

Comentarios sobre la ratificación del CIADI

Andrés Fernández-Salvador C

El Gobierno del Ecuador, mediante Decreto Ejecutivo No. 1417-B publicado en el Registro Oficial No. 309 de 19 de abril de 2001, ha ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI, más conocida por sus siglas en inglés ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes).

Por cuanto forma parte integrante del ordenamiento jurídico ecuatoriano es importante conocer algunos aspectos puntuales de dicho instrumento internacional y los efectos legales llamados a producir, no sin antes revisar los principales aspectos relevantes de Derecho Internacional relacionados con dicha Convención.

Debido a la publicación en el Registro Oficial antes señalada, que establece de manera inequívoca la vigencia en Ecuador de dicha Convención, es difícil creer que, según la información proporcionada por autores¹ y por el mismo CIADI,² Ecuador habría ratificado la misma el 15 de junio de 1986 y habría entrado en vigor el 14 de Febrero de 1986.

El CIADI forma parte de las cinco organizaciones internacionales que conforman el Grupo del Banco Mundial: Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF; Agencia Internacional de Fomento AIF; Corporación Financiera Internacional CFI; Organismo Multilateral de Garantía de las Inversiones OMGI; y, Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, CIADI.

El Centro o CIADI no es reciente, al contrario fue creado mediante la citada Convención Internacional que tuvo lugar en Washington el 18 de marzo de 1965, es decir hace 36 años. A septiembre del 2000, 148 Estados han suscrito la Convención y de ellos, 133 habrían ratificado y depositado el correspondiente instrumento de ratificación.³

En una época de globalización, parecería natural la suscripción por parte del Ecuador de dicha Convención, más aún cuando lo que se pretende es dar seguridad a los inversionistas sobre el medio de resolver sus controversias y, de esta manera, atraer inversiones.⁴ No es de extrañarse, por tanto, que dicha suscripción de dicha Convención ha-

ya sido exigida por la comunidad de naciones exportadoras de capital y demás organismos internacionales de crédito.

Sin embargo, como se verá más adelante, esta Convención nació hace 36 años de una necesidad y desde su creación ha sido objeto de estudios, y por cierto de reticencias, especialmente por los países en vías de desarrollo, que paradójicamente son ahora los que conforman el grueso de suscriptores de la Convención. Así, en lo relativo a las inversiones, los países exportadores de capital se afrontaban con los países importadores en algunos puntos delicados de derecho internacional que se encontraban sin resolver debido a la falta de consenso. Estos aspectos, bajo el auspicio del Banco Mundial, han sido agrupados y resumidos por la Convención, de tal forma que satisfagan los intereses y antagonismos de ambos grupos.

Por su gran importancia, se analizarán por ahora únicamente en los artículos 25 (numeral 1), 26 y 27 de la Convención, y se irán estudiando determinados aspectos y problemas legales de derecho internacional, para descubrir que su inclusión en la Convención, lejos de ser una improvisación, es el resultado de un proceso, resumen de tendencias inconciliables entre los países del Norte y del Sur y, a su vez, el lanzamiento de nuevas tendencias con determinada dirección:

Artículo 25

(1) *La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que*

las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

Artículo 27

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

1. Inmunidad soberana.— En virtud del art. 25 de la Convención antes citado, un Estado que por naturaleza es un ente soberano, puede ser sometido ante un tribunal de arbitraje para resolver una controversia jurídica surgida con un nacional originario de otro Estado. Principios fundamentales de derecho internacional han tenido que ser superados para llegar a este punto,⁵ como la reticencia de los Estados de someterse a un tribunal distinto de los suyos propios y tener como contendiente en un conflicto jurídico a un nacional de otro Estado.⁶

Por definición un Estado, al ser un ente soberano, no puede estar en igualdad de condición que un nacional de cualquier otro Estado. Los Estados son iguales entre sí.⁷ El Estado forma parte de la Comunidad Internacional; al contrario, el nacional forma parte de un Estado. Pretender que un Estado se someta a un tribunal en respuesta a una acción planteada por un individuo, persona natural o jurídica nacional de otro Estado y, en consecuencia, tenga como contendiente en igualdad de condiciones a un nacional, hace algunos años era simplemente insostenible.⁸ Ningún Estado puede juzgar a otro Estado sin el consentimiento de este último,⁹ peor aún un Estado estar en igual de condiciones frente a un nacional en un tribunal de justicia internacional. Los Estados debaten entre Estados en Cortes creadas por los Estados mismos, como la Corte Internacional de Justicia de La Haya que reemplazó a la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional.

Este principio internacional, aún vigente, ha tenido que resistir varias tormentas con el devenir de los años, que han flexibilizado su rígida interpretación original. Así, comenzaremos por anotar que en nuestros días, un nacional de un Estado, que puede ser una persona jurídica como una empresa transnacional o una persona natural, puede ser más poderoso que un Estado desde el punto de vista económico; basta pensar en la empresa Microsoft o en el Bill Gates; luego, en la práctica, las inversio-

nes junto con el comercio han ido aumentando a un ritmo muy acelerado, lo que produce como consecuencia inevitable que el riesgo de conflictos entre Estados y nacionales se incremente también, más aún cuando muchas de las inversiones en los países en desarrollo tienen por objeto la explotación de recursos naturales que, por lo general, son áreas sensibles controladas por los Estados, como telecomunicaciones, petróleo, minería, transporte, entre otras.

De esta manera el nacional de un Estado, en caso de que su inversión se vea afectada por un problema legal, en donde se habrían violado sus derechos, no podía iniciar un juicio contra el Estado receptor de la inversión. Conviene aclarar este punto: por lo general y en todo caso en Ecuador, los tribunales de justicia de dicho Estado los mecanismos judiciales para resolver la controversia que tiene por víctima a un nacional, pero aquí resulta que, desde una perspectiva objetiva e internacional del conflicto, el Estado es juez y parte, ya que la Función Judicial es parte integrante de dicho Estado y, frente a una inversión extranjera, los tribunales nacionales no tienen (o mejor dicho no tenían, ya que con el advenimiento de la globalización, parecería que esta corriente está cambiando) la tendencia a beneficiar la inversión extranjera; a esto hay que sumar la circunstancia de que en la mayoría de países, la injerencia de la política es intensa en lo que tiene que ver con la designación de magistrados de justicia.¹⁰

En resumen, antes de la creación del CIADI, un inversionista que tenía un conflicto (incumplimiento, ruptura anticipada del contrato suscrito con el Estado, víctima de expropiación, de confiscación de la inversión, etc.) con el Estado receptor de la inversión, debía acudir a su propio Estado y ejercer la Protección Diplomática, para que su Estado inicie las acciones legales internacionales para la solución de conflictos.

La Protección Diplomática es el derecho que tiene un Estado, de hacer suyo el conflicto de su nacional surgido con otro Estado. Se encarga así de la protección de sus nacionales cuando otros Estados amenazan o violan sus derechos que no pueden ser respetados por ellos directamente.¹¹ Este *endoso* del conflicto por parte del nacional a favor de su Estado quien interviene con las prerrogativas que el Derecho Internacional confiere a los Estados el para resolver las controversias, desde los medios pacíficos hasta el uso de la fuerza.¹²

2. Tratamiento nacional.— Existe la teoría de que los extranjeros, cuando adquieren propiedades en un Estado, se someten al principio internacional de *tratamiento nacional*, es decir que tiene los mismos derechos que los nacionales de dichos Estados. En el pasado, esta teoría ha visto su lado oscuro y particularmente se complicó en 1917 con la Revolución Rusa, en donde se expropiaron las propiedades de los extranjeros sin compensación ni indemnización alguna; el gobierno revolucionario ruso basó su negativa a dar alguna compensación por las expropiaciones verificadas, en justamente base al principio del mismo *tratamiento nacional*, ya que si a los ciudadanos rusos no se les compensó por las expropiaciones sufridas a sus propiedades, tampoco se les puede compensar a los extranjeros por las expropiaciones sufridos por ellos. El concepto de *nacionalización* nació aquí dándose

dose énfasis a los efectos de los actos de un Estado sobre su misma comunidad, sin considerar los intereses del particular afectado por tales medidas.

3. **Mínimo estándar internacional.**- Como respuesta y en contrapartida a la teoría de tratamiento nacional, los Estados de los inversionistas afectados reclamaban la aplicación del principio del *mínimo estándar internacional*, en donde el inversionista extranjero tendría derecho a un mínimo de derechos reconocidos por la comunidad internacional, entre estos, la prohibición del *enriquecimiento injusto*, que forma parte de los Principios Generales del Derecho.¹³ El problema es que tal comunidad internacional que generaría tales derechos es en realidad un pequeño grupo de países exportadores de capital, por lo que no se puede hablar, en *stricto sensu*, y en este tema de las inversiones, de derechos reconocidos por la comunidad internacional.

4. **Cláusula Calvo.**- Sin embargo, la circunstancia de que un extranjero tenga más derechos que los mismos nacionales, que es la consecuencia de aplicar el principio del *mínimo estándar internacional* antes indicado, tampoco resultaba muy justo y evidente como lo pretendían las naciones poderosas de aquel entonces - que siguen siendo las mismas de hoy en día -; así, se fortaleció la doctrina Calvo creada por el jurista argentino Carlos Calvo, quien afirmaba que los extranjeros que se establecen en un Estado ciertamente tienen los mismos derechos de protección que los nacionales, pero no deberían tener mayores prerrogativas para reclamar una protección más extendida que la que reciben los propios nacionales de dicho Estado.

Calvo pensaba que admitir un *mínimo estándar internacional* significaría crear un exorbitante y fatal privilegio que favorecería esencialmente a las naciones poderosas y perjudicaría a las naciones más débiles, estableciendo una injustificable inequidad entre nacionales y extranjeros, en favor de estos últimos.¹⁴

Como corolario de esta doctrina nació la famosa Cláusula Calvo, que es considerada una importante contribución latinoamericana al desarrollo del derecho internacional. Mediante esta cláusula se pretendía eliminar el derecho del extranjero a reclamar la Protección Diplomática de su Estado, de tal forma que el extranjero se encontraría exactamente en la misma posición que el nacional del Estado receptor de la inversión.¹⁵

El asunto se complicó más cuando los Estados poderosos, una vez endosado a su favor el conflicto nacido con su nacional y otro Estado, tenía la tendencia a utilizar la fuerza para resolver los conflictos, especialmente para exigir el pago de lo adeudado a las nuevas e independientes repúblicas latinoamericanas.

Aquí se debe mencionar a Drago, otro gran tratadista argentino, quien fomentó la doctrina que lleva su nombre, por la cual se prohíbe a un Estado toda intervención armada u ocupación territorial sobre cualquier otro Estado Americano, ejecutada para asegurar la recuperación de la deuda pública por parte de dicho Estado. a una acción igual reacción: fue el uso de la fuerza que inspiró el nacimiento de la Convención Drago-Porter (que contiene la doctrina Drago).¹⁶ barcos de Gran Bretaña, Alemania e Italia bombardearon en 1902-1903 los puertos venezolanos con el fin de recuperar las deudas.¹⁷

La validez de la Cláusula Calvo es controvertida. A su favor mencionaremos que, con ocasión de conflictos surgidos entre México y nacionales de los Estados Unidos de Norteamérica, estos Estados acordaron, mediante instrumento internacional, formar una Comisión Mixta de Reclamaciones formada por dichos Estados, para resolver esas controversias; esta Comisión admitió que si un extranjero había acordado por medio de un contrato que cualquier controversia relativa al mismo será resuelto por los jueces nacionales, entonces tal extranjero debe respetar dicho acuerdo y someterse a los jueces nacionales y la Comisión Mixta de Reclamaciones no era, por lo tanto, competente.¹⁸ Es decir, se admitió tácitamente la validez de la Cláusula Calvo.

Sin embargo, lo anterior no debe entenderse con demasiada latitud. Si la disputa tiene relación con violación del derecho internacional, por ejemplo la negación a acceder a la justicia, entonces sería posible la intervención del Estado del extranjero, a pesar de la existencia de la Cláusula Calvo; para que esto suceda, además, se requeriría que la actuación y violación del Estado receptor de la inversión sea grave.

Como es de suponer, existe una posición más radical y contraria que afirma que la Cláusula Calvo es nula de nulidad absoluta. Se fundamenta esta corriente contraria en el argumento de que el nacional de un Estado carece de derecho para renunciar a la protección diplomática del Estado de su nacionalidad. Por tanto, cualquier cláusula suscrita en ese sentido carece de eficacia ante los ojos del Estado y del Derecho Internacional.

Los países latinoamericanos fomentaron la expansión de la Cláusula Calvo como consecuencia de lo cual, como acabamos de ver, en caso de disputa entre un extranjero y un Estado sobre un contrato o concesión, tal disputa sería resuelta por los mismos jueces nacionales. Más aún, en virtud de dicha Cláusula el Estado del extranjero no podía ejercer la Protección Diplomática para llevar el caso a un Tribunal Internacional, debido a que dicho extranjero había acordado renunciar a ese derecho.

En la práctica, la aplicación de la Cláusula Calvo constituía una barrera importante que impediría el flujo de inversiones a los países que exigían su inserción contractual, ya que los inversionistas no sentían seguridad alguna al conocer que los conflictos surgidos con el Estado receptor de la inversión serían resueltos por jueces nacionales del mismo Estado, sin posibilidad de recurrir a la protección diplomática de sus Estados.¹⁹

Frente a este escollo, que afectaba a todos los actores de la economía, tanto países exportadores de inversiones como receptores, en el año de 1965, bajo el auspicio del Banco Mundial, se creó el centro de arbitraje CIADI, que no es otra cosa que el producto de un tratado multilateral en el que los Estados contratantes, en virtud del artículo 25 antes citado, aceptan someterse al arbitraje para resolver la controversia surgida con un nacional de otro Estado.

Pero también se tiene el art. 27 de dicha Convención, que prohíbe a un Estado conceder la Protección Diplomática cuando uno de sus nacionales haya sometido la diferencia al arbitraje del CIADI, entendiéndose el ejercicio de la protección diplomática en su sentido restringido, limitado solamente a recursos jurisdiccionales y

bajo la excepción de que el Estado sí tendrá derecho de ejercer la Protección Diplomática, cuando el otro Estado no acepte el laudo o se niegue a ejecutarlo.

Artículo 27

(1) *Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.*

(2) *A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.*

Sin duda, ahora es más comprensible el contenido y alcance del art. 25 de la convención CIADI. Así también se entiende la inclusión del artículo 27, que limita el ejercicio de la Protección Diplomática por parte de las naciones poderosas, tesis defendida por las más débiles y especialmente por las latinoamericanas, promotoras de la doctrina Calvo.

De la misma manera se comprende y justifica la inclusión en el mismo artículo 25 de la exigencia de la manifestación de voluntad expresa del Estado para someterse al CIADI ... *y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro.* En efecto, si no se hubiese incluido esta disposición que viene de señalarse, hubiera sido muy difícil que los Estados receptores de inversiones acepten ser partes contratantes de la Convención, ya que hubiese significado una renuncia a la doctrina Calvo, que tanto fomentaron los países en desarrollo.

Entonces, para efectos de la validez del sometimiento al arbitraje del CIADI no solamente es necesario que el Estado sea miembro de la Convención, es decir que la haya suscrito o se haya adherido, ratificado y depositado el instrumento de ratificación sino que, en el caso de especie de un contrato de inversión suscrito entre dicho Estado y un inversionista, en el mismo se haya señalado de manera precisa el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje del CIADI.²⁰

El consentimiento del Estado para someter la resolución al arbitraje del CIADI puede estar expresado en el mismo contrato suscrito con el inversionista extranjero, mediante una Cláusula Compromisoria; también puede manifestarse en otro instrumento o contrato por separado suscrito entre el Estado e inversionista en cuestión, que tenga como objeto acordar que el conflicto que surja o el ya presente sea resuelto mediante arbitraje según las reglas del CIADI, o finalmente, y esto nos lleva a otro acontecimiento de mucha importancia verificado durante las últimas décadas en la comunidad internacional, puede estar preestablecido en otros instrumentos internacionales, que en la práctica se han cristalizado en los Acuerdos Bilaterales de Protección y Promoción a las Inversiones.

En estos Acuerdos Bilaterales, más conocidos por sus siglas en inglés BIT, Bilateral Investment Treaties, entre otras cosas se establece que los conflictos surgidos entre nacionales de un Estado y el otro Estado, serán re-

sueltos por el arbitraje internacional.²¹ Más adelante nos detendremos un momento a analizar estos Acuerdos Bilaterales.

5. Agotamiento de los recursos internos.- En Derecho Internacional, para que un nacional en el caso de sentir que sus derechos han sido violados por el Estado pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales internacionales de justicia, previamente debe solicitar la Protección Diplomática de su propio Estado, a quien se le endosa el conflicto y lo hace suyo, Estado que a su vez hará uso de los medios pacíficos para resolver la controversia (negociación, mediación, conciliación, arbitraje, reglamento judicial, recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su conveniencia).²²

Como se ha visto, mediante el CIADI, se ha evitado este largo proceder, ya que el nacional puede directamente iniciar la acción legal ante el Estado causante de la violación del derecho, sin tener que recurrir a la Protección Diplomática de su Estado.

En Derecho Internacional, previo a iniciar una acción legal en contra de un Estado, el nacional debe agotar todos los recursos internos que la justicia del Estado receptor de la inversión contempla en sus leyes. En otras palabras, el inversionista extranjero que se sienta perjudicado por el Estado deberá iniciar las acciones legales, judiciales y administrativas ante los jueces competentes de dicho Estado, continuar con los procesos hasta última instancia y, agotado este procedimiento, sin que se hayan satisfecho sus pretensiones, podrá entonces acudir a su Estado y solicitar la Protección Diplomática.

Ahora bien, en el caso que un Estado y un inversionista hayan suscrito una Cláusula Compromisoria por la cual se someten al arbitraje internacional, cabe la interrogante si previamente a acudir ante dicho tribunal arbitral, será o no necesario que el inversionista haya agotado todos los medios administrativos y judiciales que las leyes de dicho Estado establecen en su ordenamiento legal, y de esta manera cumplir y respetar la Regla Internacional del agotamiento previo de los recursos internos. Caso contrario, el laudo arbitral podría ser considerado nulo o, peor aún, el Estado condenado mediante un laudo arbitral podría alegar inejecutabilidad del mismo, por la violación de esta importante regla de Derecho Internacional.

Esta inquietud fue sometida a análisis y resolución en cuatro ocasiones ante la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte de Justicia Internacional. Lamentablemente, en los cuatros casos los conflictos encontraron una solución extrajudicial antes de dictarse los respectivos fallos internacionales.²³

De manera más práctica y frontal, la Convención CIADI abordó y resolvió el problema, al señalar en su artículo 26 lo siguiente:

Artículo 26

Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.

En conclusión, frente a un conflicto en particular, las

partes pueden acordar (I) sea el agotamiento a los recursos internos, (II) sea la exclusión de esta regla. Lo que debe quedar en claro es que manifestada la voluntad de que el único remedio para solucionar el conflicto es el arbitraje según las reglas de CIADI, entonces no cabe que el Estado alegue la violación de la regla internacional del agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales.²⁴

6. Acuerdos Bilaterales de Protección y Promoción de las Inversiones. Comenzaremos por indicar que el incremento y desarrollo de los acuerdos bilaterales de protección y promoción de las inversiones, suscritos inicialmente entre países desarrollados y en vías de desarrollo, es espectacular, sobre todo cuando los mismos están basados mucho más en las posiciones de los países del Norte que del Sur, y su contenido iría en contra de las tesis sostenidas por los países en vías de desarrollo.²⁵

Por lo anteriormente indicado, y aunque parezca paradójico, este desarrollo se revela más sorprendente cuando la suscripción de dichos acuerdos se ha verificado no solamente entre países desarrollados y en desarrollo (así, Ecuador ha suscrito acuerdos, entre otros países, con Francia,²⁶ Estados Unidos de Norteamérica,²⁷ entre otros) pero también entre países subdesarrollados, como el caso de los Acuerdos suscritos por Ecuador con El Salvador,²⁸ Cuba,²⁹ Argentina,³⁰ Chile,³¹ Paraguay,³² y otros.

En lo que tiene que ver con el CIADI, como hemos podido apreciar es una convención que suscrita en el año de 1965, es respetuosa de los conceptos y tesis defendidas tanto por los países del Norte como del Sur, cristalizada en los artículos 25, 26 y 27. Así, por un lado los Estados en vías de desarrollo han aceptado someterse a priori a la competencia del Centro y, en contrapartida, los Estados desarrollados han renunciado a ejercer la protección diplomática de sus nacionales. Por tanto, todo Estado parte de la Convención deberá en forma adicional manifestar de manera expresa y para cada caso en particular su consentimiento expreso, como lo ordena el artículo 25 de la indicada Convención.

Aquí es donde han entrado en acción los Acuerdos Bilaterales suscritos entre los países desarrollados y los países en desarrollo. Mediante las normas contenidas en dichos convenios, los Estados en desarrollo (receptores de inversión) han manifestado su consentimiento a someterse al arbitraje del CIADI.³³

De esta manera, en dos tiempos, primero mediante la suscripción de la Convención CIADI y luego mediante la suscripción de Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección a las Inversiones, se ha resuelto un escollo que tenía que afrontar un inversor frente a un conflicto con el Estado receptor de la inversión, a saber obtener el consentimiento para someter la controversia al arbitraje CIADI.

Para terminar vemos que, en el caso concreto del Ecuador, se ha ido aún más lejos al emitirse el Reglamento Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones,³⁴ en donde se ha establecido de forma imperativa que todo contrato de inversión que se suscriba con un extranjero se someterá a resolución del CIADI.

Confunde, sin embargo, encontrar que el Reglamento

Sustitutivo de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, publicado en el Registro Oficial de 25 de enero del 2001, señala imperativamente en su artículo 29 que en los Contratos de Inversión se estipulará la competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, cuando a esa fecha, en enero del 2001, Ecuador era solamente un Estado suscriptor de la Convención y la misma no formaba parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano ya que, como se ha indicado al comienzo de este artículo, solamente con fecha 19 de abril del 2001 ha sido ratificada en legal y debida forma.

Podemos incluso afirmar que lo anterior resulta hasta contradictorio, cuando en forma expresa el art. 29 del Reglamento Sustitutivo que viene de indicarse, señala que el contrato de inversión estará sujeto a la normatividad legal ecuatoriana, ya que son tales normas las que ensombrecen su aplicación y eficacia por las razones indicadas.

Para perfeccionar este enredo legal interno, en el Registro Oficial No. 255 de 30 de enero del 2001 se publicó el Acuerdo Ministerial No. 2001-024, por el cual se estableció el formato básico común para el Contrato de Inversión, en donde se señala la competencia del CIADI para resolver las controversias que no hayan podido ser resueltas amigablemente, cuando tampoco a esa fecha estaba vigente en territorio ecuatoriano dicha convención internacional.

La aparición de tales normas es incomprensible, sobre todo se descubre que el derogado y sustituido Reglamento de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones, publicado en el Registro Oficial No. 346 de 24 de junio de 1998, establecía sin apuros, en legal y debida forma en su art. 29 que los conflictos y controversias se podrán someter a los procedimientos específicamente acordados o estipulados en los Convenios Bilaterales o Multilaterales firmados y ratificados por el país.

Por lo antes señalado, naturalmente fluyen algunas interrogantes: ¿Quién y qué motivó esta apresurada y absurda derogación? ¿Son nulas por objeto ilícito o aún por falta de objeto estas disposiciones legales, ya que hacen referencia a una norma legal inexistente en nuestro ordenamiento jurídico? Sabemos que la ley no puede tener efecto retroactivo, pero, ¿tienen valor jurídico las normas que hace referencia a expectativas futuras?

Por ahora dejaremos planteadas estas inquietudes e incongruencias de derecho interno, que prueban lo peligroso y contraproducente que resulta ejercer presiones (son las incongruencias arriba indicadas, en realidad, las mayores inseguridades jurídicas que alejarán a cualquier inversionista), sobre todo cuando los responsables de la redacción de las normas (en este caso del Ejecutivo) no tienen la preparación y cuidado suficientes.

Volviendo al centro de arbitraje CIADI, es curioso verificar que en realidad ha tenido poco éxito en su objetivo de ser el centro receptor de las controversias surgidas entre Estados e inversionistas originarios de otros Estados. Así, si consideramos que el Centro tiene 36 años de existencia, es muy pobre el número de controversias - 59 - que finalmente han sido sometidas al procedimiento CIADI, a marzo del 2001.³⁵

¿Por qué razón entonces hay tanto interés en que sea

el CIADI el centro de resolución de las disputas nacidas entre Estados e inversionistas extranjeros? Una respuesta razonable sería el interés del Banco Mundial de *centralizar* la administración de justicia en lo relativo a la solución de conflictos jurídicos relacionados con las inversiones que tengan como actores a Estados e inversionistas de otros Estados.

Esta circunstancia permitiría, con el transcurso del tiempo, ratificar y fortalecer las normas contenidas principalmente en los Acuerdos Bilaterales de Promoción y

Protección a las Inversiones, generando nuevas reglas y principios generales del derecho que deberán respetar las partes en conflicto, en definitiva, intentar crear jurisprudencia internacional uniforme que influya positivamente en la actitud de los Estados y, de esta manera, generar las condiciones necesarias para el nacimiento y formación de una costumbre internacional,³⁶ la principal fuente de derecho internacional y, probablemente la suscripción, en un futuro no muy lejano, de una Convención Internacional sobre Derecho de las Inversiones.

NOTAS

1. Philippe Sands, Ruth Mackenzie, Yuval Shany, *Manual on International Courts and Tribunals*. Ed. Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 1999, pág. 103-106.
2. www.worldbank.org/icsid.
3. Idem.
4. Lalive Pierre, Some Threats to International Investment Arbitration, *ICSID Review. Foreign Investment Law Journal*. Vol. 1, Number 1. Spring 1986 p. 28, quien acota lo manifestado por el Secretario General del CIADI, "its paramount objective is to promote a climate of mutual confidence between investors and States: 1984 ISCID Ann. Rep. 5, and Shihata, Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, 1 *ICSID Rev.-FILJ* 1, 4 (1986).
5. Lalive Pierre, Op.cit., p. 33
6. Idem. p. 35
7. Guggenheim Paul, *Traité de Droit International Public*, Tome I, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., Geneve, 1953, p. 174-175.
8. Nguyen, Daillier, Pellet, *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, 3 Ed., pp. 636-637.
9. Schwebel Stephen M., (Judge International Court of Justice The Hague) "Some Aspects of International Law in Arbitration Between States and Aliens. Private Investors Abroad, Problems and Solutions in International Business in 1986". *International and Comparative Law Center*. The Southwestern Legal Foundation. Dallas, Texas. Ed. Mathew Bender., Chapter 12, p. 12-9.
10. Lalive Pierre, Op. cit., p. 28
11. Guggenheim Paul, Op. cit., pp. 310-311.
12. *Charte de Nations Unies et Statut de la Cour Internationale de Justice*, Chapitre VI, art. 33
13. Dolzer Rudolf, "Expropriation and Nationalization", en: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 8 (1981), p. 214.
14. García Amador F.W., "Calvo Doctrine, Calvo Clause", en: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 8 (1981), p. 62.
15. Idem, p. 63.
16. Doctrina consagrada mediante la Convención de La Haya de 1907, respecto de las Limitaciones para el Empleo de la Fuerza para la Recuperación de los Contratos de Deuda. Idem. p. 312.
17. Wolfgang Benedek, "Drago-Porter Convention (1907)", en: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 8 (1981), p. 141
18. Idem.
19. Lalive Pierre, Op. cit. p. 34
20. Philippe Sands, Ruth Mackenzie, Yuval Shany, Op. cit., p. 92
21. Caflich Lucius, "L'avenir de l'arbitrage interétatique", *AFDI*, 1979, p. 26.
22. *Charte de Nations Unies et Statut de la Cour Internationale de Justice*, Chapitre VI, art. 33
23. Schewebel Stephen M., (Judge International Court of Justice The Hague) "Some Aspects of International Law in Arbitration Between States and Aliens. Private Investors Abroad, Problems and Solutions in International Business in 1986". Op. cit. pp. 12-4

NOTAS

24. En el reporte anual del Director Ejecutivo del Banco Mundial, éste dejó claro al manifestar que cuando la intención de las partes es someterse al arbitraje sin agotar previamente los recursos internos del Estado, entonces debe respetarse dicha intención. "Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States Submitted to Governments by the Executive Directors ... and Accompanying Report of the Executive Directors, March 18, 1985.", 4 Int'l Legal Materials 532, 524 (1955), citado por Schewebel Stephen M., op. cit. p. 12-8.
25. Carreau, Flory, Julliard, Droit Internatinal Economique, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 3eme Ed, 1990, p. 600.
26. Registro Oficial No. 778 de 11 de septiembre de 1995.
27. Registro Oficial No. 49, de 22 de abril de 1997
28. Registro Oficial No 831 de 28 de noviembre de 1995.
29. Registro Oficial No. 330 de 2 de junio de 1998
30. Registro Oficial No. 785 de 20 de septiembre de 1995
31. Registro Oficial No. 785 de 20 de septiembre de 1995
32. Registro Oficial No. 782 de 15 de septiembre de 1995
33. Nguyen, Daillier, Petter, Op. cit. p. 638.
34. Registro Oficial No. 252 de 25 de enero del 2001.
35. Sands, Mackenzie, Shany, Op. cit., p. 87
36. Nguyen Quoc, Daillier, Pellet, Op. cit., 292; Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.