en las entidades públicas

d) Establecer un sistema de transparencia de la información sobre los instrumentos legales, procesos, decisiones y órganos auditados

e) Establecer un mecanismo de participación y acompañamiento ciudadano al proceso de auditoría; y

f) Expedir el reglamento interno de la comisión.

Art. 4.- La CAITISA está autorizada para auditar y transparentar todo el contenido de los instrumentos para el tratamiento de la inversión extranjera y solución de controversias en esa materia, auspiciados y suscritos por el Estado y sus instituciones.

Art. 5.- La CAITISA tendrá una duración de 8 meses calendario, prorrogables por una única vez a criterio de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. La Comisión entregará informes cada 2 meses, durante el período que duren sus funciones, y podrá entregar en cualquier momento recomendaciones sobre casos particulares que considere de urgente atención.

Art. 6.- La Comisión Integral Ciudadana para la Auditoría de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional (CAITISA), estará integrada por:

a) Cuatro representantes de instituciones del Estado:

1. El Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo, o su delegado
2. El Secretaria Nacional de la Política, o su delegado
3. El Ministro de Relaciones Exteriores Comercio e Integración, o su delegado; y
4. El Secretario Nacional Jurídico de la Presidencia de la República, o su delegado.

b) Cuatro expertos o investigadores internacionales provenientes de organizaciones de la sociedad civil, con sus respectivos suplentes, especialistas o con experiencia en derecho internacional y/o derecho de inversiones y/o arbitraje internacional, a ser seleccionados por los representantes de las instituciones del literal a).

c) Cuatro representantes de las organizaciones y/o movimientos sociales con experiencia en derecho internacional y/o derecho de inversiones y/o arbitraje internacional, que serán seleccionados por las instituciones del literal a).

Los miembros de la Comisión, una vez designados, elegirán las dignidades de presidencia y vicepresidencia de la misma por mayoría de los miembros.

Art. 7.- Para el cumplimiento de sus funciones, el presidente de la CAITISA tendrá las siguientes atribuciones, deberes y obligaciones:

a) Definir y proponer a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, la contratación de asesorías técnicas nacionales e internacionales;

b) Contratar al personal de planta que será el mínimo imprescindible para cumplir las funciones y objetivos de la Comisión;

c) Firmar convenios de cooperación relacionados con las labores de esta comisión.

d) Convocar y presidir las sesiones; y,

e) Representar legalmente a la Comisión.

Art. 8.- Todas las instituciones del sector público estarán en la obligación de proporcionar la información que solicite la Comisión para el cumplimiento de sus funciones.

Art. 9.- El presupuesto de la Comisión será financiado a través del Presupuesto General del Estado, con cargo a las partidas de la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

Disposición Final.- Este Decreto entrará en vigencia a partir de la presente fecha sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial, y de su ejecución encargúese a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo.

Dado en el Palacio Nacional, en Quito, a 06 de Mayo 2013.

f.) Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República.

Es fiel copia del original.- Lo certifico.- Quito, 07 de Mayo de 2013.- f.) Dr. Vinicio Alvarado Espinel, Secretario Nacional de la Administración Pública.

ANEXO VI

Proyecto de Ley Orgánica de Inmunidad para los Miembros que Integran la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA)

ASAMBLEA NACIONAL

EL PLENO

Considerando:

Que el artículo 61 de la Constitución de la República, en los numerales 5), al referirse a los derechos de participación establece que las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los derechos de fiscalizar los actos del poder público;

Que el artículo 95 de la Constitución Política establece que las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del

Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad;

Que mediante decreto ejecutivo No. 1506 de 21 de mayo de 2013, el presidente de la república creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones –CAITISA-, que tiene por objeto examinar y evaluar: i) el proceso de firma y negociación de los tratados

bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador y las consecuencias de su aplicación; ii) el contenido y compatibilidad de estos tratados con la legislación ecuatoriana; iii) la validez y la pertinencia de las actuaciones y los procedimientos adoptados y los laudos y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones que han conocido procesos arbitrales en contra del Ecuador, a fin de determinar la legalidad, legitimidad y licitud de sus decisiones e identificar inconsistencias e irregularidades que hayan provocado o puedan provocar impactos al Estado ecuatoriano en términos económicos, sociales y ambientales, y a los pueblos y nacionalidades;

Que la CAITISA tiene por mandato presentar informes y recomendaciones sobre los asuntos y temas sometidos a su conocimiento, de los que pueden desprenderse la existencia de probables indicios de responsabilidades civiles, penales y administrativas para derivarlas a las autoridades pertinentes; y que por tanto es necesario la integridad física y moral de sus miembros ante eventuales represalias de quienes resulten involucrados en los hechos investigados;

En uso de las facultades establecidas por el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

Ley Orgánica de Inmunidad para los Miembros que Integran la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA)

Artículo 1.- Inmunidad.- Los miembros de Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones, no serán responsables por las acciones realizadas en el ejercicio de sus funciones de investigación y gozarán de inmunidad civil y penal; exclusivamente, por las conclusiones, recomendaciones, análisis y develamiento de las circunstancias constantes en sus informes parciales o preliminares y en su informe final y cualquier otro documento hecho público como resultado de sus investigaciones.

Artículo 2.- Miembros.- Para los efectos de la presente ley se considerarán como miembros de la Comisión, a la personas designadas en calidad de comisionados de conformidad con lo establecido en el Decreto Ejecutivo No. 1506 de 21 de mayo de 2013, así como a todos quienes hayan participado en el proceso de auditoría, sea directa o indirectamente: consultores, asesores, informantes, servidores públicos y personal de apoyo que haya ejercido funciones y actividades que signifiquen involucramiento en tareas de investigación y obtención o entrega de información.

Artículo 3.- Reserva.- La Comisión podrá mantener en absoluta reserva toda la información que hayan logrado documentar, así como la identidad de sus testigos, informantes y colaboradores hasta que sean puestos a consideración de las autoridades judiciales de fiscalización parlamentaria y/o de control pertinentes.

Una vez concluido el trabajo de la Comisión, el informe y sus anexos serán hechos públicos y se develaran nombres y documentos, sin excepción alguna.

Artículo 4.- Protección.- Los miembros de la Comisión señalados en el artículo 2, así como los denunciantes, testigos e informantes que de manera directa o indirecta colaboraron en la investigación podrán requerir a la Fiscalía General del Estado se acoja dentro de su programa de protección a víctimas y testigos, siempre que se considere que su seguridad pueda estar en riesgo.

Artículo 5.- Celeridad.- Frente a un requerimiento de la Comisión, el programa de protección de víctimas y testigos de la Fiscalía General del Estado estará en la obligación de atenderlo de forma inmediata.

Dichas medidas de protección subsistirán mientras existan los factores que las motivaron, y solo podrán cesar previo pronunciamiento favorable de la Veeduría Internacional.

Artículo 6.- Confidencialidad.- Todos los aspectos relativos al procedimiento de protección se mantendrán bajo estricta reserva obedeciendo al principio de confidencialidad, obligación que deberá ser cumplida por todas las instituciones involucradas en el otorgamiento de la protección.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional,