

Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador

*Andrea E. López Jaramillo**

*Recibido/Received: 03/07/2017
Aceptado/Accepted: 31/07/2017*

SUMARIO: 1. Panorama general de la normativa ecuatoriana sobre el arbitraje de inversiones. 1.1 La Constitución y el arbitraje de inversiones. 1.2 La Ley de Arbitraje y Mediación. 2. Acciones emprendidas por el Estado ecuatoriano. 2.1 Denuncia del CIADI. 2.2 Denuncia de los TBIs. 2.2.1 Consecuencias de la denuncia de los TBIs. 3. El COPCI, La Ley APP, y los Contratos de Inversión. 4. Posibles vías futuras. 4.1 Renegociación de cláusulas específicas. 4.2 Renegociación de un nuevo acuerdo. 4.3 Contratos de inversión para suplir TBIs. 4.4 El sometimiento de controversias de inversiones a otros centros internacionales de arbitraje. 4.5 La creación de un foro regional latinoamericano de solución de controversias de inversiones. 5. Conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje de inversiones, denuncia, acciones, vías, normativa, futuro.

KEYWORDS: Investment arbitration, complaint, actions, roads, normative, future.

* Gerente General de PoliLegal Abogados S.A., Abogada en libre ejercicio. Abogada por la Universidad de las Américas del Ecuador, Magister en Derecho de la Empresa y de los Negocios, y Magister en Estudios Internacionales, ambas por la Universitat de Barcelona, España.

RESUMEN: El arbitraje de inversiones en el Ecuador ha tomado otro rumbo a partir de la aprobación de la nueva Constitución de la República en el año 2008. Los principales hechos detonantes han sido la denuncia de los TBIs y del Convenio de Washington que creó el CIADI, por considerar que establecen un mecanismo inapropiado de solución de controversias. Así, el Ecuador ha tenido que adoptar una posición política y jurídica en sintonía con las nuevas reglas del arbitraje, enfrentando retos e intentando dilucidar algunas líneas de acción posibles sin que todavía se haya decidido el futuro del arbitraje en el país.

ABSTRACT: The arbitration of investments in Ecuador has taken another course since the approval of the new Constitution of the Republic in 2008. The main detonating facts have been the denouncement of the BITs and of the Washington Convention that created the ICSID, considering that it establishes an inappropriate dispute settlement mechanism. In this way, Ecuador has had to adopt a political and legal position in line with the new rules of arbitration, facing challenges and trying to elucidate some possible lines of action without the future of arbitration in the country still being decided.

1. PANORAMA GENERAL DE LA NORMATIVA ECUATORIANA SOBRE EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Los primeros vestigios del arbitraje en el Ecuador se plasmaron en la legislación procesal civil de 1917 que dedicó un capítulo al Juicio por Arbitraje, así como también en las sucesivas reformas y codificaciones hasta los años 80¹. En el año de 1963 se publicó la primera Ley de Arbitraje Comercial con su Reglamento de aplicación² que regulaba controversias únicamente de carácter mercantil. Posteriormente, en el año de 1997 se expidió la Ley de

1. El Código de Enjuiciamiento Civil de 1917 fue objeto de varias reformas en 1953, 1960 y 1982 y hasta éste último se incluyeron normas relativas al Juicio por Arbitraje.
2. Ley de Arbitraje Comercial, RO No. 90, 28/10/1963.

Arbitraje y Mediación (LAM), reformada en el 2006, y en el 2015 a través del nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP)³.

Paralelamente, el Ecuador reconoció al arbitraje –no vinculado a conflictos laborales colectivos– por vía constitucional en 1995, texto que se mantuvo sin modificaciones hasta la Constitución Política de 1998. En el 2008, el Ecuador expidió la Constitución actualmente vigente⁴, la cual prolongó el reconocimiento del arbitraje como mecanismo de solución de diferencias y se añadieron otras normas de enorme importancia para el funcionamiento del arbitraje, sobre todo de carácter comercial internacional. A partir de esta fecha, la política nacional se encaminó a compatibilizar las normas con las exigencias constitucionales, y se definió la actividad estatal como un elemento de apoyo primordial para un nuevo orden económico, social, político e inclusive ecológico y cultural, en los cuales el arbitraje, sobre todo el de inversiones, jugó un papel preponderante.

1.1 La Constitución y el arbitraje de inversiones

El arbitraje en el Ecuador se encuentra textualmente reconocido en la Constitución. En primer lugar, se debe citar al artículo 97, que reconoce el derecho de las organizaciones de desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos permitidos por la ley. De forma más específica, el artículo 190 establece como medio alternativo de solución de conflictos, al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos⁵.

3. Las principales reformas originadas en el COGEP se refieren a los laudos arbitrales expedidos en el extranjero, efectos, homologación, y efectos probatorios (Arts. 102-106), el laudo arbitral y el laudo arbitral expedido en el extranjero como títulos de ejecución (Art. 363); y, cambio de “Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador”, por “El Consejo de la Judicatura” (Disposición 16”).
4. Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
5. Constitución de la República del Ecuador, 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”, RO No. 449, 20/10/2008.

Sin embargo, la Constitución planteó un cambio en las reglas de juego del arbitraje. El artículo 422 textualmente dispone:

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

Así, la primera parte constituye el cambio de modelo político y económico en el arbitraje al establecer la limitación clara para el sometimiento de diferencias internacionales entre el Estado y personas jurídicas o naturales, a los sistemas de arbitraje internacional. La segunda parte regula una excepción a las diferencias con ciudadanos provenientes de América Latina mediante instancias arbitrales regionales u órganos jurisdiccionales; y, finalmente la tercera parte del artículo hace una especificación a controversias relacionadas con la deuda externa.

Desde el punto de vista jurídico, la intención fue clara, la voluntad del gobierno de establecer un blindaje a la obligación que tenía el Estado de someterse a los arbitrajes internacionales, sobre todo, al arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Inclusive, el ex presidente de la República, Rafael Correa, lo mencionó en varias ocasiones, que los tribunales arbitrales a los que los TBIs obligan a someter jurisdiccionalmente al Ecuador, desconocen el derecho nacional, valorando peculiarmente el concepto de inversión⁶.

6. Oficio No. T. 4766-SNJ-10-21, 6/01/2010. Remitido por el expresidente Rafael Correa al Doctor Patricio Pazmiño Freire, presidente de la Corte Constitucional. Este criterio fue reiterado en varios dictámenes de constitucionalidad de los TBIs.

No obstante, la redacción del artículo no parecería tan clara como la intención. Esta disposición ha sido fuertemente cuestionada desde varios puntos de vista, partiendo desde la naturaleza de los tratados a los que hace referencia, el tipo de controversia, la terminología empleada y los posibles centros de arbitraje latinoamericanos. Se cuestionó en primer lugar el hecho de que el artículo 422 parecería limitación constitucional al sistema de arbitraje internacional que se encuentra reconocido en el artículo 190 de la Constitución y al artículo 42 de la LAM, ambos que reconocen al arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos, causando una contradicción parcial⁷. Por otra parte, se ha planteado la duda de lo que implicaría el término “jurisdicción soberana”, considerando que la jurisdicción puede ser considerada como el poder del Estado de juzgar y hacer cumplir lo juzgado, siendo ésta una de las más claras muestras de la soberanía. Asimismo, se ha puesto en duda el alcance de las controversias, pues cita a controversias de índole contractual o comercial omitiendo las diferencias relativas a inversiones, por lo que en la interpretación de la norma podría considerarse permitido este tipo de arbitraje⁸.

Respecto del segundo inciso del artículo, las críticas se centraron en la referencia a un centro latinoamericano de arbitraje aún inexistente, así como también la utilización amplia del término ciudadanos y la condición de localización al decir “en Latinoamérica”, percibiéndose incierto si la sede debería ser en un Estado de dicha región, o si las disputas deben originarse en algún país de la región o si el órgano administrador del arbitraje debe ser latinoamericano⁹. Finalmente, se cuestiona también el hecho de que la norma establecería el régimen restrictivo sólo para los tratados mas no para los contratos que el Estado pueda celebrar con inversores extranjeros¹⁰.

7. I. YEPES y N. LARREA, *Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador*, “USFQ Law Review”, Año 2, Vol. 2, No. 1, Universidad San Francisco de Quito: Quito, 2015, p. 119.
8. D. PÉREZ ORDÓÑEZ, y J. MARCHÁN, “El arbitraje comercial internacional en Ecuador”, en J. COLLANTES (Coor.), *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica*, Primera parte, Vol. 11, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Lima, 2010, p. 192.
9. J. MARCHÁN, “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana”, *Juris Dictio*, Año 12, Vol. 14, Universidad San Francisco de Quito: Quito, 2011, p. 212.
10. H. PÉREZ LOOSE, “Capítulo XI Ecuador”, en A. ZAPATA DE ARBELÁEZ, S. BARONA y C. ESPLUGES MOTA (Coors.), *El Arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro*, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2010, p. 407.

1.2 La Ley de Arbitraje y Mediación

La LAM constituye otra piedra angular en la legislación, en donde el arbitraje es reconocido aunque insuficiente en cuanto al arbitraje de inversiones.

El artículo 1 de la LAM reconoce al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en concordancia con la Constitución, estableciendo dos tipos de arbitraje, uno administrado o independiente, y otro en equidad o derecho. Esta norma, faculta a que las partes puedan negociar e incluir una cláusula arbitral en la suscripción de un contrato, a través de la cual, dichas partes pueden someter sus diferencias ante un procedimiento arbitral administrado por centros especializados operados en el Ecuador o fuera del país. Esto quiere decir, que la LAM establece la posibilidad de que un arbitraje pueda tener el carácter de internacional, siempre y cuando las partes así hayan determinado.

A pesar de ello, la LAM no ofrece una regulación o prototipo a seguir para un arbitraje internacional. Esta ley únicamente se ha encargado de ratificar que el arbitraje internacional debe ser regulado por los tratados internacionales celebrados por el Ecuador, por tanto, este arbitraje debe necesariamente regirse por lo previsto en los tratados internacionales que el Ecuador tenga vigentes, pues es en éstos, en donde el Ecuador ha dado su consentimiento para someterse a un arbitraje internacional por controversias que surjan del tratado en materia de inversiones.

2. ACCIONES EMPRENDIDAS POR EL ESTADO ECUATORIANO

Dos han sido los acontecimientos más importantes que dieron origen a una reestructuración de la normativa sobre el arbitraje de inversiones en el Ecuador. El primero fue la denuncia del

Convenio CIADI en el año 2008; y el segundo, la denuncia de 27 Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) suscritos con otros países.

2.1 Denuncia del CIADI

A partir del 2006, la política comercial en el país adoptó tintes claros basados en una ideología pro-país y pro-soberanía, dejando a un segundo plano la ideología pro-mercado. Es así como se decidió modelar una nueva arquitectura económica y política orientada a la realización del buen vivir, en la que se preveía un innovativo marco de protección y fomento de la inversión que reemplace al previsto en los TBIs, que propicie la inversión en grandes proyectos y que sea una inversión complementaria a la nacional.

Bajo estos preceptos, en el 2007 se produjo el primer indicio de cambio de orientación en cuanto al CIADI. El Ecuador, mediante Nota No. 56354/GM, de 23 de noviembre de 2007, notificó al CIADI que:

(...) no consentirá en someter a la jurisdicción del (CIADI) las diferencias que surjan en materia relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha.

Esta nota fue depositada por la Embajada del Ecuador en Estados Unidos y puesta en conocimiento del Secretario General del CIADI el 4 de diciembre de 2007, al amparo del artículo 25(4) del Convenio de Washington. Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo No. 1823 de 2 de julio de 2009, el Ecuador decidió “denunciar y por tanto declarar terminado el Convenio sobre Arreglo de

Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados –CIADI– (...) ¹¹. Esto fue notificado por escrito al Banco Mundial el 6 de julio de 2009 y en virtud del artículo 71 del Convenio ¹², que permite que cualquier Estado contratante denuncie el Convenio, la denuncia tuvo efecto desde el 7 de enero de 2010 ¹³, es decir, seis meses después de recibida la notificación.

El principal fundamento esgrimido para la denuncia del Convenio de Washington, fue la incompatibilidad existente con el artículo 422 de la Constitución de la República que determina que no se puede celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Adicionalmente, se plasmaron como argumentos, las declaraciones del Presidente de la República de aquel entonces y de otros miembros de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en el sentido de que el Ecuador se ha visto involucrado en varios reclamos ante el CIADI por enormes cuantías, aproximadamente US\$ 13 mil millones de dólares, cifras que, según los datos, supera la cifra de la deuda externa; y que además, los fallos del CIADI parecerían sesgados a favor de los inversionistas ¹⁴.

11. Previo a este Decreto, se tomó en consideración la aprobación de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional a través de la sesión No. 44 de 12 de junio de 2009 con 54 votos a favor, cumpliendo con la disposición constitucional contenida en el Art. 419(7), que establece que para la ratificación o denuncia de tratados internacionales se requiere la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
12. La denuncia también se ampara en el Art. 54 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) que señala que: “la terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado (...)”.
13. R. POLANCO, “Denuncia de tratados de inversiones en Latinoamérica. Causas y consecuencias”, en J. ÁLVAREZ, M. GRANDO y H. HESTERMEYER, (Coors.), *Estado y Futuro del Derecho Económico Internacional en América Latina*, I Conferencia Bianual de la Red Latinoamericana de Derecho Económico Internacional, Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2013, p. 609.
14. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), *Ecuador finiquita convenio con el CIADI*, «<https://goo.gl/b7Lx5j>» (28/4/2017).

2.2 Denuncia de los TBIs

Con la denuncia del Convenio de Washington, el Ecuador se vio en la obligación de denunciar los TBIs aún vigentes, pues en estos instrumentos se plasmaba el consentimiento de las partes para someterse al mecanismo de solución de controversias relativas a inversiones ofrecidos por el CIADI. Ya en el año 2006, el Ecuador inició la denuncia de diez TBIs que tenía con Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumanía, y Uruguay, las cuales culminaron en el 2007 y 2009 y constituyeron el primer bloque de denuncias. Paralelamente, el Banco Central emitió un informe respecto de los beneficios económicos para el Ecuador en materia de inversión extranjera, con lo que se emprendió un proceso de revisión y denuncia de los demás TBIs que constituyeron el segundo bloque.

Para este segundo bloque, ya se había aprobado el nuevo régimen constitucional, por lo que para el tratamiento de estas denuncias se tuvo que seguir lo dispuesto en la Constitución de 2008, en el sentido de emitir previamente un dictamen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, y posteriormente obtener la aprobación de la Asamblea Nacional antes de la notificación de la denuncia formal.

A continuación se detallan los TBIs suscritos por el Ecuador y el estado de las denuncias de estos dos bloques.

Estado de los TBIs suscritos por el Ecuador

País	Fecha de Convenio	Fecha Dictamen Corte Constitucional	Estado de Denuncia
Paraguay	Suscrito: 28-01-1994	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Costa Rica	Suscrito: 6-12-2001	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
República Dominicana	Suscrito: 26-06-1998	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
El Salvador	Suscrito: 16-05-1994	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Uruguay	Suscrito: 31-07-1985	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Honduras	Suscrito: 26-06-2000	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Cuba	Suscrito: 06-05-1997	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Guatemala	Suscrito: 04-06-2005	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Nicaragua	Suscrito: 09-09-2002	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Rumania	Suscrito: 21-03-1996	Denunciado bajo normativa constitucional anterior	Denunciado
Finlandia	Suscrito: 18-04-2001	Fecha Dictamen: 29-07-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 23-11-2010
Alemania	Suscrito: 21-03-1996	Fecha Dictamen: 24-06-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 14-09-2010

Andrea E. López Jaramillo

Reino Unido	Suscrito: 10-05-1994	Fecha Dictamen: 24-06-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 14-09- 2010
Francia	Suscrito: 07-09-1994	Fecha Dictamen: 16-09-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 15-03- 2011
Suecia	Suscrito: 31-05-2001	Fecha Dictamen: 16-09-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 15-03- 2011
Venezuela	Suscrito: 18-11-1993	Fecha Dictamen: 11-11-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Chile	Suscrito: 27-10-1993	Fecha Dictamen: 11-11-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
China	Suscrito: 21-03-1994	Fecha Dictamen: 29-07-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Países Bajos	Suscrito: 27-06-1999	Fecha Dictamen: 16-09-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Suiza	Suscrito: 02-05- 1968.	Fecha Dictamen: 11-11-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Canadá	Suscrito: 29-04-1996	Fecha Dictamen: 07-10-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
EEUU	Suscrito: 27-08-1993	Fecha Dictamen: 25-11-2010	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017
Argentina	Suscrito: 18-02-1994	Fecha Dictamen: 17-01-2013	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05- 2017

España	Suscrito: 26-06-1996	Fecha Dictamen: 25-04-2013	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05-2017
Italia	Suscrito: 25-10-2001	Fecha Dictamen: 17-07-2013	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05-2017
Bolivia	Suscrito: 25-05-1995	Fecha Dictamen: 15-01-2014	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05-2017
Perú	Suscrito: 07-04-1999	Fecha Dictamen: 26-11-2013	Denuncia aprobada por la Asamblea Nacional: 03-05-2017

Fuente: Asamblea Nacional y Corte Constitucional
Elaboración por la autora

De esta tabla, es preciso señalar que el TBI con Finlandia es el único que ha finalizado el proceso de denuncia con la respectiva notificación a dicho país, el resto de denuncias de TBIs con países que conforman el segundo bloque, han sido aprobadas por la Asamblea Nacional, pero se encuentran a la espera de emitir la notificación, por lo que aún continúan vigentes.

2.2.1 Consecuencias de la denuncia de los TBIs

A pesar de que el Estado ecuatoriano se blindó contra el riesgo de demandas en centros de solución de controversias internacionales, la terminación de los TBIs no es una cuestión tan fácil. Es importante señalar que la denuncia de los TBIs desde hace tiempos atrás ha provocado a nivel mundial, un debate académico y profesional, en el que se cuestiona principalmente el hecho de si los inversores continuarían teniendo derechos a pesar de la terminación de un TBI¹⁵.

15. T. VOON, A. MITCHELL y J. MUNRO, "Parting ways: The impact of investor rights on mutual termination of investment treaties", *JCSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29(2), pp. 451-473, «<https://goo.gl/1Y8xb4>» (28/4/2017).

En primer lugar, los TBIs especifican un período fijo de duración inicial que generalmente es de cinco, diez o quince años, tiempo en el cual el tratado no puede ser terminado (a menos que sean circunstancias excepcionales). Después de este plazo, una parte puede dar por terminado el tratado siempre y cuando lo realice con antelación por escrito de al menos un año. Por otra parte, los TBIs contemplan la posibilidad de renovación automática después de los plazos iniciales establecidos para el mismo plazo estipulado o inclusive de forma indefinida, con la posibilidad de que las partes puedan denunciarlo unilateralmente con previo aviso, como lo hizo el Ecuador.

Se debe tomar en cuenta, que aunque se utilice este mecanismo general, las causas y consecuencias jurídicas no son las mismas para todos los TBIs. Así, para el proceso de denuncia, la parte actora deberá regirse a lo establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que sobre divisibilidad de las disposiciones de un tratado dispone que: “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”¹⁶, lo cual significa que el panorama será distinto si se trata de una denuncia de la totalidad del tratado, o de una parte de éste, siendo una denuncia parcial.

Otro aspecto a ser considerado dentro de los efectos de la terminación es la cláusula denominada Nación Más Favorecida (NMF)¹⁷ que puede ser aplicada a los aspectos procesales de un TBI en los cuales se incluye un mecanismo de solución de controversias entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión¹⁸. A través de ella, un inversionista puede escudarse y evadir requisitos necesarios o ejecutar disposiciones más favorables.

16. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), Art. 44(1).

17. La cláusula NMF quiere decir que si se concede a un país una ventaja especial, se tiene que hacer lo mismo con los otros países. Véase, Organización Mundial del Comercio «<https://goo.gl/im83hV>» (02/5/2017).

18. R. POLANCO, N. 13.

Por otro lado, el aspecto más engorroso sobre las consecuencias jurídicas es, sin duda, el relacionado con las cláusulas de supervivencia incluidas en los TBIs. Éstas se encargan de garantizar que las disposiciones del TBI se mantengan vigentes hasta después de la terminación del tratado, por cinco, diez, quince o más años. Esto ha sido una tendencia en todos los TBIs que ha levantado fuertes críticas por parte de los Estados.

En este sentido, este tipo de cláusulas estarían garantizando una protección internacional de las inversiones a pesar de la denuncia del tratado; y por tanto, el Estado seguiría obligado a cumplir con las disposiciones de los TBIs en relación a las inversiones anteriores a la terminación de éstos. Sin perjuicio de ello, el precedente sobre la efectividad práctica de estas disposiciones no se ha concretado a nivel internacional pues parece ser una cuestión delicada dentro del arbitraje de inversiones.

3. EL COPCI, LA LEY APP, Y LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN

Con la denuncia de los tratados de inversión, se ha podido apreciar desde el exterior una resistencia a la inversión en el Ecuador. El descenso brusco de la IED creó un ambiente incierto para invertir en el país, aportando inestabilidad y perjudicando el equilibrio económico; de hecho, en los últimos años, el Ecuador ha sido considerado como uno de los países que registró menor IED en Latinoamérica¹⁹. Ante este panorama, el Estado ecuatoriano se vio en la necesidad de crear otros mecanismos que suplían a los TBIs, e implementar medidas para contrarrestar este ambiente de desequilibrio para atraer inversión al país.

En el año 2010, se expidió el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) regulando los contratos de inversión en reemplazo a los tratados de inversión existentes en

19. La UNCTAD, en su *World Investment Report 2015*, situó a Ecuador como uno de los países de América Latina que recibió menos inversión extranjera directa en el 2014, considerando un rango de entre US\$ 100 y US\$ 1000 millones de dólares, «<https://goo.gl/tjdgBs>» (09/5/2017).

el país, así como también en el 2011, se aprobó su Reglamento sobre la Estructura e Institucionalidad de Desarrollo Productivo, de la inversión y de los Mecanismos e Instrumentos de Fomento Productivo. El fin de estas normas fue velar por las necesidades de ambas partes; las del Estado, para que a través de estos contratos se promueva la inversión y genere un real beneficio sobre el desarrollo del país; y las del inversionista, a fin de que éstos puedan focalizar eficazmente sus recursos y su inversión se mantenga por un período prolongado.

El contrato de inversión, según el COPCI, tiene una vigencia de hasta 15 años, pudiendo prorrogarse por una sola vez, hasta por el mismo plazo, intentando otorgar estabilidad jurídica (art. 26). Adicionalmente, el Código busca promover y proteger la inversión siempre y cuando genere empleo de calidad, diversificación productiva, innovación tecnológica y que potencialice los territorios y actividades conforme la Constitución y el Plan Nacional de Desarrollo, reconociendo también los derechos de los inversionistas basados en el principio de trato no discriminatorio (arts. 17 y 19); derecho a transferencias al exterior²⁰ (arts. 17 y 19); estabilidad tributaria y jurídica²¹; no expropiación (art. 18)²²; y, la libertad de acceder al sistema financiero nacional y al mercado de valores para obtener recursos de crédito para el desarrollo de proyectos de inversión.

Respecto de la estabilidad jurídica, el COPCI prevé la posibilidad de pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias entre el Estado y los inversionistas, reconociendo al arbitraje nacional e internacional. En el caso de diferencias con inversionistas extranjeros, la norma exige que se agote la vía administrativa, después de lo cual pueden establecer una solución de forma amistosa (60 días), caso contrario deberán acudir a una instancia

20. Los inversionistas tienen el derecho de transferir al exterior una parte o la totalidad de las ganancias o utilidades que su inversión registre, previo cumplimiento de obligaciones que correspondan como impuestos, seguridad social, entre otras.
21. El Código ofrece el mantenimiento por un periodo determinado de la tarifa aplicable al impuesto a la renta al momento de efectuarse una nueva inversión.
22. El Código prohíbe la expropiación o nacionalización directa o indirecta de la inversión, salvo que existan fines de interés público, de manera equitativa y mediante el pago de una indemnización conforme el procedimiento legal y el principio de trato justo y no discriminación.

de mediación (dentro de los 3 meses siguientes a la fecha de inicio de las negociaciones directas). Después de la instancia de mediación, el Código permite el sometimiento a arbitraje de conformidad con los tratados vigentes para el Ecuador; y en caso de no llegar a acuerdo ni someter a jurisdicción arbitral la diferencia, se deberá someter al conocimiento de la justicia ordinaria nacional, excluyéndose los asuntos tributarios.

De otra parte, la norma establece varios incentivos tributarios generales como la reducción de la tasa de impuesto a la renta (22%), la exoneración de pago de impuesto mínimo durante los 5 primeros años si se trata de empresas nuevas; exoneración del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD); deducciones adicionales para el cálculo del impuesto a la renta como mecanismos para incentivar la mejora de la productividad, innovación y producción “ecoficiente”; beneficios para la apertura del capital, como diferimiento del pago del impuesto a la renta para empresas que abran su capital al exterior; e incentivos para zonas especiales de desarrollo previo criterio de aprobación.

A pesar de las aspiraciones de que los inversores presentes en el país se inclinen hacia una migración progresiva bajo el marco jurídico del COPCI, esto no ha sido una tarea fácil ni se ha conseguido, quizás, el éxito esperado. Por citar un ejemplo, la cantidad total de inversión extranjera directa (IED) en el 2009 según el Banco Central fue de US\$ 316,5 millones, tres veces menor a la del 2008 que fue de US\$ 1.005,2 millones, y en el primer trimestre del 2010, se registró la cifra negativa de US\$ 150.9 millones²³. En el 2014 las entradas de IED registraron un alza del 6% alcanzando US\$ 774 millones de dólares concentrándose más de dos tercios en el sector de recursos naturales y solo el 14% en el sector de manufactura; no obstante las inversiones relacionadas con servicios procedentes del exterior cayeron del 43% al 18%²⁴.

23. Diario El Universo. “La inversión extranjera decrece, según BCE”, 02/09/2010, «<https://goo.gl/bfgMm>» (15/5/2017).

24. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, 2015 (LC/G.2641-P), 2015, p. 44, «<https://goo.gl/ezrvte>» (15/5/2017).

A la luz de este panorama no tan favorable para el Ecuador, mediante Registro Oficial No. 652, de 18 de diciembre de 2015, se expidió la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas y la Inversión Extranjera (Ley de incentivos APP) y posteriormente su Reglamento de aplicación. Esta Ley complementa y reforma algunos aspectos del COPCI, permitiendo incentivos importantes para los proyectos que se ejecuten bajo modalidad de asociación público-privada, entre los que se encuentran el impuesto a la renta, el ISD y tributos al comercio exterior. Un beneficio importante de esta ley, a través de disposiciones reformativas del COPCI, es que otorga un derecho de estabilidad en cuanto a los incentivos tributarios y permite la solución de diferencias por la vía arbitral, siempre y cuando sus incentivos tributarios se modifiquen o deroguen, pudiendo someter la controversia a arbitraje por un derecho contractual derivado de una desavenencia tributaria. No obstante, la ley prevé un arbitraje únicamente ante una instancia regional latinoamericana.

Finalmente, esta Ley ha incluido una política expansiva respecto de la estabilidad jurídica a otras inversiones que no se ejecuten bajo la modalidad de asociación público-privada y que recaigan sobre aspectos sectoriales específicos que se relacionen con la inversión, es decir, para sectores estratégicos y provisión de servicios públicos.

Así, la Ley de incentivos APP intenta incrementar significativamente el alcance de la estabilidad del marco jurídico de inversiones en el Ecuador, en principio contenido en el COPCI, mitigando cualquier riesgo político y brindando seguridad legal, incentivos económicos y tributarios, y estableciendo la equidad e igualdad en cuanto a los derechos de los inversionistas y el Estado. Con ello, se puede apreciar el interés por parte del Estado para lograr atraer mayor inversión extranjera que permita obtener beneficios no solo económicos, sino también sociales, lo cual se ha convertido en uno de los pilares principales de la inversión en el país.

4. POSIBLES VÍAS FUTURAS

El régimen de los tratados internacionales de inversión se encuentra en un momento determinante. El número de acuerdos celebrados sigue en aumento, así como también van en aumento el surgimiento de diferencias entre Estados e inversores. Con ello, se puede apreciar por un lado la importancia de los acuerdos como instrumentos de política que protegen y atraen IED brindando seguridad jurídica y un clima de inversiones estable; y por otro, se observa la necesidad de reformar toda la red de acuerdos de inversión, sobre todo, del sistema de solución de controversias. Es necesario tomar en consideración que los tratados de inversión no solamente incluyen temas relacionados con inversión, sino que también rigen sobre temas relacionados con la política exterior para gestionar los flujos de capital extranjero de cada país que lo suscribe.

El Ecuador ya entró en un período de revisión minuciosa de los TBIs, al cual le acompaña el proceso de denuncia. La legislación ecuatoriana ha tratado de crear mecanismos que otorguen la suficiente seguridad jurídica para el inversionista extranjero, y que puedan suplir a las disposiciones de los TBIs, aunque no parece ser suficiente. No existe un camino rápido que conduzca al éxito total de la reestructuración del arbitraje de inversiones; sin embargo, el Ecuador debe disponer del máximo nivel de manobra posible, para que pueda adaptar los cambios con su normativa y circunstancias actuales, por lo que se pueden establecer algunas opciones que viabilicen este sensible proceso.

4.1 Renegociación de cláusulas específicas

El gobierno ecuatoriano podría considerar una opción de renegociación con todos los Estados con los que mantiene un tratado de inversión vigente. Es importante señalar que la renegociación se ha visto como un mecanismo válido bajo el derecho internacional y aplicado por otros Estados²⁵. Así lo dispone la

25. Por ejemplo, los Estados miembros de la UE, para lo cual la Comisión Europea tiene competencia para negociar nuevos tratados de inversión y renegociar los que se encuentran actualmente vigentes.

Andrea E. López Jaramillo

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 39, por medio del cual permite que un tratado pueda ser enmendado por acuerdo de las partes.

Por tanto, en primer lugar sería necesario constatar la voluntad de los otros Estados de acogerse al proceso de renegociación. Esto podría resultar complicado sobre todo con países que exportan capital al Ecuador pero que no reciben capital del mismo, como se desprende de la mayoría de TBIs suscritos, pues podría existir una ausencia de interés en el proceso renegociador. Para mitigar este riesgo, en la renegociación debería incluirse todos los incentivos económicos y fiscales que actualmente está promoviendo y otorgando el país en el marco de su nuevo régimen jurídico contemplado en el COPCI y en la Ley de incentivos APP.

Adicionalmente, convendría analizar en detalle, tanto consideraciones de orden político, como la calidad, cantidad y tipo de inversiones existentes o previstas con los países que se ha suscrito estos tratados. Con ello se lograría obtener un análisis exhaustivo de las cláusulas que se pretende renegociar y crear una especie de paquete de cláusulas a renegociar, depende del TBI del que se trate. Aquí sobre todo se debe revisar cláusulas como de trato justo y equitativo, definición de inversión, expropiación, cláusulas de supervivencia, y solución de controversias, que son las que más han generado debate y han sido motivo de surgimiento de controversias internacionales.

Respecto de la cláusula de solución de controversias, se debería obligatoriamente tomar en cuenta la disposición constitucional en cuanto al arbitraje bajo tratados únicamente cuando su sede sea en un país de Latinoamérica y solo ante instancias regionales, aunque hasta el momento no se ha implementado tal condición a pesar de que ya existen iniciativas y análisis correspondientes en el seno de la UNASUR.

Sobre todo, en la renegociación se trataría de incluir todas aquellas cuestiones importantes para el desarrollo de la inversión en el Ecuador, como protección del medio ambiente, protección

a los trabajadores, cuestiones de derechos humanos y otras cuestiones de políticas macroeconómicas necesarias para su desarrollo, siempre que favorezcan y causen un impacto positivo en el país.

Desde esta perspectiva, el gobierno podría basarse en una Hoja de Ruta en la que conste el inicio de las renegociaciones por bloques de países, de acuerdo al interés político y económico del Estado con sus socios comerciales. Por ejemplo, un bloque importante sería la Unión Europea, que actualmente posee nuevas políticas en su interior en materia de inversiones, aprovechando la entrada en vigor del Acuerdo Comercial entre la UE y el Ecuador.

4.2 Renegociación de un nuevo acuerdo

La expedición de un nuevo modelo de convenio de inversiones que sustituya a los TBIs no ha sido una idea lejana dentro del abanico de opciones para el Ecuador. Desde el 2012 el gobierno ha venido trabajando en un nuevo instrumento para eventuales negociaciones futuras en sustitución a los tratados de inversión. Este trabajo se llevó a cabo a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración que como autoridad competente tenía la atribución de elaborar modelos de tratados bilaterales de comercio e inversión según su Estatuto Orgánico, junto con las aportaciones de otras instituciones del Estado como la Procuraduría General del Estado, la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, la Presidencia y Vicepresidencia, el Ministerio Coordinador de la Producción, Empleo y Competitividad, y el Ministerio Coordinador de Política Económica. Este proyecto continuó hasta el año 2014, año en el que se dividió el MRECI y se creó el Ministerio de Comercio Exterior, el cual continuó liderando el nuevo modelo de convenio denominado “Convenio de Inversiones para el Desarrollo” (CID).

El CID se constituyó en un borrador de texto sobre un tratado bilateral de inversiones, consolidando lineamientos generales

Andrea E. López Jaramillo

para las negociaciones comerciales o eventuales renegociaciones de los TBIs, en el marco de los postulados constitucionales y legales vigentes y de otros instrumentos aprobados, principalmente el Plan Nacional para el Buen Vivir.

El texto programático del CID sienta las bases de los objetivos y principios prioritarios para el Estado y en su propio preámbulo alude a enunciados como la complementariedad de la inversión extranjera en relación con la nacional; el fomento de los procesos productivos respetando los derechos de las comunidades locales, medio ambiente, transferencia tecnológica, generación de empleo y reafirmación de proyección y diversidad cultural; la participación de los sectores de la economía popular y solidaria y micro, pequeñas y medianas empresas. Adicionalmente, prevé una sección sobre Principios en el que se enfatiza la promoción de inversiones extranjeras siempre y cuando se protejan los derechos humanos, laborales y ambientales conforme los estándares internacionales.

Dentro de las disposiciones más interesantes de este modelo de convenio se encuentran la de Trato Especial y Diferenciado, tratamiento de inversiones, solución de controversias y cooperación. Respecto de la primera, se han implementado tres medidas favorables para ambas partes, el eximir a la parte de menor desarrollo de cumplir el Trato Nacional, con el fin de dar cabida a programas que beneficien a inversionistas de micro, pequeñas y medianas empresas; el compromiso de la parte más desarrollada de crear programas e incentivos para la participación de inversionistas de la otra parte en sectores que hubieren sido acordados; y el compromiso de la misma parte, de fomentar la desagregación tecnológica y la transferencia en paquetes dentro de la inversión producida. Respecto del tratamiento de inversiones, se debe mencionar que su redacción es prácticamente influenciada por las garantías que otorga el COPCI a las inversiones extranjeras en concordancia con la normativa interna e internacional.

Sobre el aspecto de solución de diferencias, que es de recordar fue el tema más debatido en los TBIs, el CID establece dos

ámbitos al igual que los tratados de inversión, el uno correspondiente a controversias entre Estados y el otro entre inversionista y Estado receptor de la inversión. Sobre el primero, se entiende que puede incoarse un proceso únicamente cuando exista una diferencia en el alcance y aplicación del CID, para lo cual se plantean mecanismos de carácter diplomático, como vía previa al proceso arbitral que tiene un procedimiento específico a falta de acuerdo de las Partes respecto de otra vía que pueda ser adoptada. Sobre las diferencias entre inversionista y Estado se incluye la renuncia expresa del CIADI como mecanismo para resolver las controversias, se incluye también el agotamiento de la vía administrativa interna antes de iniciar un proceso arbitral que podrá llevarse a cabo en instancias regionales latinoamericanas, arbitraje nacional o internacional, o arbitraje contemplado en un contrato de inversión, para lo cual se toma en cuenta las reglas de la UN-CITRAL²⁶.

Finalmente, el CID contiene un apartado relativo a cooperación entre las partes, en el que se hace referencia a aspectos como el desarrollo de capacidades, programas de seguros, asistencia financiera directa, apoyo para evaluaciones de impactos sociales y ambientales, y transferencia de tecnología.

Las eventuales nuevas negociaciones y renegociaciones serían viables siempre y cuando se realice un análisis de los dictámenes elaborados por la Corte Constitucional, en los que se avizoraron dos resultados; la denuncia de todo el TBI como fue

26. La versión final del CID correspondiente a octubre de 2013, establece en su artículo 12, parte II, la solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, y señala textualmente que: “Toda controversia relativa a las inversiones que surjan entre las Partes Contendientes, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo, una vez que se agote la vía administrativa, será, preferentemente, solucionada por consultas amistosas y mediación.
- (1) Si los mecanismos amistosos y mediación no hubiesen permitido la solución de la controversia, en el término de 6 meses, a partir del supuesto mencionado en el párrafo anterior, cualquiera de las Partes Contendientes podrá remitir la diferencia a:
 - (a) Los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o,
 - (b) Ante el Mecanismo de Arbitraje conformado en instancias regionales latinoamericanas, cuando el Estado Parte de la Controversia haya adherido a aquél; o,
 - (c) Al arbitraje nacional o internacional en las condiciones descritas en los párrafos subsiguientes de este artículo; o,
 - (d) Un Arbitraje contemplado en un contrato de inversión.
- Una vez que una de las Partes Contendientes haya sometido la controversia a una de las instancias antes descritas, dicha elección será excluyente y definitiva (...).”

el caso de Italia, España, Suiza, Finlandia y Rumanía; y la denuncia de ciertos artículos del TBI, como fue el caso de varios los países de la Unión Europea como Alemania, Reino Unido, Suecia, Francia, y Países Bajos. Así, la renegociación funcionaría con aquellos TBIs que obtuvieron una denuncia parcial, y las nuevas negociaciones se deberían aplicar a aquellos TBIs en los cuales se dictaminó su denuncia total.

Adicional a ello, sería importante definir el alcance del CID, toda vez que los beneficios contemplados en él son una transcripción de los beneficios para los inversionistas que prevé el COPCI y la nueva Ley de incentivos APP. Es decir, definir si el Convenio contempla una ampliación de beneficios a los ya establecidos en las leyes vigentes o mantener el mismo grado de protección, para lo cual se deberá tomar en cuenta que los tratados internacionales están bajo la Constitución pero tienen una jerarquía superior frente a las leyes. Asimismo deberá definirse si es conveniente negociar el CID como un instrumento independiente o ser agregado parcialmente en los acuerdos comerciales o de cooperación económica.

Bajo estas consideraciones, lo que el Estado debería propender a establecer es un texto fácilmente aceptable entre las partes, que si bien sería negociado según los imperativos constitucionales y legales de ambas partes, no sea apreciado como la presentación de una propuesta nacional, sino como un instrumento a través del cual se obtengan beneficios y resultados mutuamente aceptables y en el que se mantenga el lenguaje internacional para facilitar cualquier negociación.

4.3 Los contratos de inversión para suplir los TBIs

El contrato de inversión es un instrumento que ofrece estabilidad pues es renovable hasta por quince años –con una inversión desde US\$ 1 millón de dólares–, reconoce los derechos del inversionista y establece mecanismos de solución de controversias.

La atracción de estos contratos consiste en incluir diversos tipos de incentivos para la inversión, como los establecidos en el COPCI, el financiamiento de la banca pública, la facilitación aduanera, y el desarrollo del capital humano. Si se desglosarían cada uno de estos incentivos podríamos mencionar entre los más importantes: el Impuesto a la Renta de 0% por cinco años; ISD de 0%; ocho años de estabilidad política; y, arancel 0 a la importación de maquinarias. A ello, se le puede sumar los bajos costes de diésel, del metro cúbico de agua y de energía, cuestiones favorables para la industria²⁷, agregando también la estabilidad monetaria, pues al tener el dólar como moneda en curso legal, no existiría riesgo de devaluación.

El COPCI parece haber planteado un nuevo sistema de comercio e inversión que recobra las falencias de los TBIs en el sentido de que éstos carecen de contenido humanístico, además de contraponerse a las disposiciones constitucionales. El contrato de inversión posee la capacidad jurídica para abarcar una amplia variedad de temas, incluyendo cuestiones necesarias contenidas en los TBIs; se podría decir que éste se constituye en una mezcla de disposiciones contenidas en contratos comunes, en la legislación nacional, y en tratados internacionales.

No obstante, a los contratos de inversión se los debe analizar en una balanza. Por el un lado de la balanza, resultaría lógico que el Estado se incline preferentemente por los contratos de inversión, pues es en éstos en donde se puede incluir todos los principios y obligaciones en cuanto a derechos humanos, salud, trabajo, transferencia de tecnología, medio ambiente, entre otras cuestiones sobre políticas públicas que el gobierno considere importantes, bajo el marco normativo nacional. Por otro lado, a raíz de la denuncia de varios TBIs, los contratos de inversión se convierten en un instrumento obligatorio para quien quiera invertir (inversor extranjero) en el Ecuador en estos momentos, debido a que este instrumento no incluirá de ninguna manera, la solución de con-

27. Una de las tasas más bajas de energía para los negocios en la región (US\$ 0.08 Kw/h); el costo más bajo de diésel para la industria (US\$ 0.29 por litro); uno de los costos más bajos de agua para empresas de la región (US\$ 0.77 por metro cúbico). Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones, <<https://goo.gl/cxe4Kk>> (16/6/2017).

troversias relativas a inversiones ante el CIADI, como instancia de arbitraje internacional. Sin embargo, lo que no debería hacer el Ecuador en un contrato de inversión, es abstenerse a la solución de controversias de carácter internacional, debido a que una posición de esta naturaleza invalidaría, seguramente, el proceso de suscripción del contrato. Sobre este punto, sería viable analizar minuciosamente la estrategia de inserción en materia de inversión, donde es necesario, en criterio propio, abordar el riesgo de ser demandado siempre que existan cuestiones que violenten los compromisos adquiridos a través del contrato e internacionalmente.

Respecto del otro lado de la balanza, para la suscripción de un contrato de inversión se necesita la concurrencia de dos partes, el Estado a través de su autoridad competente, y el inversionista extranjero. Si bien los incentivos desarrollados en el contrato pueden resultar atractivos para el inversionista, no se debe olvidar que la protección bajo un contrato de inversión no tendrá el mismo rango que la protección a través de un tratado internacional. En tal sentido, el contrato de inversión es un aliado importante para la atracción de IED para el Ecuador, pero no llegaría a la cima de protección y promoción de éstas, pues política y económicamente, es necesario un instrumento macro, que permita generar confianza entre el Estado receptor de la inversión, el inversionista y el Estado de donde es nacional el inversionista.

4.4 El sometimiento de controversias de inversiones a otros centros internacionales de arbitraje

Dentro de las principales instituciones de arbitraje internacional, amparadas por el derecho internacional, se encuentra la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), el CIADI, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), o la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). Por otro lado, la legislación internacional permite también arbitrajes ad-hoc bajo las reglas de la UNCITRAL.

En la práctica, muchos de los TBIs han regulado la posibilidad de someterse a dos tipos de arbitraje, el contemplado bajo las reglas del CIADI, en su mayoría; y el arbitraje ad-hoc siguiendo las reglas de la UNCITRAL. Si bien el motivo principal de la denuncia de los TBIs por parte del Ecuador fue que estos tratados cedían jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, específicamente al CIADI, la opción de un arbitraje ad-hoc y de otros centros de arbitraje serían preliminarmente una vía alternativa, tanto en una nueva negociación como en una renegociación.

Según autores ecuatorianos como SALVADOR y RIOFRÍO, el Ecuador tiene varias vías para resolver sus disputas con inversionistas extranjeros en arbitrajes internacionales, para lo cual se requeriría únicamente el consentimiento de las partes, mencionando como ejemplo a la LCIA, CCI, UNCITRAL²⁸. Sin embargo, debe analizarse la prohibición contenida en el artículo 422 de la Constitución, conforme este artículo, la prohibición engloba a todas las instancias de arbitraje internacional para controversias contractuales o de índole comercial. Como se mencionó preliminarmente, el análisis se enmarca en el sentido de si la prohibición abarca también para controversias derivadas de inversiones, o si al momento de incluir el término “índole comercial” quedaron incorporadas las diferencias de inversiones. Mi impresión –política más que jurídica– es que al momento de redactar la norma, el legislador tuvo la intención de prohibir expresamente el arbitraje de inversiones y salvaguardar los intereses del país ante procedimientos llevados a cabo en el CIADI.

Por tanto, el Ecuador no podría aludir, ni en una negociación ni en una renegociación, e inclusive en un contrato de inversión, una cláusula que permita direccionar las diferencias relativas a inversiones a instancias de arbitraje internacional, amparándose en el artículo 422 de la Constitución, con lo cual, la única opción que podría considerarse, es amparar las eventuales disputas de inversiones bajo las reglas de la UNCITRAL, que permite esta-

28. I. SALVADOR y M. RIOFRÍO, “La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 2, 2010, p. 121.

blecer un arbitraje ad-hoc. De hecho, esta práctica ya es una realidad en los nuevos contratos firmados por el Estado con empresas petroleras, como por ejemplo con la empresa china Andes Petroleum, en el cual se prevé una solución de diferencias en el Centro de Arbitrajes y Mediación de Santiago de Chile con las reglas de la UNCITRAL.

Por otro lado, es imprescindible advertir un posible panorama bajo la normativa de la Comunidad Andina (CAN). Según esta nueva vía, en las controversias de inversiones en las que esté en juego la normativa andina, sería jurídicamente posible que dichas diferencias se resuelvan a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA); así lo han manifestado autores como RICHARDSON²⁹, POLANCO, y ANAYA³⁰. La CAN ha regulado a la IED en la subregión mediante la Decisión 291, de 12 de marzo de 1991 relativa al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, la misma que permite a los países miembros legislar la inversión a través de la normativa nacional, la normativa comunitaria y los tratados bilaterales y multilaterales, dentro de los cuales se encuentran los TBIs.

No obstante, cuando la materia de la controversia entre un miembro de la CAN y un particular, es decir, inversionista extranjero, está relacionada con la normativa comunitaria andina, las reglas contenidas en el Tratado de Creación del TJCA disponen que dichas diferencias deben ser sometidas al tribunal de justicia supranacional de la región, a través de una interpretación prejudicial o una acción de incumplimiento³¹. Así lo ha confirmado la jurisprudencia del TJCA incluyendo el concepto de juez nacional al sistema de arbitraje, en el sentido de que este sistema puede ser considerado como un juez nacional para solicitar di-

29. D. RICHARDSON, *Solución de conflictos en materia de inversión extranjera*, «<https://goo.gl/rRBmHx>» (26/6/2017).

30. R. POLANCO y E. ANAYA, *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina: ¿Un nuevo foro de solución de controversias de inversión extranjera?*, «<https://goo.gl/HDxR44>» (26/6/2017).

31. El artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN señala que: “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”.

rectamente una interpretación prejudicial al tribunal supranacional cuando el caso hace referencia a la normativa comunitaria andina³². Por tanto, el TJCA puede ser considerado como un foro de solución de controversias en materia de inversión extranjera cuando un instrumento prevea normas comunitarias andinas, es decir, sería un foro aplicable únicamente para Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

4.5 La creación de un foro regional latinoamericano de solución de controversias de inversiones

La iniciativa de crear un centro de solución de controversias latinoamericano parece haber tenido impulso desde la reforma constitucional ecuatoriana del 2008. A pesar de que, con la redacción del artículo, no queda claro si el texto se refiere a que la sede del arbitraje debe ser un país de la región, o si la controversia debe haberse originado en algún país de estos, o si el órgano administrador del arbitraje debe ser latinoamericano o residir en la región, el propósito quedó plasmado desde la vigencia de la nueva norma constitucional.

El Ecuador fue el país latinoamericano que lideró esta iniciativa que tuvo una considerable acogida en el seno de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)³³. La primera reunión en donde se abordó la creación de un centro de solución de controversias relativas a inversiones fue la IV Sesión Ordinaria celebrada en Georgetown, Guyana, el 26 de noviembre de 2010, en la que se adoptó una Decisión para analizar la creación de este sistema. En esta, se designó un grupo de trabajo sobre solución de controversias integrado por expertos de alto nivel designados por

32. El TJCA, en la sentencia dentro del proceso de incumplimiento No. 03-AI-2010, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina No. 1985, 11/10/2011, incluyó el sistema de arbitraje en el concepto de juez nacional. Adicionalmente, en la Interpretación Prejudicial 57-IP-2012, 11 2012, Gaceta Oficial de la Comunidad Andina 14/11/2012, concluyó que los árbitros o tribunales de arbitraje que son de última instancia se incluyen dentro del concepto de juez nacional al amparo de los artículos 33 del Tratado de Creación del TJCA, y 122 y 123 del Estatuto.
33. La propuesta se dio en el 2009, durante la trigésima novena Sesión de la Asamblea General de la OEA, en la que el Ministro de Relaciones Exteriores de Ecuador de aquel entonces, Fander Falconí, propuso la creación de un centro de arbitraje en el seno de la UNASUR, como una institución alternativa al CIADI.

los Jefes de Estado, con el fin de que consideren la propuesta presentada por el Ecuador relativa a tres temas enlazados: el centro de solución de controversias; un centro de asesoría legal en materia de inversiones; y, un Código de conducta para los miembros de los tribunales arbitrales.

A partir de ello, se han realizado numerosas reuniones entre cancilleres y grupos de trabajo quienes se han dedicado a diseñar la arquitectura de esta iniciativa, fruto de lo cual, se ha estructurado un acuerdo constitutivo del centro de solución de controversias. A pesar de que el texto del acuerdo constitutivo aún no ha sido aprobado ni oficializado, es importante mencionar las cuestiones más trascendentes que éste contiene³⁴. En primer lugar, es necesario puntualizar que el reglamento de funcionamiento del centro prevé que la jurisdicción excluya disputas relativas a temas de salud, energía, impuestos, leyes internas, entre otros, a menos que las partes establezcan lo contrario en los tratados internacionales o contratos, permitiendo la resolución de diferencias relativas o no a inversión, ampliando así su ámbito de aplicación.

Por otro lado, se puede percibir una serie de características interesantes que contrastarían al sistema del CIADI, el cual fue, justamente, la base para implantar los cambios procedimentales en el centro de arbitraje de la UNASUR. Por un lado, el sistema de UNASUR promueve a que las partes resuelvan su diferencia por medio de consultas o mediación previa al arbitraje sin límite de tiempo establecido; y, adicionalmente, incluye mecanismos como la facilitación además de la mediación que beneficiarían a países que no reconocen al arbitraje como un método para la solución de controversias como es el caso de Brasil y Bolivia. Así también, se prevé un mecanismo de designación y recusación de árbitros distinto al del CIADI, por el cual si las partes no llegan a un acuerdo respecto del árbitro, será la Dirección General de la UNASUR la encargada de designar a los árbitros por sorteo, e in-

34. S. FIEZZONI, "Centro de Arbitraje de UNASUR: Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador", International Institute for Sustainable Development, *Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible*, No. 2, Tomo II, 2012, p. 6, <<https://goo.gl/QSbRdN>> (30/6/2017).

cluye una evaluación que analizará la imparcialidad o hechos que presuman la inclinación hacia una de las partes.

Un aspecto innovador, es la consolidación de un mecanismo de apelación, a través del cual se presentaría un recurso para que el Laudo final pueda ser revisado conforme al derecho y bajo un sistema de precedentes. Esta podría ser un arma contundente para la aceptación y acogida del sistema por parte de los inversores, toda vez que no existen hasta el momento instancias de apelación de laudos arbitrales en materia de inversiones y sería una fase basada en transparencia y coherencia en las decisiones. Finalmente, el acuerdo propondría diferentes etapas de implementación de centro de arbitraje; en primera instancia, el sistema se reservaría para los doce países que son parte de la UNASUR, es decir, cuando ambas partes provengan de uno de estos Estados; la segunda etapa, abriría su funcionamiento a países centroamericanos; y en la última fase, brindaría los servicios a todos los países que decidan utilizarlo.

En este orden de ideas, en un futuro el Ecuador podría incluir en sus negociaciones o renegociaciones la solución de controversias a través del mecanismo de la UNASUR, pero únicamente si las negociaciones se enfocan en cualquiera de los doce países integrantes de esta organización, caso contrario, si se trata de países distintos a estos, se deberán mantener los lineamientos para un arbitraje ad-hoc que está permitido, hasta que el centro de arbitraje de la UNASUR cobre relevancia en ámbito internacional sobre inversiones y pueda avanzar a su tercera fase.

La existencia a corto o largo plazo del centro, que sin lugar a duda enfrentará críticas, dependerá de la generación de certidumbre y seguridad jurídica que se promueva frente a los inversionistas y de la reputación positiva que se obtenga a través de la puesta en marcha del centro. No se debe olvidar que el arbitraje en materia de inversiones, y en general, el derecho de las inversiones es una disciplina que permanece en constante evolución, para lo cual los redactores de normas y aquellos que apliquen

tales normas, deberán ajustarse a las nuevas tendencias internacionales sobre esta materia.

5. CONCLUSIONES

Todo lo aquí expresado, nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

- (a) A pesar de que el CIADI se configuró como una institución que administra procedimientos arbitrales, no ha sido ajeno a los cuestionamientos y críticas hechas, sobre todo, por países de la región latinoamericana, debido principalmente a la complejidad e incremento de los litigios, la falta de protección al Estado y los intereses públicos, y las grandes cifras de dinero reclamadas por los inversores.
- (b) La denuncia por parte del Ecuador, tanto de los TBIs como del Convenio de Washington, se fundamentó en la vigencia de los nuevos imperativos constitucionales y legales, y con ocasión de promover tratados internacionales que contengan beneficios reales para el Estado, en el que se aborden temas relativos a derechos humanos y laborales, medio ambiente, salud, transferencia de tecnología, comunidades indígenas y desarrollo sostenible.
- (c) La negociación o renegociación de un acuerdo internacional de inversiones, debe previamente ser consensuado a nivel de las instituciones públicas, y será en primer lugar, frente a esos niveles de gestión interna, que se puedan adoptar los lineamientos indispensables para cualquier proceso de esa naturaleza, el cual posteriormente deberá ser aceptado por el gobierno nacional, y puesto en marcha por las autoridades negociadoras que tendrán la potestad de modificar su contenido, intentando convencer a la contraparte con el mérito de la posición nacional a efectos de obtener un resultado mutuamente aceptable.

- (d) La intención de crear un centro de solución de controversias relativas a inversiones surgida en la UNASUR y liderada por el Ecuador, parece aproximarse a tomar forma por completo, considerando que actualmente existe ya un consenso sobre el contenido del borrador del acuerdo constitutivo. Sin embargo, se debe adoptar una postura cautelosa respecto del éxito de este instrumento, toda vez que para aprobarse el texto en su totalidad, se necesitará el beneplácito de todos los miembros de la UNASUR, cuestión que podría traer dificultades debido a que cada país deberá analizar su situación política frente al panorama del arbitraje de inversiones y hacer una valoración sobre los reales beneficios de poner en práctica un mecanismo de arbitraje distinto al establecido en los tratados y contratos de inversiones que tengan suscritos.
- (e) El contrato de inversión es un buen aliado en el panorama ecuatoriano para impulsar la protección y promoción de inversiones extranjeras a través de los incentivos políticos, económicos, y sobre todo fiscales que éstos prevén. A pesar de ello, no se podría jamás menoscabar la relevancia que poseen los tratados internacionales sobre esta materia, pues política y económicamente constituyen el instrumento marco, de rango jerárquicamente superior al de un contrato, que establecen las bases de la relación entre un inversionista y un Estado receptor de la inversión, generando mayor confianza y seguridad jurídica entre ambas partes.
- (f) No se puede predecir a ciencia cierta, cuál será la actuación definitiva del Ecuador en el futuro, pero se ha presentado un abanico de opciones encaminadas a preservar la importancia de la inversión extranjera para un país en desarrollo que se ha eximido de una posición abnegada frente a los tratados de inversiones de corte clásico, y que ha adoptado una postura inclinada hacia los imperativos del desarrollo sostenible, hacia decisiones que comprometen elementos fundamentales del bienestar general, y las nuevas tendencias que se avizoran sobre arbitraje internacional de inversiones.