



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**EFFECTOS JURÍDICOS DE LA CLÁUSULA DE REMANENCIA LUEGO DE LA
DENUNCIA DE LOS TRATADOS BILATERALES DE PROTECCIÓN
RECÍPROCA DE INVERSIONES TBIs.**

Autor

Gabriel Esteban López Córdova

Año

2017



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA CLÁUSULA DE REMANENCIA LUEGO DE LA
DENUNCIA DE LOS TRATADOS BILATERALES DE PROTECCIÓN
RECÍPROCA DE INVERSIONES TBIs.

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

Marcelo Alejandro Sarzosa Larrea, Il.m.

Autor

Gabriel Esteban López Córdova

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante 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”

Marcelo Alejandro Sarzosa Larrea
Master of Laws in International Law
CC: 1713140372

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Jean Christophe Lievain
Maitrise en Droit des Affaires
CC: 1726146382

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”

Gabriel Esteban López Córdova
CC: 1716347990

AGRADECIMIENTOS

A Dios.

DEDICATORIA.

A mis abuelos Enma y César por el ejemplo, a mi madre por su lucha, a mi padre por el apoyo, a mis hermanos Carolina y Nicolás por su motivación y a mi sobrino Emilio por alegrar mi vida.

RESUMEN

El presente ensayo académico tiene por objeto demostrar jurídicamente cuáles son los efectos que produce la cláusula de remanencia misma que actúa otorgando una supervivencia a ciertas cláusulas luego de la denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs en adelante), en virtud de la necesidad de conocer las acciones que ha realizado el Estado ecuatoriano desde el año 2008 al proceder con la terminación unilateral de estos tratados.

Se iniciará con el presente análisis abordando a los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, desde sus inicios en la historia, su definición entendida para el sistema jurídico internacional, su anatomía de composición y contenido, sus efectos directos e indirectos dentro de los Estados signatarios y la forma por la cual se pueden terminar estos tratados.

Posteriormente se analizará a la cláusula de remanencia como principal objeto de este ensayo para poder entender de mejor manera su concepto y así, conocer su naturaleza jurídica. De igual forma, se identificarán las causas que han llevado a la creación de esta peculiar cláusula. Después, se identificarán los efectos jurídicos que la aplicación de esta cláusula conlleva después de la denuncia de un TBI.

Finalmente, se propone realizar un análisis comparado entre la cláusula de remanencia y la Constitución de la República del Ecuador con el fin de identificar si son compatibles o no. De igual forma se analizará brevemente la relación que existe entre la cláusula de remanencia y los arbitrajes internacionales referentes a inversiones para identificar el alcance y las consecuencias que la aplicación de esta cláusula produce.

ABSTRACT

This academic essay aims to demonstrate, in legal terms, the effects of the remanence clause after the denunciation of Bilateral Investment Treaties (BITs in future). This topic arises due to the need to know the actions carried out by the Ecuadorian State since 2008, when it carried on with the unilateral termination of these treaties.

The analysis addresses the Bilateral Treaties of Protection and Reciprocal Promotion of Investments: from its beginnings in history, its definition understood from the international legal system perspective, its composition and content, direct and indirect effects within the Signatory States and the manner in which these treaties may be terminated.

Subsequently, the remanence clause will be analyzed as the main object of this essay, in order to understand this concept and thus, know its legal nature. Likewise, the essay will identify the causes that have led to the creation of this peculiar clause. Then, there will be the explanation of the legal effects of the application of this clause after the denunciation of a BIT.

Finally, there will be a comparative analysis between the remanence clause and the Constitution of the Republic of Ecuador, in order to identify whether they are compatible or not amongst each legal document. Likewise, the relationship between the remanence clause and the international investment arbitration courts and it will be analyzed briefly to identify the scope and consequences of the application of this clause.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: Los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBIs).....	1
1.1 Antecedentes de los TBIs.	2
1.2 Definición y Objeto de un TBI.....	4
1.3 Estructura de un TBI.....	8
1.4 Efectos de los TBIs	12
1.5 Forma de terminación de los TBIs	17
CAPITULO 2: La cláusula de remanencia en los TBIs.....	20
2.1 Concepto de la cláusula de remanencia.....	20
2.2 Causas para la existencia de la cláusula de remanencia	23
2.3 Efectos de la cláusula de remanencia.....	26
CAPITULO 3: Análisis de la cláusula de remanencia en los TBIs suscritos por el Ecuador	27
3.1 El proceso de denuncia del Convenio CIADI.....	27
3.2 Proceso de denuncia de los TBIs suscritos por el Ecuador y la cláusula de remanencia.....	30
3.3 La relación entre los TBIs, la cláusula de remanencia y el arbitraje internacional	37
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	42
4.1. Conclusiones.....	42
4.2 Recomendaciones	42
REFERENCIAS	44
ANEXOS	47

INTRODUCCIÓN

En el año 2008 el Ecuador mediante informes vinculantes de la Corte Constitucional ha dado por terminado de manera unilateral varios de los 26 TBIs que ha suscrito de los cuales solamente algunos entraron en vigor desde la década de los 90 con diferentes países del mundo.

Este ensayo académico tiene como objetivo fundamental analizar desde el punto de vista jurídico, los procesos de denuncia. Así como también, la aplicación de la Cláusula de Remanencia misma que otorga una supervivencia a algunas cláusulas que están contenida en la mayoría de los TBIs. Por otro lado, se procederá a identificar los TBIs que aún están vigentes y los casos en los cuales el Ecuador ha sido llevado a arbitrajes internacionales en los cuales se han invocado dichos instrumentos internacionales.

El punto de partida para el presente análisis será definir y entender el contenido de los TBIs, es decir, su naturaleza para poder identificar su razón de ser y las cláusulas más importantes que se encuentran contenidas en estos tratados. Consecuentemente se hará referencia a los efectos que estos TBIs generan en el transcurso del tiempo y en especial después de su denuncia por el Ecuador.

Por otro lado, se realizará un análisis de general de la cláusula de remanencia dentro de los TBIs para entender su concepto, las causas para que esta cláusula exista y sus efectos inmediatos una vez aplicada.

Finalmente, se realizará un análisis de la Cláusula de Remanencia a la luz de la Constitución ecuatoriana para mejorar su entendimiento, cuales son los aspectos de similitud o diferencias entre la norma superior y estos instrumentos internacionales. Así como también, un análisis de la relación que existe entre esta cláusula y el arbitraje internacional referente a inversiones.

CAPITULO I: Los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBIs)

Para abordar este capítulo se tiene que conocer los hechos históricos que han llevado a la suscripción de estos instrumentos internacionales en el mundo. Por

esto se comenzará estudiando los antecedentes más importantes desde su nacimiento.

1.1 Antecedentes de los TBIs.

Los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones (TBIs en adelante) se multiplicaron desde la firma del primer TBI en 1959 entre Alemania y Pakistán hasta la actualidad. Como menciona Garriga (2009, p. 281) “en la actualidad son el motor principal de la liberalización de las inversiones”.

De acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (en adelante UNCTAD por sus siglas en inglés), se ha identificado dos grandes etapas de la firma de estos instrumentos internacionales, así como también, de los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones (AII) en general (UNCTAD, 2000. p.15).

La primera de estas etapas inicia desde 1945 a 1989 corresponde al fin de la Segunda Guerra Mundial, en la búsqueda de un nuevo proceso regulador del comercio internacional y las inversiones de carácter global fueron creándose estos primeros rasgos de lo que en un futuro serían los TBIs.

Esta primera etapa estuvo caracterizada por el gran desacuerdo que existía en la comunidad internacional en cuanto a la protección que ofrecía el derecho internacional a la inversión extranjera cuando ésta era tratada de manera secundaria por el Estado receptor de la misma (UNCTAD, 2008. p. 35).

En los años sesenta varios países, en su mayoría europeos comenzaron la firma de los TBIs con países en vías de desarrollo. Luego, en los años ochenta esto fue creciendo lentamente, sin embargo, es en los años noventa en donde el auge de la firma de estos instrumentos internacionales comenzaría a tomar mucha fuerza. Es aquí precisamente donde se da comienzo a la segunda etapa de la suscripción de los TBIs.

Los países africanos fueron de los primeros en suscribir los TBIs con Estados desarrollados como Alemania y Suiza (UNCTAD, 2000. p. 27). Por otro lado,

los países latinoamericanos fueron en un principio contrarios a la suscripción de los TBIs, rechazaron incluso la firma del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en adelante). No obstante, la situación económica y política de los años ochenta y noventa, llevaron casi obligatoriamente a la suscripción de los TBIs con el fin de obtener una porción de las inversiones de carácter global dentro de la región.

El Ecuador fue el primer país en Sudamérica en suscribir un TBI, mismo que fue con Suiza en 1968. Posteriormente en 1985 se suscribió el segundo con Uruguay, a este TBI se lo trató mediante notas reversales que son un mecanismo utilizado en Derecho Internacional Público para la aceptación de tratados. Finalmente, la mayor parte de los TBIs suscritos por el Ecuador se dio en la década comprendida entre 1992 y 2002 de acuerdo con las fechas que constan en los TBIs.

Esto se fue concretado con países de diferentes regiones del mundo. De esta forma, se suscribieron TBIs con países europeos exportadores de capital como Gran Bretaña, Francia, España y Países Bajos, con países en que estaba en auge la industrialización como Estados Unidos y Canadá, con otros Estados del continente como: Argentina, Panamá, Cuba, El Salvador, Chile, Perú, Paraguay, Bolivia, República Dominicana que fue suscrito en 1998 pero entró en vigor en 2006 y finalmente Venezuela. Con Estados de la antigua Unión Soviética como Rusia y Rumania, y por último con Estados de otros continentes como China y Egipto.

Según la UNCTAD, para el 2007 ya habían más de 2600 TBIs suscritos en el mundo (UNCTAD, 2008. p. 40). Los TBIs suscritos en la actualidad han pasado por filtros y procesos mucho más rigurosos como por ejemplo, debates legislativos más analíticos dentro de cada Estado que aquellos de los años sesenta hasta los noventa inclusive, ya que existe un control jurídico más fuerte por parte de los Estados, así como también, de diferentes organizaciones que se oponen a estos tratados ya que aducen que la firma de estos no generan un impacto positivo dentro de un Estado.

De igual forma, uno de los acontecimientos más recientes por las causas y los efectos que han generado los TBIs con el pasar de los años es que muchos de estos tratados han sido renegociados, con el objetivo de apegar su contenido con las normas actuales que rigen en diferentes Estados. A finales del año 2007 ya se habrían renegociado alrededor de veinte TBIs.

Uno de los mayores deseos para esta renegociación es la inclusión de cláusulas que protejan equitativamente a las partes, como las cláusulas de trato nacional y a la solución de controversias entre inversores y Estados. Los Estados que han sido los precursores en estas renegociaciones de los TBIs fueron Alemania (13), China (12), Marruecos (12), Egipto (11) y Bélgica-Luxemburgo (9) (UNCTAD, 2008. p. 35). En tal virtud, Peragón afirma que:

“Las economías en desarrollo, en el ámbito de sus estrategias nacionales de atracción de la Inversión Extranjera Directa, consideran que la firma de Convenios Internacionales, con las economías desarrolladas, constituye un determinante adicional que añadir a la lista de determinantes anteriores enviando una señal clara sobre sus intenciones de convertirse en zonas de localización preferente de la Inversión Extranjera Directa” (Peragón, 2013, p. 64)

Desde comienzos del año 2000, el Ecuador ha suscrito siete nuevos TBIs con distintos países y todos poseen las mismas cláusulas sustantivas comunes de los TBI a nivel internacional. El último TBI fue suscrito por el Ecuador en el 2002 y la última entrada en vigor de un TBI en el Ecuador fue en el año 2006 de acuerdo con la información que consta en la Cancillería.

1.2 Definición y Objeto de un TBI.

Los TBIs son acuerdos que se realizan entre dos Estados con el fin de asegurar que exista una efectiva protección a futuras inversiones que se realizan en Estados receptores por parte de inversionistas extranjeros (Arsen, 2003, p. 2).

A través de estos instrumentos se busca además promover e incentivar la inversión extranjera dentro de un Estado. El Derecho Internacional de Inversiones, recogido en gran parte en los TBIs, contiene principios propios que garantizan y promueven las actividades de los inversionistas extranjeros además de reglas dedicadas a la protección internacional de la inversión.

En estas se cuenta principalmente con la opción de poder demandar ante instancias internacionales en caso de que surja una controversia (Masiá, 2007, p. 14).

En tal virtud, se deja claro que las partes involucradas en una disputa de carácter internacional relativo a inversiones deben aceptar expresamente la jurisdicción del Tribunal que vaya a dirimir la controversia, por otro lado, existe la posibilidad de otorgar este consentimiento por un acuerdo realizado entre las partes o por un tratado, los cuales se diferencian principalmente por su contenido y alcance como es el de los Tratados por encima de un contrato internacional común.

Este tratado debe estar vigente entre el Estado receptor y el Estado de nacionalidad del inversionista. En cuanto a esto, Yepes, I, Larrea, N en su artículo denominado: “Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador” se menciona lo siguiente:

“En la actualidad, la doctrina concierne en la posibilidad de identificar cuatro disposiciones esenciales en los TBIs estas son las siguientes: (a) la recepción de las inversiones; (b) el tratamiento de las inversiones una vez constituidas; (c) la protección y garantía de estas inversiones; y (d) la solución de controversias entre los Estados parte del tratado y entre el Estado receptor de la inversión y el propio inversionista” (Yepes, I., Larrea, N., 2016, p. 111).

En el contexto anterior y en orientación hacia el flujo de capitales promovido por el Ecuador, se tomó la decisión mediante una política exterior, la negociación de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca

de Inversiones (TBI en adelante). Para lo cual, el Estado ecuatoriano negoció un total de treinta TBIs entre los años 1968 – 2002, de los cuales tres de ellos no entraron en vigor. Dos de ellos específicamente los negociados con Panamá y Costa Rica fue por falta de suscripción y el tercero el caso del TBI con Rusia por falta de ratificación del tratado.

Por lo tanto, son veinte y siete TBIs que si entraron en vigor, pero, el TBI suscrito con Egipto se extinguió el 19 de abril de 1995 por la no renovación de las partes, obteniendo como resultado a la actualidad un total de veinte y seis TBIs perfeccionados por el Estado ecuatoriano.

Una de las principales razones por las que se crearon los TBIs, fue para brindar protección a los inversionistas miembros de los Estados que han suscrito TBIs. Es por ello que cualquier tipo de acción en contra de lo contenido en estos instrumentos internacionales conlleva una violación debido al principio *pacta sunt servanda* (Convención de Viena, 1969, p.1); por ello cualquier tipo de conflicto que surja de la inversión realizada tiene una especie de resguardo especial, obviamente otorgada por el TBI, esto da como resultado una protección doble sobre el inversionista.

En virtud de lo anterior, Arsen, afirma que:

“El Estado, del cual es nacional, tiene un vínculo jurídico internacional con el Estado en donde ha efectuado su inversión, razón por la cual en caso de conflicto, el inversor puede requerir la asistencia de su propio Estado. Asimismo esta clase de tratados abre la posibilidad de dirimir conflictos entre un particular y un Estado, situación que resulta imposible o al menos sumamente complicada fuera del marco de esta clase de convenios”. (Arsen, 2003, p. 2).

En virtud de lo anterior, se puede claramente evidenciar que el inversor queda totalmente facultado para interponer una demanda invocando el TBI (UNCTAD, 2009, p. 27) que su Estado haya suscrito con el Estado receptor de las inversiones. Solicitando a un organismo arbitral internacional de carácter

imparcial que dirima o solucione el motivo de la controversia. De esta forma, el inversor y el Estado quedarían en una especie de igualdad que deriva gracias a las cláusulas y el contenido de los TBIs.

En general los inversores provienen de países desarrollados donde el capital y el desarrollo tecnológico son significativamente mayores en comparación con los Estados donde realizan sus inversiones, que por lo general son países en vías de desarrollo.

Por lo tanto, ante la posibilidad real de que estos últimos sean llevados a arbitrajes internacionales son más cautelosos al momento de irrespetar un TBI. Sin embargo, existen casos bastante relevantes donde aquello sucede con frecuencia.

El violentar un concepto o cláusula de un TBI conlleva a violar obligaciones contraídas con otro Estado, además de las obvias consecuencias políticas que seguramente serán peores para un país en desarrollo que para uno que ya ha cumplido con este proceso (Arsen, 2003, p. 15).

Una de las características más importantes que tienen los TBIs es que otorgan al inversionista una herramienta que no se puede encontrar en el derecho internacional o la costumbre internacional, dentro de las cuales el inversionista no está en la posición de para negociar diferentes condiciones o contenido de cláusulas con un Estado en el que se pretende realizar una inversión. Es por ello que los TBIs le otorgan esa posibilidad de acceso a un organismo internacional en el caso de existir una controversia entre el inversionista y el Estado.

Por lo expuesto anteriormente, se puede concluir que los TBIs fueron –en su mayoría- creados por países desarrollados, con el principal objetivo de adecuar un entorno agradable y seguro para que sus inversiones y sus inversionistas se vean protegidas en todo momento, de esta forma se cumplía el ideal de contar con un instrumento de carácter vinculante entre las partes que genere

obligaciones y responsabilidades para cualquiera que no las cumpliera. Así, es como se crearon los TBIs.

1.3 Estructura de un TBI

En cada TBI existen cláusulas especiales que contienen diferentes obligaciones para las partes. La mayoría de los TBIs responde a un convenio macro, es decir, que estos derivan de un modelo que ha sido utilizado por la mayoría de Estados al momento de suscripción. Sin embargo de acuerdo con el autor Suarez Anzorema define lo siguiente:

“Una de las principales reglas a tener en cuenta al interpretarse los TBIs es la siguiente: parecen todos iguales, pero no lo son, y pueden haber diferencias más o menos sutiles entre ellos con decisivas consecuencias frente a un caso determinado” (Suarez Anzorema, 2010. p. 66).

Por ello, el Ecuador no ha sido la excepción. La mayoría de los TBIs suscritos por el Ecuador contienen las cláusulas estándar o más comunes, mismas que se detallan de manera general a continuación:

- a) La definición de inversión: Esta cláusula consta dentro de los aspectos generales de los TBIs. Además, expresa y define qué es lo que se entiende por inversión bajo el espíritu de estos tratados, así como también, da un concepto material sobre la razón por la cual está inmersa dentro del TBI. La autora Garriga Suau expone lo siguiente referente al concepto de inversión contenido en los TBI:

“Las inversiones configuran el objeto material de los BITs. Ahora bien, las diferentes connotaciones que el contenido de las inversiones reviste en los diferentes ordenamientos jurídicos han provocado que no exista una definición uniforme que pueda utilizarse para todos los BITs” (Garriga, 2009, p. 285).

- b) Trato nacional: Si bien es cierto esta cláusula nace de acuerdos comerciales principalmente, también ha sido utilizada para resumir

las obligaciones que le corresponde al Estado que recibe la inversión y por ende al inversionista y se diferencia con la cláusula de trato y equitativo por su ámbito de aplicación.

Esto es, el otorgar el mismo comportamiento, del mismo nivel tanto a la inversión que proviene del extranjero tal como se la otorga a la inversión nacional. Esto conllevó de igual forma en la práctica a que no se soliciten o se requieran procedimientos administrativos que dilaten o entorpezcan el ingreso de la inversión, o peor aún, solicitar trámites engorrosos para los inversionistas. Esta cláusula busca la equidad entre inversionista-Estado.

- c) Trato justo y equitativo: Esta cláusula proporciona un consentimiento que se entiende en el derecho internacional y que otorga el grado de tratamiento que se debe otorgar a la inversión o al inversionista extranjero.

Por lo general dentro de esta cláusula se contemplan las “expectativas” de los inversionistas para realizar este cometido. Se tiene que precisar que una vez que la inversión sea aceptada en el Estado receptor de la misma, queda bajo la jurisdicción de dicho Estado, es en este momento en el cual la legislación nacional de ese Estado y esta cláusula se activan, con el fin de obtener las mismas condiciones para los inversionistas como las que se tienen con los nacionales. Se basa en el principio de no discriminación. Además, la autora Garriga (2009, p. 305) sostiene que:

“Ahora bien, ningún BIT acomete la definición de lo que se deba entenderse por tratamiento justo y equitativo. Al respecto, la doctrina es prácticamente unánime al resaltar que el referido principio, en tanto que concepto jurídico indeterminado, presenta un significado no unívoco como lo demuestran la jurisprudencia,

las decisiones arbitrales y los autores que se han venido posicionando [...]"

- d) Nación más favorecida: En derecho internacional esta cláusula es conocida como Normas de Trato.

El objetivo de esta cláusula es el de otorgar un trato que beneficie de mayor forma al Estado con el cual se ha suscrito este instrumento, en comparación con aquellos Estados con los cuales no existe un TBI. Para esto la autora Arsen (2003, p. 12) afirma que:

“(...) las compañías y/o productos de un país determinado deben ser tratados no menos favorablemente que los nacionales, compañías y/o productos que de cualquier otro tercer Estado”

Por otro lado, el autor Suarez (2010, p. 85) menciona lo siguiente:

“Las cláusula de nación más favorecidas son disposiciones que implican el compromiso por parte de los estados contratantes de darle a los beneficiarios de sus términos (en este caso, los inversores bajo un cierto TBI) un tratamiento no menos favorable que el que se les da a otros nacionales en lo que concierne a ciertas materias”.

Estas dos posturas se diferencian por el alcance que trata la primera autora que es más amplio, mientras que el segundo autor se rige a los TBIs y a ciertas materias.

- e) Expropiación: Esta cláusula es una de las más controversiales por los efectos que genera dentro del texto de los TBIs ya que es bastante clara en cuanto a su alcance y su objetivo.

Lo anterior puede comprobarse en el artículo tercero del TBI entre Ecuador y Estados Unidos que se refiere a expropiaciones, mismo que dispone lo siguiente:

“Art. III: 1.- Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (expropiación”), salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II. La indemnización equivaldrá el valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad; se calculará en una moneda autorizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento; se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, y será transferible libremente. (TBI Ecuador – Estados Unidos, p. 6)

2.-El nacional o sociedad de una Parte que sostenga que su inversión le ha sido expropiada total o parcialmente tendrá derecho a que las autoridades judiciales o administrativas competentes de la otra Parte examinen su caso con prontitud para determinar si la expropiación ha ocurrido y, en caso afirmativo, si dicha expropiación y la indemnización correspondiente se ajustan a los principios del derecho internacional.”

- f) Solución de controversias: Esta cláusula estipula las razones y motivos por los cuales en el caso de existir una controversia o disputa entre las partes que no pueda ser resuelta de manera diplomática y amigable por medio de una negociación previa, las

partes pueden optar por solucionar dicha controversia en una instancia imparcial, en la mayoría de los TBIs consta como método de solución de controversias el arbitraje internacional mientras que en otros propone una solución amistosa entre las partes o a su vez aplicar la jurisdicción del Estado receptor.

Por ejemplo en el TBI entre Ecuador y Estados Unidos dentro del artículo VII se menciona al Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en adelante) como el órgano designado para resolver la controversia.

- g) La cláusula de remanencia: Esta cláusula la cual es el objetivo principal del presente ensayo que será desarrollada a detalle más adelante. Sin embargo, se puede adelantar que tiene como objeto otorgar la posibilidad de que el contenido de los TBIs se mantengan vigentes y puedan ser aplicados aun cuando un Estado parte haya denunciado dicho tratado.

Esta cláusula permite un tiempo bastante considerable que en la mayoría de los TBIs es de diez a quince años de vigencia del tratado después de su denuncia. Esto conlleva a mantener vivas las obligaciones inversionista-Estado, incluyendo la posibilidad de mantener la solución de controversias en organismos internacionales de arbitraje.

1.4 Efectos de los TBIs

Si bien es cierto, en Latinoamérica los niveles de competitividad no parecen estar relacionados con los TBIs. El Foro Económico Mundial (en adelante FEM) en uno de sus informes ha indicado que en nuestra región ha existido un crecimiento económico en los últimos años a causa de materias primas principalmente mas no se debe particularmente a los TBIs.

La herramienta que se utilizó en el Ecuador como fue la suscripción de los TBIs no ha generado el impacto deseado, ya que la inversión extranjera aun depende de otros factores como la seguridad jurídica etc. Para el perfeccionamiento de los TBIs se elaboró y se acomodó gran parte de la normativa interna para que estos tratados sean compatibles con nuestra normativa y así surjan sus principales efectos.

Uno de los principales efectos fue atraer la inversión extranjera directa. Cuestión que comenzó en un principio, pero a la par comenzaron los problemas desde los años noventa donde empezaron los primeros arbitrajes internacionales relativos a inversiones. Por ello, cabe realizarse la siguiente pregunta: ¿Los TBIs cumplieron su objetivo de atraer inversionistas y ayudar a crecer la economía nacional?.

Es menester mencionar que los efectos de los TBIs si bien es cierto son para los Estados signatarios de dichos tratados, sus efectos también son aplicados para los inversionistas nacionales de dichos Estados, individuos particulares, compañías o sociedades comerciales etc. Esto da como resultado a varios actores partícipes de estos instrumentos internacionales.

Los TBIs han sido esa especie de conector o vínculo, que permitiera que los recursos excedentes en los países desarrollados pudieran acceder a los países necesitados de los mismos y de esta forma promover su desarrollo (Carlson Scott, 1995, p. 152).

Gracias a las inversiones y capitales provenientes del extranjero los Estados en crecimiento también podrían acceder a diferentes tipos de financiamiento de carácter internacional, mismo que constaría de plazos bastante amigables, podrían expandirse a mercados a los cuales su llegada no se veía en un futuro cercano haciéndose más competitivos a nivel internacional. Así también, adquirir tecnología proveniente de los Estados desarrollados. En fin, ser parte del comercio mundial.

Dentro de estas razones por las cuales se procedió con la suscripción de los TBIs, también se idealizó mejorar y promover el empleo nacional por parte del Inversionista extranjero en el Estado que realice la inversión. Aportando mejores herramientas de conocimiento y capacitación laboral dentro de dicho país, de igual forma, una mejora en las condiciones laborales y salariales, que se derivarían en un mejor estilo de vida para quienes puedan ser partícipes de dicha inversión para lo que un efecto multiplicador sería lo ideal (Fatouros, 1995, p. 650).

Todos estos beneficios serían en su mayoría usando los recursos naturales del Estado receptor de la inversión extranjera, así como también, la creación de una infraestructura especializada principalmente en transporte y energía utilizando en medida de lo posible “tecnología limpia”.

Todos estos efectos inmediatos serían gracias a los TBIs, que permiten que la inversión extranjera directa llegue con todo su potencial. Pero esto supone una disminución de filtros y controles en cuanto a los procesos internos para que los inversionistas extranjeros puedan realizar el cometido.

Facilitar los procedimientos burocráticos para no dañar las relaciones diplomáticas entre los Estados signatarios de un TBI, el trato nacional, el trato justo y equitativo y el trato como nación más favorecida a los inversionistas mismas que suponen según Robalino (2009, p. 42) en lo siguiente:

“La no discriminación comprende dos sub-estándares, que son el trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida. En otras palabras, dicho tratamiento debe ser igual o no menos favorable que aquel que el Estado otorga a sus propios nacionales (trato nacional), y también debe ser igual o no menos favorable que el tratamiento aquel que el Estado receptor otorga a los nacionales de otros países (cláusula de la nación más favorecida)”.

No obstante de los efectos positivos que pudieron haber tenido los TBIs, se tiene que señalar que no todos cumplieron con lo mencionado anteriormente.

Cada uno de los TBIs suscritos por diferentes Estados y por el Ecuador causaron efectos diferentes para las partes entre los cuales, en su gran mayoría se detallan los siguientes:

- a) Derechos de los inversores por sobre los nacionales: Si bien es cierto los TBIs estaban diseñados para atraer la inversión extranjera poco a poco fue ocurriendo lo contrario. Entre este intento por incentivar el ingreso de capitales la producción y la industria nacional se vería afectada porque los productos, bienes y servicios que provenían de la inversión extranjera directa, eran una competencia bastante desequilibrada en comparación de lo ofrecido en ese entonces por la mano de obra de los estados receptores.
- b) La obligación del Estado receptor de otorgar todas las facilidades a los inversionistas extranjeros: tiene como objetivo eliminar rotundamente cualquier tipo de discriminación hacia la inversión extranjera, más bien lo que propone es dejar todas las barreras que limitan el ingreso de capitales incentivando a otorgar todas las facilidades necesarias para que los inversionistas accedan a crear una fuente de ingresos en el Estado receptor de la inversión.

Sin embargo, si la intención es buena para cualquier Estado en desarrollo, también supone un efecto contrario ya que se tiene que dejar de lado la jurisdicción local por parte del Estado que recibe la inversión, esto conlleva a limitar de alguna forma el actuar de las autoridades de dicho Estado frente a un inversor internacional debido a lo contenido en la cláusula de solución de controversias. Como es un ejemplo lo contenido en los TBIs suscritos por el Ecuador.

- c) Libre transferencia de divisas: el flujo de capitales hacia el Estado receptor de la inversión fue uno de los objetivos por los cuales se suscribieron los TBIs, sin embargo, la libre transferencia de divisas para el inversionista provenientes de sus ganancias eran poco a poco

remitidos a sus países de origen, es decir, no se quedaban dentro del Estado receptor. Por ello, este efecto también tuvo su contradicción ya que se buscaba que dichos capitales se queden en el país receptor y así siga el flujo normal de la economía local.

- d) El derecho de expropiación: Este efecto está contemplado dentro del texto de los TBIs siempre y cuando existan las justificaciones correspondientes por parte del Estado receptor para este cometido. Es decir, siempre y cuando la expropiación se realice con un fin público, que no sea de manera discriminatoria y que ésta expropiación venga acompañada del pago o compensación total en beneficio del inversionista (Arsen, 2003. p 36).

Este efecto, es otro que producen los TBI dentro de los Estados receptores de inversión, por lo que el valor de la compensación sería sumamente alto y de esta forma se estaría dando un mensaje erróneo al inversionista sobre la seguridad jurídica de ese Estado receptor.

- e) Solución de controversias: Este efecto se da si al momento de existir una controversia entre un inversionista extranjero miembro de un Estado signatario de un TBI contra el Estado receptor de la inversión quien también es signatario de dicho tratado, no puede ser resuelto de manera amistosa. Podrán cualquiera de las partes someter dicha disputa a organismos arbitrales internacionales. Esto conlleva dos efectos, el primero es que evidentemente el laudo arbitral no será emitido dentro del Estado receptor donde ocurrió la disputa por lo tanto la jurisdicción nacional queda de lado. Y el segundo es, que pone en igualdad de condiciones al inversionista extranjero con el Estado.

1.5 Forma de terminación de los TBIs

Existen diferentes circunstancias por las que se puede dar por terminado un TBI mismas que corresponden a las expresadas en el contenido de las cláusulas que se encuentran dentro de cada TBI. Cada uno de los TBIs señala en su parte pertinente la forma por la cual se dará por terminado el mismo, esto depende su contenido, sin dejar de lado que al ser un tratado internacional debería seguir el proceso normal empleado en el derecho internacional. Sin embargo, es necesario señalar tres formas de denuncia que según la UNCTAD están contenidas en la mayoría de los TBI, las cuales se detallan a continuación:

- a) El TBI puede ser denunciado en cualquier momento una vez cumplido el plazo por el cual fue suscrito.
- b) El TBI puede ser denunciado en cualquier momento, sin plazo.
- c) El TBI puede ser denunciado de manera unilateral.

Es por esto, que en el mismo texto de los TBIs se considera el plazo que en el que debe realizarse la denuncia para que ésta surta efecto jurídicos antes del plazo de vencimiento inicial, esto puede ser seis, nueve o doce meses según lo estipulado en cada TBI. El TBI entre Ecuador y Estados Unidos dispone lo siguiente:

“Artículo XII: 1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por un período de 10 años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo. El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.

2. Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento

posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación.

3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación (TBI Ecuador – Estados Unidos, 1993. p. 12)

Hasta el momento el Ecuador ha procedido con la denuncia de todos los TBIs suscritos. Sin embargo, esto se ha realizado en dos fases importantes. La primera se realizó bajo la Constitución del Ecuador de 1998, de acuerdo con la cual la denuncia de tratados internacionales correspondía exclusivamente al Presidente de la República. Esta fase culminó con la denuncia de nueve TBIs entre los cuales constan República Dominicana, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y Rumania.

La segunda fase de denuncia se llevó a cabo bajo la Constitución del Ecuador del 2008 en concordancia con la Ley Orgánica de la Función Legislativa, misma que establece que el proceso de denuncia de los tratados internacionales requiere para este efecto un dictamen de carácter vinculante por parte de la Corte Constitucional y posteriormente la aprobación de la Asamblea Nacional.

En virtud de lo anterior tenemos que la denuncia es uno de los modos de terminación de los tratados de conformidad al literal a) del artículo 54 de la Convención de Viena de 1969. Sin embargo, dentro de la Constitución de la República del Ecuador la denuncia de un tratado puede celebrarse cumpliendo con estas condiciones como se prevé en el artículo 419 de dicho instrumento;

“Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir,

modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 419)

Este requisito tiene que ser cumplido a cabalidad para que el proceso de denuncia surta los efectos jurídicos necesarios. En el caso de los TBIs a denunciarse el trámite es claro de acuerdo con la norma antes citada. Se debe adquirir la aprobación previa de la Asamblea Nacional.

El 3 de mayo del 2017 la Asamblea Nacional procedió con la aprobación previa a la denuncia de doce TBIs que fueron suscritos con China, Chile, Venezuela, Países Bajos, Suiza, Canadá, Argentina, Estados Unidos, España, Perú, Bolivia e Italia.

Todos los TBIs nombrados anteriormente tienen el dictamen de la Corte Constitucional, mismo que es requisito fundamental para este cometido.

La Comisión de Relaciones Internacionales de la Asamblea Nacional preparó la información para dar conocimiento y posteriormente votación del pleno, uno de los principales fundamentos fue que los TBIs contradicen el artículo 422 de la Constitución del Ecuador que contiene 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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 422).

Ahora bien, después del análisis de los TBIs como instrumentos internacionales, se profundizará en la cláusula de remanencia dentro de los TBIs tal como se detalla a continuación.

CAPITULO 2: La cláusula de remanencia en los TBIs

Una vez analizado el proceso de denuncia de los TBI. Se procede a realizar un análisis profundo de la cláusula de remanencia, la cual, tiene por objeto reactivar ciertas cláusulas contenidas en un TBI. Para lo cual, lo abordaremos a continuación:

2.1 Concepto de la cláusula de remanencia

La cláusula de remanencia también conocida como cláusula de supervivencia, es una disposición convencional de naturaleza especial incluida en los TBIs, por la cual, los Estados contratantes consienten en una prolongación de las obligaciones que nacen de dicho instrumento.

En consecuencia, la cláusula de remanencia es la estipulación de carácter obligatorio contenida en un tratado bilateral por la cual el Estado que lo denuncia no queda exento de sus obligaciones internacionales concernientes a las inversiones realizadas antes de dicha denuncia. Los efectos jurídicos para la denuncia inician sobre todas aquellas actividades que se hayan realizado después del cumplimiento de lo contenido en dicha cláusula.

En general, la denuncia produce sus efectos años después como en el caso del tratado con Estados Unidos, o seis meses como lo determina el tratado con

Holanda. Tal como se detalla a continuación. En el caso del artículo XII numeral 3 del TBI suscrito entre el Ecuador con los Estados Unidos, está redactado de la siguiente manera:

“[...] con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación” (TBI Ecuador Estados Unidos, 1993. p. 11).

Debido a la cláusula de remanencia, la denuncia producirá todos los efectos jurídicos internacionales, diez años después de haber sido notificada. Es decir, la reactivación de las cláusulas que estén especificadas en la cláusula de remanencia.

La denuncia produce sus efectos integrales, pero estos son limitados por dicha cláusula en cuanto a obligaciones anteriormente contraídas entre las partes y para las que estén en curso de ejecución, misma que se justifica por la necesidad de asegurar a todo inversor el beneficio del trato justo y equitativo así como también, todas las demás cláusulas sustantivas contenidas en los TBIs durante un tiempo estipulado en dicha cláusula para la amortización de su inversión (Granato, 2007. p. 27). Es decir, que todo inversor recibirá la protección del tratado por todo el tiempo determinado en la cláusula de remanencia.

Este tipo de cláusula es única en los TBIs puesto que el derecho de los tratados no la contempla. Tampoco existe doctrina vinculante o que explique su naturaleza u objetivo principal, de igual manera no se conoce información respecto de su implementación, si forma parte integral del tratado o simplemente surte efectos a raíz de la denuncia de éste o a su vez se encuentra en una especie de reposo hasta que se cumpla el acto jurídico que es la denuncia del TBI para que ésta se active y produzca sus efectos jurídicos.

El fin más importante que tiene la cláusula de remanencia es que el Estado que procede con la denuncia de un TBI no se desentienda de sus obligaciones de carácter internacional que tengan que ver con las inversiones que fueron realizadas en dicho Estado antes de la denuncia, aun cuando el TBI haya llegado a su fin.

La naturaleza de esta cláusula es *sui generis*, en virtud que las partes al momento de la suscripción de un TBI consienten de manera expresa la aceptación del contenido de esta cláusula, misma que dispone la extensión en el tiempo de los efectos del TBI después de haber denunciado el mismo. Es decir, que a pesar de existir la denuncia del TBI por una de las partes signatarias, éste continuará produciendo efectos jurídicos por un lapso determinado de tiempo.

En el caso particular del Ecuador todos los TBIs suscritos con diferentes países del mundo tienen diferentes periodos de tiempo en cuanto a la cláusula de remanencia. Como por ejemplo: El TBI con Egipto tiene una duración de tres años –aunque este ya no se encuentre vigente-. El TBI con Rusia y Perú tienen un periodo de vigencia después de la denuncia de quince años. Como se detalla a continuación:

“[...]3. Con relación a aquellas inversiones realizada con anterioridad a la fecha del término del presente Convenio las disposiciones del presente Convenio permanecerán en vigor durante los próximos quince años a partir de esta fecha” (TBI Ecuador – Rusia, p. 10).

Solamente el TBI suscrito con Canadá no tiene periodo de tiempo.

En cuanto a esta cláusula se ha generado una especie de tendencia ya que veinte y tres de los TBIs suscritos por el Ecuador tienen una vigencia después de la denuncia de diez años. De igual forma, estos TBIs contienen términos de renovación automática, es decir, que si una de las partes no da por terminado el TBI al vencer su plazo normal de vigencia, automáticamente este es renovado por un periodo igual al anterior. Por lo general, son de diez años.

La cláusula de remanencia o supervivencia está inmersa en la mayoría de los TBIs suscritos por el Ecuador, como se puede observar en el Anexo No.1 del presente Ensayo.

2.2 Causas para la existencia de la cláusula de remanencia

La cláusula de remanencia nace a partir de la necesidad de protección al inversor. Es decir, esta cláusula tiene un fin proteccionista en favor de quien haya realizado una inversión en otro país con quien existe un TBI de por medio. Esto con el fin de que si el Estado receptor de dicha inversión desea dar por terminado el TBI y con el objetivo de precautelarse los intereses económicos del inversionista se activa esta cláusula.

Esta cláusula ha sido utilizada en la gran mayoría de los TBIs, no solo en los suscritos por el Ecuador, sino, por todos los países de Latinoamérica que se han sujetado a este formato de TBI. Prácticamente esta cláusula se encuentra inmersa dentro de los considerandos de vigencia de los TBI.

En cuanto a la vigencia la autora Garriga Suau (2009, p. 299) expresa lo siguiente:

“Si a la finalidad de aportar estabilidad y seguridad jurídica a las inversiones extranjeras añadimos la naturaleza duradera intrínseca a las mismas no resulta extraño que todos los BITs prevean disposiciones que establecen la continuación de la vigencia de los mismos, incluso en la hipótesis de que alguna parte los denunciara, por un periodo igual al de su vigencia inicial” (Garriga, 2009, p.299).

Una de las características más importantes de esta cláusula es la que precisamente se activa al momento de producirse la denuncia de un TBI la cual es reactivar ciertas cláusulas del tratado por parte de un Estado que lo haya suscrito con anterioridad. Esto genera que el contenido del TBI se encuentra aún vigente por el periodo que esta cláusula lo determine. Permite un periodo de plena actividad posterior a la vigencia formal del tratado y habilita a que las obligaciones que se desprenden de éste como la de la solución de

controversias, entre otras, sigan totalmente activas. En virtud de lo anterior, Dorín (2015. p. 4) afirma lo siguiente:

“Los Convenios aseguran la protección de los inversores extranjeros por un período inicial de diez años, renovables. Poseen, incluso, la "cláusula de remanencia" (de 10 o 15 años, según el caso) en virtud de la cual se prevé que el convenio continuará aplicándose, aún después de terminado el mismo, a inversiones efectuadas antes de su expiración. Ese efecto se justifica por la necesidad de asegurar a todo inversor el beneficio del trato durante un tiempo juzgado necesario para la amortización de su inversión”.

La cláusula de remanencia entonces, obedece a una sola causa misma que es la protección de las inversiones realizadas por el inversionista antes de la denuncia de un TBI que puede ser realizada por el Estado anfitrión, lo cual tiene lógica desde este sentido. Por lo cual, la naturaleza de esta cláusula es netamente de carácter económico y jurídico. Sin embargo, la disyuntiva que se ha generado en cuanto al contenido de esta cláusula se refiere a que si ésta es parte integrante del TBI, es decir, si sigue el mismo camino que el tratado o si ésta es autónoma.

Esta duda nace porque al momento de la denuncia de un TBI -si se considera lo primero- todo el contenido deja de surtir efectos jurídicos incluyendo a esta cláusula, pero, existe la otra postura que determina que esta cláusula es autónoma, porque es al momento de la denuncia cuando ésta se activa y produce sus efectos jurídicos ya que no sigue la misma suerte del TBI en general, sino que esta mantiene vivas las obligaciones correspondientes a las inversiones que se hayan realizado antes de la denuncia.

Un ejemplo claro es lo contenido en el artículo XII numeral tres del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos que se detalla a continuación:

“1. El presente Tratado entrará en vigor treinta días después de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación y permanecerá en vigor por

un período de 10 años y continuará en vigor a menos que se denuncie de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del presente Artículo. El presente Tratado se aplicará a las inversiones existentes en el momento de su entrada en vigor y a las inversiones que se efectúen o adquieran posteriormente.

2. Cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años, o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación.

3. Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación” (TBI Ecuador Estados Unidos, 1993. p. 10).

Al momento de la aplicación de la cláusula de remanencia es cuando se cumple con el objetivo de que ésta se haya incluido en la mayoría de formatos de TBI en el mundo. El cual el brindar seguridad jurídica y protección al inversionista para lograr en el tiempo que determine esta cláusula recuperar lo invertido o viceversa, poder retirar la inversión realizada, cuestión que lleva varios años según el tipo de inversión que se haya realizado.

Por otro lado, también tiene un lado negativo en virtud de la posibilidad de poder aplicar todas las disposiciones contenidas en un TBI, incluyendo la solución de controversias ya que se llegaría a un arbitraje internacional como consta dentro del TBI suscrito entre el Ecuador y Estados Unidos en el artículo VI tal como se detalla a continuación:

“[...]a) Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 y hayan transcurrido seis meses desde la

fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

i) Del centro internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”) establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros estados, hecho en Washington el 10 de marzo de 1965 (“Convenio del CIADI”), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o

ii) Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o

iii) Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Internacional (CNUDMI), o

iv) De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convenga las partes en la diferencia.

b) Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento (TBI Ecuador - Estados Unidos, 1993. p. 7)

2.3 Efectos de la cláusula de remanencia

Los efectos que produce la cláusula de remanencia son aquellos que producen los TBI en su forma general, es decir, esta cláusula activa a todo el contenido del tratado en cuanto a las inversiones realizadas antes de la denuncia del TBI. Por lo cual, las cláusulas sustantivas van a seguir siendo aplicadas y van a seguir generando efectos jurídicos para las partes.

Por otro lado, si la inversión es realizada después de la denuncia del TBI las obligaciones que se deriven de ello ya no estarán protegidas por el contenido del tratado, sino versarán sobre el derecho interno del Estado receptor.

Por otro lado, la cláusula de remanencia al gozar de autonomía en cuanto a su aplicación dependerá si al momento de la denuncia de un TBI simplemente el Estado denunciado decidirá si la objeta o no. Es decir, tendrá que expresar su aceptación de la totalidad de la denuncia del TBI o hará notar que existe de por medio esta cláusula y pedirá que se la respete por el tiempo que esté determinado en el TBI.

En el caso ecuatoriano dentro del primer bloque de denuncias de los TBI que se lo realizó bajo la Constitución de 1998 solamente Rumania hizo constar que existe de por medio la cláusula de remanencia. El resto de países simplemente se adhirió al contenido de la denuncia y en algunos casos ni siquiera existió una respuesta de por medio, a sabiendas que dentro de esos TBIs también consta esta cláusula.

Ahora bien, una vez entendido el concepto, las causas para la existencia de la cláusula de remanencia y sus efectos. Se va a abordar en el siguiente capítulo los aspectos jurídicos de esta cláusula, es decir, un análisis en derecho apegado a la normativa ecuatoriana tal como se detalla en el capítulo siguiente.

CAPITULO 3: Análisis de la cláusula de remanencia en los TBIs suscritos por el Ecuador

Después de haber entendido la relación entre la cláusula de remanencia y los TBIs, se profundizará realizando un análisis comparativo entre ésta cláusula y la Constitución ecuatoriana, así como también, el porqué de la relación de esta cláusula contenida en los TBIs con el arbitraje internacional.

3.1 El proceso de denuncia del Convenio CIADI

Para el análisis de este subtema se tiene que comprender que lo que se pretende es una comparación netamente jurídica entre la cláusula de remanencia y la Constitución de la República del Ecuador. Todo esto, en virtud de los efectos que se pudieron observar en el capítulo segundo del presente ensayo. Uno de ellos y como el más importante tenemos la vigencia y

aplicabilidad del contenido de un TBI inclusive después de haber sido denunciado gracias a lo dispuesto en esta cláusula.

Antes de profundizar en el análisis objeto de este subtema obligatoriamente se tiene que tratar antecedentes que han marcado una pauta dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y latinoamericano. Inclusive es necesario señalar las acciones que el Ecuador ha tomado desde el 2009 con la denuncia del Convenio CIADI.

Si bien es cierto se conoce que el Estado ecuatoriano denunció el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI en adelante), mismo que paralelamente al surgimiento del derecho internacional de inversiones extranjeras fue creado como un sistema específico para la solución de conflictos derivados de las inversiones extranjeras.

El autor Salvador (2010. p. 91) lo define de la siguiente manera:

“Este Centro, conocido por sus siglas CIADI en español, ICSID en inglés y C IRDI en francés, es una organización internacional autónoma creada a raves del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. La organización, dependiente del Banco Mundial, cuenta en la actualidad con más de 140 Estados signatarios”.

El Ecuador con el fin de atraer los capitales extranjeros, suscribió este Convenio el 15 de enero de 1986, sin embargo, el Ecuador es uno de los países latinoamericanos que más participaciones ha tenido en el CIADI debido a las grandes cantidades de demandas arbitrales que ha recibido a lo largo de los años. (Salvador, 2010. p. 92).

Bajo el Decreto Ejecutivo No. 1823 de fecha 2 de julio de 2009 el Ecuador declaró y dio por terminado el CIADI, derogando inmediatamente el Decreto Ejecutivo 1417-B del 06 de abril de 2001. El Estado ecuatoriano tomó esta decisión en virtud de que la mayoría de las demandas arbitrales eran ventiladas

en dicho centro, cuestión por lo cual se tomó medidas drásticas como fue la denuncia.

Otros de los argumentos que utilizó el Estado ecuatoriano para denunciar el CIADI según Salvador (2010, p. 93) fueron:

“Entre los argumentos esgrimidos por el Gobierno para separarse del CIADI están la supuesta cesión de jurisdicción al CIADI con detrimento de la soberanía, la falta de neutralidad del foro a favor del inversionista y la contradicción que existe con la Constitución del Estado ecuatoriano en su artículo 422”.

Es evidente que detrás de la denuncia del Convenio CIADI tiene un tinte no solo jurídico sino también político. Sin embargo, nos remitiremos a las normas estrictamente.

Una vez denunciado el CIADI nace la primera interrogatoria ¿Qué pasa con la cláusula de Solución de Controversias de los TBI si el Ecuador ha denunciado el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)?

Varios de los TBIs contienen en sus cláusulas de solución de controversias como centro donde se solucionará cualquier tipo de disputa que surja entre las partes al CIADI categóricamente. Entonces, si el Ecuador denunció este centro por la afectación que este tiene a la soberanía, prácticamente se está contraponiendo a lo estipulado en el TBI y automáticamente nace otro cuestionamiento legal el cual es la aplicación de las normas, internas o extranjeras.

Ahora bien, si el Estado ecuatoriano tomó a la soberanía como la causal principal para la denuncia del CIADI existe una contradicción a lo estipulado en el artículo 190 de la Constitución que reconoce al arbitraje sin ningún tipo de distinción nacional o internacional, mismo que contiene 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 [...]” (Constitución de la República del Ecuador, 2008. p. 94.)

Adicionalmente no se puede inferir una afectación a la soberanía si es que ésta entendida desde el derecho internacional público como el estatus legal internacional del Estado que no está sujeto, en su jurisdicción territorial, al gobierno ejecutivo, legislativo o judicial de otro Estado o ley extranjera que no sea o no forme parte del Derecho Internacional Público (Salvador, 2010. p. 95).

El autor Steinberger (1992. p. 512) define a la soberanía de la siguiente manera:

“La soberanía es un estado legal incluido pero no superior al derecho internacional público. Apoyarse en la soberanía no exime de acatar las normas del derecho internacional, ya sea en forma general o en forma de tratado. Esta obligación puede, y con frecuencia, restringe la libertad de acción de un Estado y por ende, el ejercicio de su soberanía, pero no disminuye o priva de su soberanía como un status jurídico”

A pesar del desarrollo de las dos posiciones descritas anteriormente, el Estado ecuatoriano de igual forma procedió con la denuncia del CIADI y paralelamente como se analizó en el capítulo dos, la denuncia de los TBIs.

3.2 Proceso de denuncia de los TBIs suscritos por el Ecuador y la cláusula de remanencia

Ahora bien, entrando al contenido del subtema del presente capítulo tenemos que gracias a la cláusula de remanencia el contenido de un TBI va a seguir surtiendo obligaciones para los signatarios después de su denuncia, sin

embargo, este es uno de los problemas jurídicos más graves que atraviesa el Ecuador en estos momentos.

Cuando el Ecuador suscribió el Convenio CIADI declaró que estaba dispuesto a someter cualquier tipo de disputa referente a inversiones ante este centro, entre otras posibles instancias o reglas de arbitraje. Esto cumplía con todas las solemnidades internacionales requeridas en el momento para que surta efectos para el Ecuador.

Si la cláusula de remanencia activa todo el contenido de un TBI después de su denuncia, en el caso del Ecuador existe un problema jurídico mucho mayor que se resume en la siguiente pregunta: Una vez denunciado el Convenio CIADI y posteriormente denunciado un TBI ¿Cómo se aplica la cláusula de solución de controversias y a su vez la cláusula de remanencia?

Este es uno de los efectos más complejos que presenta la cláusula de remanencia entendida como aquella que activa ciertas partes del contenido de un TBI en cuanto a las inversiones u obligaciones contraídas antes de la denuncia de dicho tratado.

Sin embargo, la cláusula de solución de controversias que muchas veces contempla al CIADI expresamente como el centro donde se resolverán la disputa surgida entre las partes también ha sido denunciado, dejando ese vacío legal que más adelante será abordado en profundidad.

Una de las particularidades de la cláusula de remanencia es que actúa como norma independiente que está contenida dentro de un TBI, sin embargo, aun cuando termina mediante la denuncia de un TBI este mecanismo jurídico obliga al Estado que ha dado por terminado unilateralmente dicho tratado a respetar todas y cada una de las cláusulas y obligaciones contractuales que hayan surgido para aquellas inversiones realizadas con anterioridad a este acto y que se hayan estipulado en el TBI.

Por otro lado, para aquellas obligaciones o inversiones realizadas después de la denuncia del TBI ya no gozan de esta protección y pueden tranquilamente

ser ventiladas y abordadas por el derecho interno. Es por ello que una de las vías que han adoptado varios países latinoamericanos para no tener que lidiar con esta cláusula es una renegociación de los TBI, con el fin de obtener circunstancias más favorables para quienes reciben la inversión y así, no dejar de lado la seguridad jurídica que los inversiones necesitan para tomar la decisión de invertir o no en un determinado Estado.

Queda claro que la denuncia de los TBIs como lo ha realizado el Ecuador no lo exime de sus obligaciones por la existencia de la cláusula de remanencia, muy difícilmente se los respetará dentro de la jurisdicción ecuatoriana, sin embargo, en el ámbito internacional los TBIs y sus disposiciones aun después de las varias denuncias que ha realizado el Ecuador siguen siendo plenamente operativos y así el CIADI o cualquier otro tribunal arbitral –ad hoc- podrían plenamente continuar con su labor de emitir laudos internacionales válidos aun cuando el Convenio de Washington haya sido denunciado (Ricaurte, 2009. p. 121).

En virtud de lo anterior, debemos abordar en primer lugar las acciones que ha llevado a cabo el Estado ecuatoriano en cuanto a los TBIs y por ende como efecto indirecto la aplicación de la cláusula de remanencia. Por lo cual, se procede con un análisis jurídico de las acciones tomadas para dar por terminado unilateralmente estos tratados bilaterales.

No es habitual en el campo internacional que un Estado proceda con la denuncia de diez o más tratados, sin embargo, en el año 2008 el Ecuador lo realizó de manera firme y enfática. Procediendo a la primera etapa de denuncia bajo la Constitución del Ecuador de 1998 con la cual la denuncia de tratados internacionales correspondía exclusivamente al Presidente de la República. Esta fase culminó con la denuncia de nueve TBIs entre los cuales constan República Dominicana, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Paraguay, Uruguay y Rumania. La mayoría correspondientes a Latinoamérica.

La segunda etapa de denuncia se llevó a cabo bajo la Constitución del Ecuador del 2008 en concordancia con la Ley Orgánica de la Función Legislativa, misma

que establece que el proceso de denuncia de los tratados internacionales requiere para este efecto un dictamen de carácter vinculante por parte de la Corte Constitucional y posteriormente la aprobación de la Asamblea Nacional, artículo detallado de la siguiente manera:

“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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 422).

En virtud de lo anterior, la denuncia como tal es uno de los modos de terminación de los tratados de conformidad al literal a) del artículo 54 del Convenio de Viena de 1969.

Dentro del primer bloque de los TBI denunciados por el Ecuador bajo la Constitución de 1998 se utilizaron dos argumentos básicos los cuales por ejemplo tenemos (Corte Constitucional, 2008):

- Denuncia TBI Ecuador – Cuba:

Argumentos: Revisión del sistema jurídico y de política nacional en materia de inversiones; El tratado no cumplió con el objetivo fundamental que es atraer capitales para inversión productiva.

Respuesta: No

Objeción: No

Cláusula de remanencia: Sí

- Denuncia TBI Ecuador – Paraguay:

Argumentos: Revisión del sistema jurídico y de política nacional en materia de inversiones; El tratado no cumplió con el objetivo fundamental que es atraer capitales para inversión productiva.

Respuesta: “Toma debida Nota” 30 enero 2008

Objeción: No

Cláusula de remanencia: Sí

Como se evidencia dentro de los ejemplos descritos anteriormente y en los casos de la denuncia de los TBI con Cuba, El Salvador, Finlandia, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay y República Dominicana, no fueron presentadas objeciones parciales ni totales, por ende esto conlleva la aceptación total de la denuncia del tratado. Según las normas del Derecho Internacional el Ecuador desde ese momento es “Estado No Parte”. De esta forma, al no objetar o realizar una aclaración en cuanto al contenido de la cláusula de remanencia se estaría aceptando de forma tácita que ésta tampoco será aplicada, es decir, seguirá la suerte de todo el contenido del TBI denunciado.

Ahora bien, dentro del segundo bloque el proceso de denuncia que fue mucho más complejo porque este debía cumplir con requisitos especiales como son los informes de la Corte Constitucional y la aprobación del pleno de la Asamblea Nacional se procederá a analizar el Dictamen Constitucional emitido por la Corte Constitucional de la República del Ecuador sobre el TBI Ecuador – Estados Unidos como ejemplo de lo actuado por el Estado ecuatoriano, mismo que en la parte pertinente del dictamen menciona lo siguiente:

“[...] Adicionalmente, se debe señalar que conforme lo determinan los artículos 110, numeral 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y 71, numeral 3 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, en caso de requerir la aprobación legislativa, la Corte Constitucional deberá realizar el control automático de

constitucionalidad, el mismo que lo ha realizado la Corte en ejercicio de su competencia constitucionalmente establecida. El propio Tratado internacional menciona en su artículo XII que: "[...] cualquiera de las Partes podrá denunciar el presente Tratado al concluir el período inicial de diez años o en cualquier momento posterior, mediante notificación por escrito a la otra Parte con un año de antelación"; evidenciándose que el mismo fue suscrito el 27 de agosto de 1993 y ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 3143 el 13 de octubre de 1995; por lo que este instrumento internacional puede ser denunciado respetando los compromisos internacionales asumidos por el Estado ecuatoriano. Dado que solo ciertos artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, esta Corte considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es muy importante determinar los mecanismos de solución de las diferencias, los mismos que deben establecerse de común acuerdo entre las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales.

VII. DECISION En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el período de transición, emite el siguiente.

DICTAMEN 1. La denuncia del "Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones", suscrito por el Estado ecuatoriano el 27 de agosto de 1993, requiere aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional, por encontrarse dentro de los casos que establece el artículo 419, numeral 6 de la Constitución de la República. 2. Dictamina la inconstitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos: VI, numeral 2, literales a, b y c; VII y X del "Tratado entre la República del Ecuador y los

Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones". (Dictamen Corte Constitucional de la República del Ecuador, 2010. p. 20)

El dictamen de la Corte Constitucional es claro en cuanto a los artículos denunciados del TBI suscrito entre Ecuador y Estados Unidos. De hecho, enfatiza que no se procede con la denuncia del total del contenido del TBI, sino, de los artículos VI, numeral 2, literales a, b y c; VII y X de dicho tratado.

La cláusula de remanencia está contemplada en el artículo XII del TBI Ecuador Estados Unidos, por lo cual, podemos llegar a la conclusión que la cláusula de remanencia dentro de este TBI en particular goza de legalidad absoluta ya que en el dictamen del órgano judicial rector no se procedió a incluirlo dentro de los artículos que no guardan armonía con la Constitución de la República del Ecuador.

En tal virtud, el TBI Ecuador Estados Unidos desde la fecha en la que se proclamó su denuncia por parte del Estado ecuatoriano seguirá vigente 10 años después de la denuncia, para lo cual, el contenido del TBI que no ha sido denunciado y señalado en el dictamen sigue generando efectos jurídicos para las partes.

En este sentido, la cláusula de remanencia dentro de este TBI en particular no sería contraria a la normativa ecuatoriana.

Una vez realizado el análisis correspondiente a la legalidad de la cláusula de remanencia dentro de la normativa ecuatoriana, podremos avanzar con la relación existente entre los TBIs y el arbitraje internacional relativo a inversiones, un tema bastante complejo el cual ha llevado a varias opiniones dentro del campo del arbitraje, tal como se detalla a continuación.

3.3 La relación entre los TBIs, la cláusula de remanencia y el arbitraje internacional

Para el desarrollo del presente subtema se tiene que realizar un análisis primero interno en cuanto al arbitraje como método de solución de conflictos debidamente reconocido en el Ecuador para luego poder entrar en el análisis de la relación existente entre los TBIs y el arbitraje internacional.

En el Ecuador todos los asuntos que están relacionados con el arbitraje están contenido en la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM en adelante). Esta Ley fue publicada en el Registro oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997, reformada por la Ley contenida en el Registro Oficial No. 532 del 25 de febrero del 2005 y finalmente codificada en 2006 en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

De la misma forma es obligatorio conocer que en materia de arbitraje con instituciones del Estado la cláusula arbitral debe ser previamente aprobada por la Procuraduría General del Estado (Pérez, 2011, 507).

La Constitución de la República del Ecuador reconoce de forma expresa la validez del arbitraje como un medio de solución alternativa a conflictos. Tanto así, que el artículo 190 de dicha norma la contempla de la siguiente manera:

“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 [...]”
(Constitución de la República del Ecuador, 2008. p. 94.).

Ahora bien, la norma específica señalada anteriormente la LAM contempla en su artículo 1 lo siguiente:

“Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.”
(Ley de arbitraje y mediación, 2006. p. 2)

De lo expuesto anteriormente se tiene que destacar dos aspectos. Primero, que la Ley ecuatoriana asume que las partes han acordado someter sus diferencias al arbitraje de mutuo acuerdo ya sea por una cláusula o pacto arbitral que esté incluido de por medio, en el cual, las partes de manera expresa han dado su consentimiento de acatar esta vía. O a su vez por medio de tratados o instrumentos internacionales, que también son válidos en el campo del Derecho Internacional Público para someter ciertas disputas al arbitraje.

El segundo aspecto que se puede destacar es lo relativo a la materia del arbitraje como tal, es decir, debe realizarse sobre asuntos transigibles, o sea, que sean objeto de transacción. Por esto, la LAM se ha encargado de definir de manera detallada al convenio arbitral dentro de su artículo 5 que dice lo siguiente:

“Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje. La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral. No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia

susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él” (Ley de arbitraje y mediación, 2006. p. 4).

Al respecto, All (2004, p. 31) considera que no es conveniente limitar el análisis del convenio arbitral al estudio de un pacto puramente procesal y accesorio al contrato, y al arbitraje como apenas un sistema privado de equivalencia al poder judicial del Estado, porque esta simplificación podría causar un corto circuito entre las labores de los árbitros y el trabajo de los jueces.

Ahora bien, después del análisis interno sobre el arbitraje que está reconocido por la Constitución de la República del Ecuador, así como también en la Ley de Arbitraje y Mediación, podemos entrar en detalle de la relación que existe entre el arbitraje los TBIs y el arbitraje internacional.

Según la autora Rodríguez (2005, p. 119) existen tres vías para el acceso al arbitraje internacional, específicamente al CIADI. El Convenio de Washington en su artículo 25.1, menciona que el consentimiento de las partes debe constar necesariamente por escrito. Sin embargo, exceptuando este requisito expreso, el Convenio no especifica el tipo de instrumento en el cual el consentimiento de las partes puede ser expresado y asumido, por lo que puede adoptar y ser expresado de diferentes formas.

Por otro lado el autor Suárez (2010, p. 6) propone que el acceso a las jurisdicciones que constan en los TBIs presupone el previo cumplimiento de varios requisitos que pertenecen a diferentes niveles. En primer lugar, las circunstancias subjetivas, objetivas y temporales de la disputa deben ser compatibles con el campo de aplicación del TBI, según lo contenido en cada uno de esos tratados. Segundo, quien haga el uso de las normas sostenidas en la cláusula de solución de controversias entre los inversores y Estados debe dar cumplimiento a los requisitos materiales o procesales adicionales, como por ejemplo y según el TBI pueden darse, periodos de espera o formalidades de

otra naturaleza que están establecidos en los TBIs. Finalmente lo concerniente a la jurisdicción que también está detallado en cada TBI.

La relación que deriva de los TBIs con el arbitraje internacional como tal se puede abordar desde dos momentos dentro del Derecho Internacional y en los TBIs. Primero, tenemos a la protección diplomática que fue un mecanismo usado por los Estados en beneficio de los inversionistas nacionales por la violación a sus derechos. Este mecanismo no siempre puede ser efectivo ya que queda a discreción del Estado si actúa a nombre del inversionista o a su vez, puede simplemente dejar sin efecto este acto. Segundo, Un inconveniente que también nace a raíz de esto es la afectación a las relaciones bilaterales que puede tener el Estado que ejerce la protección diplomática y el Estado que recibió al inversor.

Sin embargo, de manera general se ha evidenciado que los TBIs usualmente contienen dos tipos de resolución de conflictos, el primero es el que se lo realiza entre Estados y el otro, es el que se lo realiza entre el inversor y el Estado. Sin embargo, los casos de disputas en materia de inversión entre Estados son escasos en comparación con aquellos que son inversionista vs Estado (Dolzer, Schreuer, 2008. p. 214).

Por otro lado. Los TBIs suelen contener una variedad de foros en los cuales se puede dirimir disputas que deriven de su contenido. En el caso ecuatoriano veinte y cinco TBIs contemplan la posibilidad de solucionar cualquier tipo de disputa por la vía amistosa, veintidós contienen la posibilidad de acudir a los tribunales locales si es necesario. Mientras que el TBI suscrito con Honduras, especifica que se debe acudir en caso de controversia a las Cámaras de Comercio.

De los 30 TBIs negociados por el Ecuador veinte y cuatro mencionan en su cláusula de solución de controversias al CIADI como el foro idóneo para la resolución de una disputa, ocho de estos exigen solucionarlos mediante el mecanismo contemplado en dicho centro, veinte TBIs mediante las reglas de la UNICITRAL y ocho mediante cualquier otro arbitraje. Dentro de este proceso

en veinte y siete TBIs consta el tiempo de espera para que se pueda acudir al arbitraje internacional de seis meses, este tiempo sirve para que las partes puedan de alguna forma llegar a algún tipo de conciliación previa, sin embargo esto no siempre ocurre.

Sin duda la relación de los TBIs y la cláusula de remanencia con el arbitraje internacional es directa. En virtud de las disposiciones que contienen estos instrumentos internacionales en sus cláusulas. Dejando una mera expectativa de conocer si es posible algún otro método de solución de controversias o algún foro que garantice la igualdad entre las partes.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

Los TBIs generan obligaciones para las partes que han suscrito dichos instrumentos internacionales cuyo objetivo es promover la inversión extranjera directa, en virtud de que el contenido de los TBIs está diseñado para proteger al inversionista y a las inversiones que éste realice dentro de un Estado parte.

Por otro lado, se ha identificado que la cláusula de remanencia consta en la mayoría de los TBIs generando una protección extra a la de la vigencia normal pactada en los TBIs ya que esta cláusula activa todo o gran parte del contenido del TBI para las inversiones que fueron realizadas antes de su denuncia. Sin embargo, aquellas inversiones posteriores a la denuncia serán tratadas bajo el derecho nacional del Estado receptor de la inversión.

La denuncia realizada por el Estado ecuatoriano en algunos casos es por la totalidad de las disposiciones incluidas en los TBI, mientras que en otros, simplemente por los artículos que se detallan en los dictámenes de la Corte Constitucional. Esto conlleva a una disputa jurídica sobre la aplicación de la cláusula de remanencia de acuerdo al contenido de cada disposición legal.

La relación que existe entre los TBIs y el arbitraje internacional es directa a tal punto que llega a ser el único método de solución de una disputa que pueda surgir entre las partes si previamente no existe una solución amistosa.

4.2 Recomendaciones

En virtud del análisis desarrollado en el presente ensayo, se recomienda realizar una investigación jurídica en cuanto al contenido y alcance los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones TBIs, así como también del proceso de denuncia por parte del Estado ecuatoriano. En virtud de los efectos y consecuencias que se producen después de este acto en cuanto al contenido de los TBIs.

Una renegociación de estos instrumentos internacionales podría ser una de las opciones más óptimas para evitar consecuencias o efectos que puedan perjudicar al país como ya se ha comprobado con la denuncia. Aún quedan TBIs que no han sido denunciados, se podrían renegociar el contenido apegado a la realidad económica y comercial actual que vive el mundo y así, buscar el beneficio de ambas partes.

REFERENCIAS

- All, P. (2004). Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial. Buenos Aires, Argentina. Zavalía. p. 31.
- Arsen, P. Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos. Recuperado el 05 de mayo de 2017 de: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion>
- Carlson Scott, N. (1995). *Foreign investment law and foreign direct investment in developing countries: Albania's experiment*. The International Lawyer. V, 29 (3) p. 577-598.
- Convención de Viena., (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. p. 1.
- Dolzer, R., Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford. p. 214.
- Dorín, N. (2015). Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de promoción y protección de Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional internacional. Recuperado el 06 de mayo de 2017 de: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/derecho-internacional-publico-noelia-dorin.pdf>
- Fatouros, A. (1995). *Economic development and foreign capital, "Government guarantees to foreign investors"*. Columbia Law Review. V, 63 (3) p. 577-584.
- Garriga Suau, G. (2009). Derecho Internacional Económico y de las inversiones internacionales. Cataluña, España: Palestra.
- González, N. (2006) Un acercamiento al CIADI: el caso Ecuador. México. Porrúa. p. 45
- Granato, L., Nahuel, O. (2007). Derecho internacional ¿Protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis? Revista Universidad EAFIT. V43 (148) p. 27.
- Jijón, R, Marchán, M. (2014) *Arbitration and mediation law: Guidelines for applicability*. The Arbitration Review of the Americas.

- Masiá, E. (2007). Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras. *Revista Internacional de Arbitraje VII*, p.14.
- Peragón, L. (2013). Estudio Exploratorio sobre el Impacto de los Convenios para evitar la Doble Imposición para atraer la Inversión Extranjera Directa: caso América Latina. Recuperado el 04 de mayo de 2017 de: https://www.taxcompact.net/documents/ITC_2013-05_Estudio-Exploratorio-sobre-el-Impacto-de-los-Convenios-en-LA.pdf
- Ramírez, J., Lyz, M. (2008) El arbitraje en el Perú y en el mundo. Lima, Perú. p. 35.
- Ricaurte, C. (2009). Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CIADI. Tesis (Maestría en Derecho) Universidad Andina Simón Bolívar. p. 121.
- Robalino Orellana, J. (2009). Los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje. V1 (1)*, p. 42.
- Rodríguez, S. (2004). Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI. Buenos Aires, Argentina. Zavalía p. 119.
- Salvador, I. (2010). La denuncia del Convenio de Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones ¿fundamento jurídico o estrategia política? *Revista ecuatoriana de arbitraje*. p. 91.
- Steinberger, H. (1992). Sovereignty. R. Bernhardt. *Encyclopedia of Public International Law. IV*.
- Suarez Anzorena, I. (2010). Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador. *Revista ecuatoriana de arbitraje*. p. 85.
- UNCTAD, (2009). El Papel de los Acuerdos Internacionales e Inversión en la Atracción de Inversión Extranjera Directa hacia los países en desarrollo. Suiza, Ginebra. Colección de publicaciones de la UNCTAD.
- UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties*. Recuperado el 02 de mayo de 2017 de: <http://unctad.org/en/Docs/poiteiad2.en.pdf>

UNCTAD. Regulación internacional de la inversión: balance, retos y caminos a seguir. Recuperado el 02 de mayo de 2017 de: http://unctad.org/es/Docs/iteit20073_sp.pdf

Yepes, I., Larrea N., (2015). Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador. Universidad San Francisco de Quito Law Review, 2 (1). p.111.

ANEXOS

- ANEXO 1:

No.	TBI	CLÁUSULA DE REMANENCIA	DURACIÓN
1	Egipto (terminó en 1995 por no renovación)	NO	X
2	República Dominicana	SI	5 AÑOS
3	El Salvador	SI	10 AÑOS
4	Cuba	SI	10 AÑOS
5	Nicaragua	SI	10 AÑOS
6	Guatemala	SI	10 AÑOS
7	Honduras	SI	10 AÑOS
8	Uruguay	NO	X
9	Paraguay	SI	10 AÑOS
10	Rumania	SI	10 AÑOS
11	Finlandia	SI	10 AÑOS
12	Alemania	SI	15 AÑOS
13	Gran Bretaña	SI	20 AÑOS
14	Francia	SI	15 AÑOS
15	Suecia	SI	15 AÑOS
16	Países Bajos	SI	15 AÑOS
17	Venezuela	SI	10 AÑOS
18	China	SI	10 AÑOS
19	Chile	SI	10 AÑOS
20	Suiza	SI	10 AÑOS
21	Canadá	SI	15 AÑOS
22	Estados Unidos	SI	10 AÑOS
23	Argentina	SI	15 AÑOS
24	Bolivia	SI	10 AÑOS
25	Perú	SI	15 AÑOS
26	España	SI	10 AÑOS
27	Italia	SI	5 AÑOS

Elaboración: propia del autor. Fuente: Tratados Bilaterales de Inversión celebrados por el Ecuador

