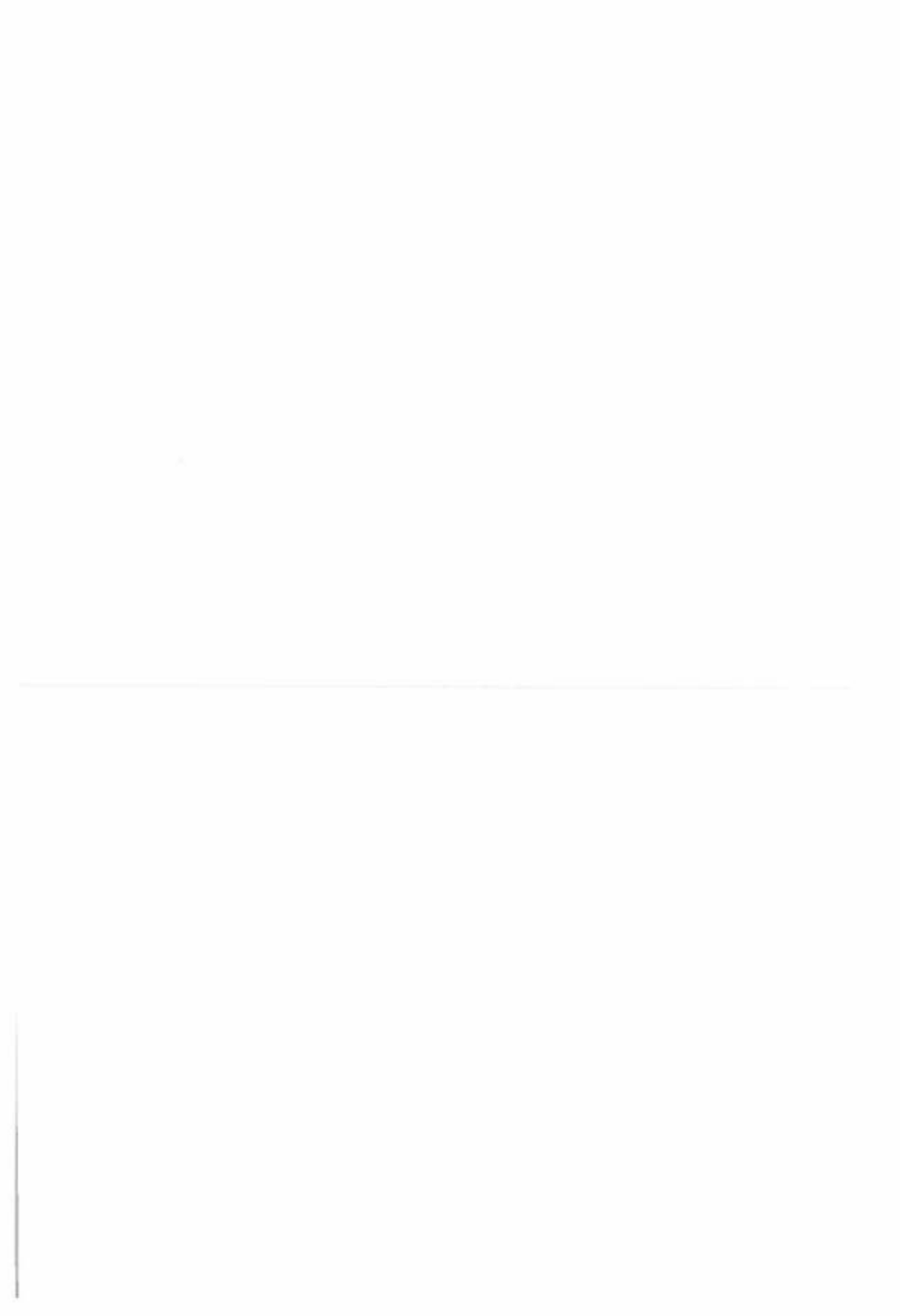


2. Sección Monográfica



Arbitraje sobre potestades públicas en el Derecho Minero ecuatoriano

César Zumárraga R.

« Al Maestro Carlos Larreátegui Mendieta: jefe, amigo y mentor. »

Sumario

1. Reflexión Inicial. 2. Breve Introducción al Marco Regulatorio Minero. 3. La Actual Ley de Minería. 4. El Problema de la Convivencia entre Concesión Minera y Contrato de Explotación. 5. Materia Arbitrable en Derecho Administrativo. 6. Un Análisis Jurídico Incompleto. 7. Reflexión Final.

1. REFLEXIÓN INICIAL

¿Es posible someter a arbitraje con el Estado el ejercicio de una potestad pública? La respuesta sencilla es no. Las potestades públicas no son transigibles, ergo no son arbitrables.

Sin embargo, esta respuesta puede ser cuestionada cuando las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado son complejas y se regulan, de manera paralela, por concesiones mineras y por contratos de explotación minera.

El presente artículo pretende analizar lo que, en mi criterio, es el principal desafío que tiene el arbitraje en los contratos de explotación minera: arbitrabilidad de controversias surgidas por medidas estatales abusivas o indebidas.

2. BREVE INTRODUCCIÓN AL MARCO REGULATORIO MINERO

No es posible analizar ningún asunto relacionado con derecho minero ecuatoriano sin una perspectiva histórica que nos haga entender las actuales circunstancias jurídicas por las que atraviesa la industria. La situación puede ser descrita con una sola palabra: compleja.

Nuestra relación con los minerales tiene su génesis en el origen mismo de la humanidad. A lo largo de la historia el hombre se ha servido de los minerales, metálicos y no metálicos, que han sido herramientas indispensables para su evolución. Hoy por hoy, es imposible imaginarnos nuestra vida sin los minerales. Desde nuestros edificios y casas, hasta los utensilios de cocina, la computadora, la televisión, el vehículo que conducimos, el teléfono celular o incluso el reloj que usamos, son fabricados con minerales.

En nuestro país los primeros hombres que poblaron el territorio de lo que hoy es Ecuador hace más de cinco mil años ya realizaban actividades mineras que luego se desarrollaron en el período incásico y durante la colonia española¹. La actividad minera fue objeto de regulación desde el inicio mismo del derecho² y su desarrollo a lo largo de siglos generó una rama especialísima

1. Gustavo MOREJÓN nos relata en su artículo Breve Historia de la minería en Ecuador y sus implicaciones ambientales de la siguiente manera: «La historia de la minería en Ecuador se remonta a 3500 años A.C. En el periodo Valdivia Tardío, se usaron los primeros materiales provenientes de excavaciones para obtener arcilla y barro. Posteriormente, en las culturas Machalilla y Chorrera, todas estas artes se perfeccionan y la extracción de materiales se intensificó. En la cultura La Tolita y Pampa de Oro, la metalurgia se desarrolla intensamente y se usa principalmente el oro para elaborar diversos objetos. El oro se obtiene en ese entonces de diversas fuentes, principalmente oro de origen aluvial (cómo hasta ahora se hace en algunas regiones). En 1532 con la conquista española del Tahuantinsuyo se inició una etapa donde la extracción del oro fue intensa. El siglo 16 es el siglo del oro. Comienza con el saqueo de los españoles de lo que los indígenas elaboraron en oro y plata. Durante la época de la independencia, por medio de un decreto firmado por el Libertador Simón Bolívar, se declaró exentos del servicio militar a todas las personas que desearan dedicarse a la minería, para incentivar ésta actividad» (sic).
2. Aunque hay discusión, algunos autores sitúan la génesis del derecho minero en el derecho provincial romano. En los escombros de las antiguas minas ubicadas en Aljustrel, Portugal, antiguo distrito minero romano denominado por ellos Vipasaca, se encontró en los años 1876 y 1906 sendos documentos epigráficos, esculpidos en bronce, los cuales tienen grabados antecedentes preciosos sobre el régimen jurídico de la minería provincial romana, información que no tiene parangón en ninguna otra fuente y que ha sido calificada como única e incom-

del derecho con cualidades únicas y distintas a las de cualquier otra rama debido a la peculiar relación jurídica que rige esta actividad³.

En cuanto a las regulaciones mineras ecuatorianas, para no ir más atrás⁴, la Ley de Minería de 1985 –que sustituyó a la Ley de Fomento Minero de 1974– fue reemplazada por la Ley N° 126 promulgada el 31 de mayo de 1991. La Ley N° 126 fue importante-mente modificada por la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 144 de 18 de agosto de 2000 (Decreto Ley 2.000.1)⁵.

parable. El estudioso de la historia del derecho minero chileno, Alejandro VERGARA, nos dice: «5. Vemos entonces con claridad –ya a estas alturas– se encuentran perfectamente consagradas, en esencia, las características del derecho minero que no variarán sustancialmente en dos milenios de evolución, y que aún hoy es posible visualizar en las modernas legislaciones del sector. Entonces, podremos afirmar: he aquí el origen de los principios que siempre han regido el sector minero, y el de su institución más caracterizada: la ‘concesión minera’; he aquí el origen de todo el sistema de derecho minero. En otras palabras, más directas: en el derecho provincial romano se encuentra la génesis del derecho minero, que se mantiene invariable (en su esencia: principios e instituciones) desde entonces» VERGARA, Alejandro, «Contribución a la Historia del Derecho Minero», Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Publicaciones de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1987, pp. 44 y 45.

3. El Derecho Minero es singular, distinta a cualquier otra rama del derecho. Los recursos del suelo son de propiedad inalienable del Estado que puede explotarlos directamente o a través de particulares bajo el régimen de concesiones. Los derechos mineros son distintos a los de la propiedad de la tierra (derechos superficiarios) y con supremacía sobre éstos pues son considerados de utilidad pública. La antigua teoría del dominio eminente, hoy superada, sirvió para explicar la distinción entre propiedad del suelo y del subsuelo, que Alessandri y Somarriva explican de la siguiente forma: «El Estado tiene sobre las minas un dominio eminente, es decir, tienen principio un derecho de propiedad general y superior, y no un derecho patrimonial perfecto. Esta antigua concepción del derecho eminente sirve para explicar por qué en la inmensa mayoría de casos el dueño del suelo no lo es de las minas que se encuentran en el subsuelo, las cuales el Estado entrega a los particulares que, ciñéndose a las reglas especiales, solicitan su propiedad. El dominio del Estado sobre las minas encuentra su fundamento en que ellas constituyen una riqueza inmensa, creada por la naturaleza y no por el trabajo del hombre. Por tanto, parece lógico que sea la colectividad toda el dueño en principio de las minas, y que ella, el Estado, determine las condiciones que deben cumplir los particulares para adquirir los derechos sobre esas cosas y puedan explotarlas en forma armónica con el interés social». ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA Manuel, “Curso de Derecho Civil”, Tomo II, De Los Bienes, Segunda Edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1957, p. 107.
4. Nuestro Código Civil, promulgado originalmente en 1861, recoge la calificación bienes públicos a las minas, conforme se desprende del texto del ahora artículo 607 que dice: «El Estado es dueño de todas las minas y yacimientos, no obstante el dominio de las corporaciones o de los particulares, sobre la superficie de la tierra en cuyas entrañas estuviesen situados. Pero se concede a los particulares la facultad de catar y cavar en tierras de cualquier dominio, ára buscar las minas a las que se refiere el precedente inciso, la de labrar y beneficiar dichas minas, con los requisitos y bajo las reglas que prescriben las leyes de minería».
5. Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana (conocida como Ley Trole II o Ley 2.000.1) fue un conjunto de normas que reformaron 31 leyes diferentes (v.gr. Ley del Sector Eléctrico, Ley de Hidrocarburos, Ley de Modernización del Estado, Ley de Minería etc.). La intención de estas reformas fue crear un marco regulatorio liberal, capaz de brindar seguridad jurídica para promover las inversiones nacionales y extranjeras.

Las principales características de los derechos mineros bajo la Ley 2.000.1 se pueden resumir así:

- a) El derecho minero era un derecho real, de tipo inmobiliario, distinto e independiente al de la propiedad de la tierra, transferible y transmisible; susceptible de hipoteca y, en general, de todo acto o contrato.
- b) La concesión minera⁶ confería a su titular el derecho exclusivo a prospectar, explorar, explotar, beneficiar, fundir, refinar y comercializar todas las sustancias minerales que podían existir y obtenerse en el área. El título minero era único y el concesionario podía en cualquier momento ejecutar cualquier actividad minera ya sea de exploración o de explotación.
- c) La concesión minera tenía un plazo de duración de hasta treinta años que podía ser renovado automáticamente por períodos iguales.
- d) La única causal que podía provocar la caducidad de una concesión era la falta de pago oportuna de patentes de conservación⁷.

Cuando en el año 2007 asumió la presidencia el economista Rafael Correa, las críticas a la Ley 2.000.1, vigente en ese entonces, se incrementaron. El Gobierno consideró que la Ley de Minería era un producto «neoliberal» que beneficiaba únicamente a las empresas privadas sin considerar ninguna compensación al Estado ecuatoriano que es el dueño del recurso. Era indudable que el marco regulatorio minero iba a cambiar.

Lastimosamente el cambio regulatorio fue dramático y lleno de inconstitucionalidades. La Asamblea Nacional Constituyente, que se había constituido de plenos poderes⁸, emitió el 18 de abril

6. Cada concesión minera no podía exceder de 5.000 hectáreas mineras contiguas, pero no existía un límite de concesiones que un mismo titular podía acumular.

7. Los concesionarios mineros debían pagar por cada hectárea minera una patente anual de conservación, en dólares de los Estados Unidos de América, por adelantado y por cada año calendario, en el transcurso del mes de marzo.

de 2008 el Mandato Constituyente N° 6, conocido como Mandato Minero, que produjo un ambiente de inseguridad y convulsión en la industria.

Las disposiciones más sobresalientes del Mandato Minero (MM) pueden resumirse de la siguiente forma:

- a) Se dispuso que el Ministerio de Minas y Petróleos declare la extinción, sin compensación económica alguna, de concesiones mineras que: i) no hubiesen realizado inversiones al 31 de diciembre de 2007; ii) mantuviesen obligaciones pendientes con el Estado en relación al pago de patentes, regalías y tributos; iii) hubiesen sido otorgadas al interior de áreas naturales protegidas, bosques protectores, zonas de amortiguamiento y aquellas que afecten nacimientos y fuentes de agua; iv) hubiesen superado en un número mayor de tres concesiones y que hubiesen sido otorgadas a una misma persona o a sus parientes cercanos; y, v) hubiesen sido otorgadas a favor de funcionarios y ex funcionarios del Ministerio de Minas y Petróleos o de sus parientes cercanos.
- b) Se suspendió toda actividad minera metálica de mediana y gran escala hasta la aprobación de un marco legal que regule y defina las condiciones nuevas de la industria minera y que debía expedirse en un plazo máximo de 180 días⁹.
- c) Ni las normas del MM, ni los actos requeridos para su ejecución, podían ser susceptibles de quejas, impugnaciones, acciones de amparo constitucional, reclamos administrativos o judiciales¹⁰.

8. La Asamblea Nacional Constituyente, excediendo las facultades asignadas por el pueblo en la consulta popular, dictó el Mandato Constituyente N° 1 por el cual se auto-asignó plenos poderes y asumió competencias legislativas para dictar mandatos constituyentes, leyes y resoluciones que además las declaró intangibles. El Tribunal Constitucional ratificó el criterio de la Asamblea y a través de su Resolución No. 0043-07-TC, declaró que las decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente provienen del Poder Constituyente y, por lo tanto, están por sobre cualquier norma preestablecida, incluso la misma Constitución, por lo que tampoco podían ser impugnadas ante ningún juez o corte en el país.

9. Se excluyó del MM a las concesiones mineras a pequeña escala, minería artesanal y de subsistencia.

10. Además, expresamente se establecía en el MM que su ejecución no daría lugar a indemnización alguna a favor de quienes se vean afectados.

En definitiva, el MM incorporó causales de extinción de concesiones que no estaban contempladas en la Ley 2.000.1 vigente en ese momento, dispuso la moratoria de las actividades mineras de exploración, blindó de cualquier reclamo o queja por efectos de su ejecución y dispuso que no habrá derecho a compensación alguna por su aplicación. Al ser el MM un Mandato Constituyente, sus normas tenían una categoría superior a la de la misma Constitución Política¹¹ y no podían ser impugnadas ante jueces y cortes locales pues eran decisiones que provenían del *Poder Constituyente*.

3. ACTUAL LEY DE MINERÍA

Nueve meses más tarde se promulgó la Ley de Minería en el Suplemento del Registro Oficial N° 517 de 29 de enero de 2009. Meses posteriores se promulgarían los reglamentos de aplicación necesarios. Muchos son los cambios de esta norma en relación a la anterior, pero el más relevante, en mi opinión, es la modificación de la naturaleza de derecho minero. Según la antigua Ley Minera, una concesión minera era un derecho real¹² similar a un título inmobiliario, transferible y transmisible, sujeto de ser hipotecado y, en general, a cualquier acto o contrato¹³.

11. Al menos eso es lo que el Tribunal Constitucional falló a través de su Resolución No. 0043-07-TC, en la que se ratificó los plenos poderes de la Asamblea Nacional Constituyente y la jerarquía supra constitucional de sus decisiones; criterio con el que no coincidimos por razones y motivos que ahora no vienen al caso desarrollar.
12. Artículo 595 del CC: «Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales». La teoría clásica, representada por Aubry y Rau, define los derechos reales como "aquellos que, creando una relación inmediata y directa entre una cosa y la persona a cuyo poder ella se encuentra sometida, de una manera más o menos completa, son por esto mismo susceptibles de ser ejercidos, no solamente contra una persona determinada, sino frente y contra todos" (PLANIOL, tomo I de la 12ª edición, N° 2.164). Para Demolombe: «El derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata; de tal modo que no se encuentra más que dos elementos: la persona que es el sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto» (CARRIÓN EGUIGUREN, Eduardo; Curso de Derecho Civil, De los Bienes).
13. La naturaleza real del derecho minero es común a todas las legislaciones de países que han desarrollado la industria minera. Esta característica, además, es tradicional y proviene de una concepción romana: «...el origen de los derechos mineros se encuentra en el derecho provincial Romano... estos principios habrían sido recogidos por las Leyes de Todosiano, luego por el derecho medieval hispánico y desde ahí directamente hasta hoy al actual derecho español de minas; y desde un 'afluente': el derecho indiano al actual derecho chileno de minas».

En cambio, a partir del 2009 el derecho minero es un derecho personal¹⁴, equivalente a una autorización administrativa para el desarrollo de actividades mineras en un área específica¹⁵. De acuerdo a la naturaleza personal del derecho minero, el Estado conserva la propiedad del yacimiento y confiere al particular una autorización (crédito) para que realice actividades mineras en el área de su propiedad (obligación de no hacer pues se abstiene de explotar el yacimiento de su propiedad directamente). Se produjo una importante limitación y reducción de la calidad del derecho minero de naturaleza real inmobiliaria a un derecho personal limitado, que afectó a derechos adquiridos bajo el amparo de una ley anterior, por supuesto, violentando los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las leyes.

Otro de los aspectos relevantes de la Ley del 2009 es la incorporación de una serie de causales de caducidad de la concesión minera, algunas de ellas sujetas a decisiones discrecionales de la autoridad, que van desde falta de pago de patentes de conservación, o de entrega de informes, o de alteración de hitos demarcatorios, daño ambiental o daño al patrimonio cultural, violación de derechos humanos entre otros. Evidentemente, ésta ha sido

«Desde esa época ya se diferenciò el derecho superficial del derecho sobre el subsuelo que le correspondía al Estado quien permitía a particulares su explotación a través del 'régimen de concesión' que le otorgaba el *dominium* al privado y la posibilidad de hacerse de los minerales cuando se desprendan del subsuelo». VERGARA, Alejandro, Op. Cit.

14. Artículo 596 del CC dice: «Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales». «Según la escuela clásica el Derecho Personal es la facultad que tiene una persona (acreedor) de exigir a otra (deudor) el cumplimiento de una prestación (dar, hacer, no hacer)... Todo derecho personal supone una obligación correlativa. Si una persona puede exigir algo es porque otra se encuentra en la necesidad jurídica de realizar una prestación o una abstención». (ALESSANDRI R., SOMARRIVA U. y VODANOVIC H., Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General)
15. A pesar de la calificación de derecho personal contemplada en la Ley de Minería, la norma contiene profundas contradicciones que generan problemas no menores. Unos pocos ejemplos para graficar el problema: i) se califican como accesorios a la concesión minera las construcciones, instalaciones y demás objetos afectados por la exploración, explotación y beneficio de los minerales. La accesión es un modo de adquirir el dominio de las cosas que es un derecho real y no personal; ii) el problema de la propiedad del mineral extraído. La concesión minera -derecho personal- no parecería ser suficiente para constituirse en el "título" de propiedad del mineral extraído a pesar del artículo 31 de la LM; iii) El problema de las servidumbres mineras: Gravamen que pesa sobre un derecho de naturaleza real. Es técnicamente imposible imponer una servidumbre sobre o a favor de un derecho personal. Estos son pocos de los muchos problemas que aparecen en esta ley inconsistente.

una de las preocupaciones fundamentales de los inversionistas mineros y nos referiremos más adelante en este trabajo.

El término de las concesiones mineras es de 25 años dividido en diversas etapas o fases: exploración inicial hasta cuatro años, exploración avanzada hasta por cuatro años más; y, evaluación económica del yacimiento hasta por dos años que se pueden renovar por dos años adicionales.

Para saltar a la etapa de explotación del yacimiento es necesario que el concesionario minero suscriba con el Estado un contrato de explotación o de prestación de servicios. No existe claridad en qué caso se debería suscribir uno u otro, pero en la negociación que concluyó con la compañía Ecuacorriente en marzo de 2012 se usó la figura del contrato de explotación lo que sugiere que la posición oficial es usar este tipo contractual cuando las concesiones mineras están en manos de particulares¹⁶.

Con ello, cuando el concesionario minero empieza la producción comercial del yacimiento su relación jurídica con el Estado es regulada, de manera paralela, por el título de la concesión y por las estipulaciones del contrato de explotación minera. La pobreza de la Ley de Minería no dejó claro si el contrato de explotación sustituía a la concesión minera o –dicho de otro modo– si la concesión minera se convertía de un título minero a un contrato minero. Al final, varias normas sugieren que en fase de explotación el título minero subsiste. En otras palabras, el concesionario goza de los derechos mineros que nacen de la ley y están materializados en un título, pero para ejercer dichos derechos se requiere de un contrato administrativo en el que se determinen las condiciones técnicas y económicas de tal explotación.

16. Este es otro tema confuso e incoherente en la Ley de Minería. Si el derecho minero es de naturaleza personal, significa que el dueño del recurso sigue siendo el Estado y el particular únicamente tiene una autorización administrativa para realizar actividades mineras, por lo que la figura contractual aplicable debería ser el contrato de prestación de servicios. Bajo ese tipo contractual, el Estado dueño del recurso se mantendría como propietario de los minerales obtenidos y el concesionario minero debería recibir un *fee* (honorario) por la operación. Esta figura ha sido descartada por los inversionistas ya que consideran una sensible disminución de calidad contractual y los derechos que le correspondería.

4. EL PROBLEMA DE LA CONVIVENCIA ENTRE CONCESIÓN MINERA Y CONTRATO DE EXPLOTACIÓN

He usado una larga introducción del tema regulatorio minero en el Ecuador, para dar un contexto adecuado a las circunstancias actuales por las que atraviesan los concesionarios mineros.

Los titulares mineros sufrieron una pérdida en la calidad de su derecho cuando se modificó su naturaleza real a personal y, aún cuando a su propio riesgo invierten capital en exploración, desconocen cuáles serán las condiciones técnicas y económicas de la explotación comercial del yacimiento pues dependen de un contrato de explotación que debe ser negociado y suscrito con el Estado una vez descubierto el yacimiento y elaborado el estudio de factibilidad.

«Una de las implicaciones jurídicas fundamentales de esta visión constitucional ha sido la sustitución, en la nueva Ley de Minería (LM), de la figura del derecho real de la concesión minera por la del derecho personal, cuyo efecto más notable es la limitación de la capacidad del concesionario para ceder sus derechos mineros sin autorización estatal y un debilitamiento general de su posición jurídica frente al proyecto minero, cuyo vínculo es de propiedad para ciertos activos –instalaciones, equipo, producto mineral–, y de una autorización administrativa –la mina–, para otros. Como se trata de un derecho personal, el título minero no es susceptible, en rigor, de ser objeto de una hipoteca. La dificultad añadida es que la fase de explotación solamente puede llevarse a cabo una vez firmado un contrato de explotación minera, cuya cesión, nuevamente, solo procede con autorización estatal, de manera que para el ejercicio efectivo de un derecho de garantía habría que tener asegurada la autorización estatal para la cesión del contrato»¹⁷.

17. TOBAR, Bernardo; «Protección de Inversiones ante el Fortalecimiento de Poderes Soberanos»; Trabajo presentado en la reunión de la Rocky Mountain Law Foundation RMLF, Rio de Janeiro, 2010.

Aparte de lo anotado, con seguridad la mayor preocupación que tienen los inversionistas mineros está en la amplia gama de causales de caducidad que extinguen los derechos mineros, como sanción a un incumplimiento legal. A partir del artículo 108 de la Ley de Minería se describen las causales de caducidad, que con excepción de la causal establecida en el artículo 117 (violación de derechos humanos) no requieren contar con una declaración judicial previa.

En inicio, son causas para la caducidad de las concesiones:

1. La falta de pago de patentes, regalías y los demás tributos¹⁸ establecidos en la ley (artículo 110 de la LM);
2. La falta de presentación de informes de exploración o por no haber acreditado la inversión comprometida en el área (artículo 111 LM);
3. La falta de presentación de Informe de Producción (artículo 112 LM);
4. Explotación no autorizada de los recursos o presentación de información falsa por parte del concesionario (artículo 113 LM);
5. Alteración maliciosa¹⁹ de los hitos (artículo 114 LM);
6. Por declaración de daño ambiental²⁰ (artículo 115 LM);
7. Por daño al Patrimonio Cultural del Estado²¹ (artículo 116 LM);

18. Es tan amplia esta causal que los derechos sobre una concesión corren riesgo por la falta de pago de cualquier tributo nacional o local, incluyendo impuestos, tasas y contribuciones especiales. Al no requerirse de sentencia previa para la declaratoria de la caducidad, resultaría inocua cualquier impugnación de parte del concesionario de la procedencia o determinación de un tributo.

19. Se entiende que una alteración no maliciosa o no intencional de los hitos no es causal de caducidad, sin embargo la calificación de «maliciosa» está bajo la discreción de la autoridad que declara la caducidad.

20. Aunque no lo dice, se debería entender que son daños ambientales no contemplados en los Estudios de Impacto Ambiental y en los Planes de Manejo Ambiental del concesionario minero, pues esos son daños ambientales previstos que están sujetos a actividades de mitigación y reparación aceptados por la autoridad ambiental. Para la aplicación de esta causal se requerirá de una resolución motivada y firme de parte del Ministerio de Ambiente.

21. De acuerdo a la LM, previa calificación del Instituto Ecuatoriano de Patrimonio Cultural INPC. Al igual que la anterior causal, debería entenderse por daños no previstos en los estudios y planes ambientales de los concesionarios mineros.

8. Violación de Derechos Humanos, contando para el efecto con una declaración judicial previa ejecutoriada²² (artículo 117 LM);
9. La violación de la prohibición de trabajo infantil dentro de las concesiones mineras (artículo 69 LM y artículo 97, literal b del RGLM);
10. La acumulación de residuos y la prohibición de descargas de desechos en ríos, quebradas, lagunas y en sitios susceptibles de contaminación (artículo 81 LM).

Adicionalmente a las causales antes mencionadas, se han agregado otras causales de caducidad en el Reglamento General de la Ley de Minería (RGLM), en franca violación del principio de reserva legal y tipificación de infracciones contenido en la Constitución²³. Las mencionamos a continuación:

1. Caducidad por no inscripción de la escritura de cesión o transferencia en el plazo de treinta días a partir de su celebración (artículo 59 del RGLM);
 2. Cuando el concesionario no revierte las aguas utilizadas en actividades mineras a sus caudales originales libres de contaminación²⁴ (artículo 97, literal h del RGLM);
 3. Explotación de minerales radioactivos u otros de interés nuclear (artículo 106 RGLM);
22. La imprecisión de la LM provocaría que, en una interpretación lata de la ley, se considere que cualquier derecho individual recogido por la Constitución sea un Derecho Humano y por ende su violación provocaría la caducidad del área. Por ejemplo, la sentencia que condene a un concesionario por el despido intempestivo de un trabajador, se consideraría razón suficiente para la declaratoria de caducidad de la concesión. Ciertamente no coincidimos con este razonamiento y conclusión, sin embargo es una muestra más de la inexactitud de la LM y de los problemas que enfrentan concesionarios y las autoridades al momento de aplicarla.
23. La Constitución en su artículo 76 establece: «En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 3) Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento».
24. El artículo 79 de la LM señala que hay una opción de la caducidad cuando el concesionario minero no realiza un tratamiento adecuado de las aguas que utiliza, sin embargo, el RGLM es mandatorio en cuanto a la aplicación de la caducidad cuando la calidad del agua que se devuelve no es igual a la que se usó originalmente.

4. La falta de sustitución de los títulos mineros en los términos de la Disposición Transitoria Sexta del RGLM;
5. La falta de reformulación de los contratos de operación minera anteriores a la vigencia de la LM en los términos que disponga el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (Disposición Transitoria Décima Primera del RGLM).

En definitiva, un extenso abanico de causales de caducidad, unas de origen legal y otras reglamentario, y muchas de ellas –por no decir todas– sujetas a decisiones discrecionales de la autoridad. Los efectos de su aplicación son sumamente graves: extinción de los derechos mineros y reversión del área al Estado.

Ergo, la caducidad de la concesión provocaría un efecto directo en el Contrato de Explotación pues al extinguirse los derechos del concesionario sobre el área, también se extinguiría el objeto del contrato. Me pregunto ¿es posible que un inversionista minero comprometa su capital al desarrollo de un proyecto si el título del que emanan sus derechos corre el riesgo de ser caducado en cualquier momento? ... En mi opinión, no es posible. El inversionista requiere estabilidad y seguridad jurídica y la estructura legal minera del Ecuador no brinda garantías para ello.

La única opción para dar viabilidad comercial a la inversión minera sería permitir que todas las controversias entre el Estado y el inversionista, incluyendo aquellas que provengan de los efectos contractuales causados por medidas estatales en uso de potestades públicas, puedan ser sometidas a la decisión de un panel arbitral internacional que asegure a las dos partes una decisión justa e imparcial.

5. MATERIA ARBITRABLE EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Como decía en la reflexión inicial de este trabajo las potestades públicas no son transigibles, por ende no son arbitrables.

Dice Juan Pablo Aguilar: «Para que una materia pueda ser sometida a arbitraje, es necesario que sea transigible, esto es que verse sobre derechos que su titular los pueda disponer libremente»²⁵.

Opinión con la que compartimos y que además coincide con lo que dicen los artículos 11 y 2349 del Código Civil:

«Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia».

«No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción».

El Dr. Carlos Larreátegui Mendieta en su libro «Contribución al Estudio del Arbitraje Privado» señala:

«De acuerdo con las normas citadas, no pueden someterse a arbitraje los asuntos sobre estado civil y capacidad de las personas y en general los relativos a derechos de familia, porque ellos están afuera del comercio de los hombres. Tampoco puede ser sometido a arbitraje los conflictos individuales de trabajo en razón de que los derechos del código laboral que concede a los trabajadores son irrenunciables ni las cuestiones que interesen al orden público, a la moral y las buenas costumbres. La materia de orden penal no son arbitrables pero sí la indemnización civil derivada del delito»²⁶.

25. AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo; «Sobre las Materias Arbitrables en Derecho Administrativo»; Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2009, p. 20.

26. LARREÁTEGUI MENDIETA, Carlos; «Contribución al Estudio del Arbitraje Privado»; Publicación de la Cámara de Comercio de Quito, Quito, 1982, p. 85.

Cuando hablamos de particulares, la norma general es que los derechos pueden ser dispuestos a menos que haya prohibición expresa legal; sin embargo cuando hablamos del Estado, el asunto es diferente.

«En efecto, la administración no obra libremente sino que está sometida a la legalidad, actúa solo en la medida en que una norma les autoriza a hacerlo. La actividad administrativa no es ejercicio de libertad, sino 'de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido'; en esa medida, no es un poder libre sino un poder sometido a la norma y, como tal, 'obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creado'. [...] Siendo esto así, la capacidad de transigir, y, con ella, la de pactar un arbitraje, es entre los privados la regla: todo es transigible, todo puede ser objeto de arbitraje, salvo prohibición expresa. En el caso de la administración ocurre exactamente lo contrario: la posibilidad de transigir o de pactar arbitraje está supeditada necesariamente a la existencia de una expresa autorización legislativa»²⁷.

Con base en el principio de legalidad de las actuaciones de la Administración Pública, es claro que la potestad de someter determinada materia a decisión arbitral va más allá de la materia transigible, sino de que exige una autorización legislativa expresa.

Según Juan Pablo Aguilar, esta conclusión resulta lógica pues: «*si se toma en cuenta que en ese caso la administración no hace otra cosa que cumplir un expreso mandato legal y admitir que la pretensión de transar sería tanto como dar a las leyes el carácter de negociables*»²⁸.

Igual criterio tiene Juan Manuel Trayter cuando dice:

27. AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo; Op. Cit.; pp. 21, 22.

28. AGUILAR, Juan Pablo; Op. Cit., pp. 21 y 22

«...no podrá versar nunca el arbitraje sobre actos administrativos reglados o sobre potestades discrecionales... en sus aspectos también reglados. Como ya hemos señalado una de las cuestiones esenciales del arbitraje es que las cuestiones litigiosas por él resueltas debe ser materia de 'libre disposición' circunstancia que no ocurre en los supuestos señalados»²⁹.

Debemos concluir entonces que las potestades públicas del Estado no son materia transigible y por ende no es materia susceptible de ser sometida a arbitraje.

En cambio, en los contratos administrativos el arbitraje cabe perfectamente.

«Cuando contrata la administración renuncia a la imposición unilateral de su voluntad y consigue sus objetivos en acuerdo con los particulares y al hacerlo genera relaciones de contenido patrimonial. La combinación del contenido patrimonial, la intervención de los particulares y la utilización de la figura *par excellence* del Derecho Privado, el contrato, es lo que convierte al arbitraje en una posibilidad para solucionar controversias relacionadas con ese contenido patrimonial»³⁰.

El campo de los contratos públicos se convierte así, para usar las palabras de Trayter en el «*hábitat natural donde va a desenvolverse con mayor soltura el arbitraje*»³¹, precisamente porque la Administración usando instrumentos del derecho privado, conviene con los particulares las condiciones más adecuadas para el cumplimiento de los fines públicos.

En Ecuador la posibilidad de someter a arbitraje las controversias contractuales cuenta con autorización legislativa expresa.

29. TRAYTER, Juan Manuel; "El Arbitraje de Derecho Administrativo", Revista de Administración Pública, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 95.

30. AGUILAR, Juan Pablo; Op. Cit., p. 26.

31. TRAYTER, Juan Manuel; Op. Cit., p. 95.

La Ley de Arbitraje y Mediación expresamente señala que para que sea procedente el arbitraje con el Estado: «*La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual*» (artículo 4 LAYM).

Es bueno recordar que el Derecho Administrativo ha debido acoplar a su funcionamiento figuras propias del Derecho Privado y que son mucho más antiguas que aquel. La adecuación de instituciones del Derecho Civil al Derecho Administrativo plantea problemas que no son sencillos de resolver. Este es el caso de instituciones jurídicas como el Contrato³² y el Arbitraje que preexisten mucho antes del nacimiento del Derecho Administrativo y que conviven y evolucionan conjuntamente.

Dejemos que el Dr. Larreátegui Mendieta nos comente algo de los inicios del Arbitraje:

«Desde los tiempos antiguos, los hombres y los pueblos encontraron en el arbitraje uno de los métodos más expeditos y prácticos para la solución de los conflictos que surgían entre ellos y filósofos y jurisconsultos ponderaron su importancia y sus ventajas.

En la Biblia, el Génesis y el Éxodo citan el arbitraje. En la antigua Grecia, bajo la legislación de Solón, se estableció que las sentencias arbitrales no eran susceptibles de recurso alguno y los historiadores griegos nos cuentan que Periandro, Gobernador de Corinto, actuó como intermediario entre Atenas y Metilene, seiscientos años A.C. procedimiento que tiene mucho en común con la institución del arbitraje, y anuncia la entrada de éste en el Derecho Internacional, en su aspecto público.

En Roma, desde las épocas más remotas, era frecuente acudir al arbitraje de hombres que se consideraban rectos y buenos. Es lo que se llamaba el *arbitrium boni viri*. La Ley de las Doce Tablas, primer monumento jurídico de la cultura romana, cita

32. Superada está la tesis de prestigiosos ius publicistas como el alemán Otto Mayer que consideraba que el Estado solo puede actuar a través de actos administrativos unilaterales y los actos de sumisión de los particulares, con su consentimiento, si bien se denominan contratos, por su estructura jurídica no son tales. Hoy en día, hay consenso acerca de que el Estado suscriba contratos con los particulares bajo la naturaleza originaria de la institución que es un acuerdo de voluntades, fuente de obligaciones.

el arbitraje en el párrafo 2 de la Tabla II y en el párrafo 3 de la Tabla XII. El derecho Pretoriano sanciona más tarde el *receptum arbitri*, en virtud del cual el árbitro designado por las partes queda obligado a desempeñar el cargo, pues si este no cumplía su misión, el Pretor le aplicaba multas. La sentencia arbitral era irrevocable pero no era susceptible de ejecución forzada, puesto que no era un fallo judicial. Más tarde una Constitución Imperial sancionó el pacto de compromiso por el cual dos personas se obligaban a confiar la decisión de una controversia a uno o más árbitros elegidos de común acuerdo. Justiniano dispuso que el laudo arbitral tuviera carácter obligatorio cuando las partes lo habían firmado o habían dejado transcurrir diez días sin atacarlo»³³.

6. UN ANÁLISIS JURÍDICO INCOMPLETO

Sin cuestionar la exactitud del análisis jurídico anteriormente planteado, resultaría incompleto a menos de que analicemos situaciones especiales en las que potestades públicas repercuten en derechos emanados de contratos o tratados internacionales.

Alfredo Bullard señala que las posiciones absolutas acerca de que las decisiones regulatorias no son susceptibles de arbitraje tienen varios puntos en común:

«(1) partir de una posición excesivamente publicista del problema; (2) omiten analizar los alcances particulares del tipo de contratos involucrados; (3) desconocen el marco internacional aplicable a este tipo de arbitrajes en los supuestos que el sometimiento sea a un arbitraje internacional; (4) confunden quien debe ser parte del arbitraje y (5) desconocen cuál es el objeto sobre el que los árbitros tienen que pronunciarse»³⁴.

33. LARREÁTEGUI MENDIETA, Carlos; Op. Cit., p. 9.

34. BULLARD, Alfredo; «El Estado Soy Yo. Arbitraje y Regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores?»; Revista Ecuatoriana de Arbitraje; Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 2011, p. 312.

Más adelante, el mismo autor grafica el problema diciendo:

«Lo cierto es que escribir un artículo sobre la arbitrabilidad de las decisiones regulatorias sin mencionar los términos ‘contrato ley’ y ‘tratados internacionales’ es como escribir un artículo sobre la diabetes sin usar el término ‘azúcar’ o sobre Luis XIV sin usar el término ‘Francia’. El contrato ley y los tratados internacionales definen la clave de la arbitrabilidad de las decisiones de organismos públicos y en particular de las decisiones regulatorias»³⁵.

Que las potestades públicas del Estado no sean materia transigible, y por tanto no arbitrables, no quiere decir que los efectos de medidas estatales abusivas e ilegales en ejercicio de esas potestades provoquen perjuicios al particular y violenten sus derechos contractuales o aquellos que provengan de tratados internacionales³⁶.

«Por supuesto que la decisión regulatoria es una decisión administrativa y por tanto un acto que no sería de libre disposición. Pero dada la existencia de un contrato ley, el acto del regulador se vuelve una violación contractual privada. Y siendo una vulneración a un contrato privado, estamos frente a un tema arbitrable»³⁷.

Al respecto, dice Bernardo Tobar:

35. BULLARD, Alfredo; Op. Cit., p. 314.

36. Sobre esta discusión y la línea que separa la ausencia de jurisdicción arbitral sobre decisiones de política interna y las consecuencias de tales decisiones sobre los derechos del inversionista, sobre las cuales se ha reafirmado consistentemente la jurisdicción arbitral a partir del precedente sentado por la Corte Permanente Internacional de Justicia en el caso *Mavrommatis*, que enfrentó a Grecia contra Gran Bretaña, se encuentra un criterio muy claro en el caso *CMS Gas Transmission Co. v. The Argentine Republic*, en los siguientes términos:

“On the basis of the above considerations the Tribunal concludes on this point that it does not have jurisdiction over measures of general economic policy adopted by the Republic or Argentina and cannot pass judgment on whether they are right or wrong. The Tribunal also concludes, however, that it has jurisdiction to examine whether specific measures affecting the Claimant’s investment or measures of general economic policy having a direct bearing on such investment have been adopted in violation of legally binding commitments made to the investor in treaties, legislation or contracts”. Stern, Brigitte, “Are Some Issues Too Political to Be Arbitrable”, *ICSID Review, Foreign Investment Journal*, Washington, D.C., 2009, p. 104. Citado por TOBAR, Bernardo, Op. Cit., p. 16.

37. BULLARD, Alfredo; Op. Cit., 325 pp.

«Como vimos, la doctrina seguida a nivel regional para contraponer soberanía y arbitraje, y por lo tanto pretender limitar el alcance de este último, no es nueva ni única a los países en desarrollo; esta doctrina se basa más en razones políticas y de conveniencia que en aspectos de lógica jurídica, pues como lo sostuvo elocuentemente Brigitte Stern, toda materia tiene su origen en una elección política determinada, que subyace en toda norma jurídica, y ninguna materia es, por lo tanto, demasiado política como para ser sometida a arbitraje. Ecuador y Perú, por ejemplo, sometieron al arbitraje de la Corona Española sus discrepancias limítrofes, que en una de sus últimas etapas, antes del acuerdo definitivo celebrado a fines del siglo pasado, quiso ser llevado ante el Papa por el Estado Ecuatoriano. Ciertamente hay pocas materias tan estrechamente relacionadas con el concepto de soberanía como el dominio de un estado sobre su territorio, y no por ello deja de ser arbitrable. A nivel supranacional, por efecto de los acuerdos globales de la Organización Mundial de Comercio o acuerdos de integración regional, las medidas arancelarias, ciertamente soberanas y de política interna, han sido objeto de análisis por tribunales arbitrales internacionales cuando se han convertido en barreras que distorsionan los principios sobre los que se basa el comercio o la integración, según el caso»³⁸.

«Por ello las exclusiones al arbitraje, mecanismo válido, así reconocido de modo general para la resolución de disputas que involucran al estado, deben interpretarse restrictivamente. En este sentido, las discrepancias relativas a la aplicación de normas tributarias, si bien excluidas del arbitraje internacional, pueden tener efectos violatorios de los derechos del inversionista, ya sea que éstos se originen en un tratado internacional, en un contrato o en la ley interna, y los tribunales arbitrales sí tienen jurisdicción para examinarlas en cuanto a tales efectos y a las medidas indemnizatorias correspondientes, ya que efectivamente la jurisdicción arbitral no tendría efecto extintivo directo sobre las decisiones del estado anfitrión en tales materias»³⁹.

38. TOBAR, Bernardo; «Protección de Inversiones ante el Fortalecimiento de los Poderes Soberanos», Trabajo presentado en The Rocky Mountain Mineral Law Foundation, Río de Janeiro, 2010.

39. TOBAR, Bernardo; Op. Cit., p. 16 .

Ya en el caso planteado en este artículo, no hay duda que el Estado tiene la potestad pública de declarar caducada una concesión minera. Eso no está en discusión. Pero tampoco hay duda de que la declaratoria de caducidad de una concesión minera tendría un efecto directo en el contrato de explotación pues con la extinción de derechos mineros se extingue el objeto contractual... se extingue el contrato en sí mismo.

Una vez celebrado el contrato de explotación minero, éste solo puede ser modificado o dejado sin efecto conforme a las reglas del propio contrato. En aplicación del principio de seguridad jurídica contenido en el artículo 82⁴⁰ de nuestra Constitución, el Estado no podría modificar o afectar lo pactado unilateralmente, ni siquiera mediante una ley, y menos por un acto administrativo del ente regulador.

Si el Estado, a través del Ministerio de Recursos Naturales No Renovables, declara la caducidad de la concesión minera –de manera ilegal o abusiva– por violación de hitos demarcatorios o por afectación al patrimonio cultural, por ejemplo, el contrato de explotación se vería directamente afectado a tal punto que también llegaría a su fin. De hecho, la directa repercusión de la declaratoria de caducidad en el contrato de explotación, está recogida en el único contrato de explotación que hasta ahora se ha suscrito en el Ecuador y que es con la compañía Ecuacorriente. La cláusula 25.1.3 expresamente determina que el contrato de explotación terminará: «Por declaratoria de caducidad de la concesión minera, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo II, Título VI de la Ley de Minería»⁴¹.

Por tanto, resultaría absurdo que el efecto grave y concluyente que provoca una declaratoria de caducidad ilegal o abusiva, en el contrato de explotación no pueda ser discutida ante el tri-

40. CP, artículo 82: «El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes».

41. Contrato de Explotación Minera suscrito por el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables y la compañía Ecuacorriente S.A., escritura pública celebrada ante la Notaria Cuadragésima del cantón Quito, Dra. Paola Andrade Torres, el 5 de marzo de 2012.

bunal arbitral que es el juez competente para conocer y resolver todas las controversias surgidas entre las partes (Estado y administrado) de acuerdo al compromiso arbitral pactado⁴².

En este sentido, todas las controversias derivadas del contrato de explotación minera, como aquellas que se deriven de una modificación legal o de una declaratoria de caducidad de la concesión minera, son arbitrables, salvo que, el propio contrato excluya de manera expresa su arbitrabilidad.

Una discusión distinta nos trae el asunto del objeto de la pretensión arbitral. No es posible cuestionar la legalidad o validez del acto administrativo estatal de declaratoria de caducidad de la concesión minera, sino los efectos dañosos que dicha pretensión provoca en el contrato de explotación.

«... En realidad no se arbitra la validez o eficacia de la decisión regulatoria en sí misma. No es que el arbitraje reemplaza la posibilidad de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. Lo que se arbitra son las consecuencias contractuales o internacionales (de acuerdo a los tratados relevantes) del acto administrativo. Los árbitros van a decidir si el contrato o el tratado fue o no vulnerado por el acto, quebrantando un compromiso del Estado, y cuáles serían las consecuencias de dicha vulneración»⁴³.

42. Para todas las controversias surgidas del Contrato de Explotación de Ecuacorriente se pactó Arbitraje Administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, normas UNCITRAL y con sede en Santiago de Chile (cláusula vigésimo séptima). En este contrato no se hace una mención expresa a la imposibilidad de discutir acerca de caducidad de concesiones mineras pero sí se incorpora un párrafo de materias no arbitrables: «No podrán ser resueltas mediante arbitraje y deberán ser resueltas por los tribunales competentes del Ecuador, disputas sobre materias que no son transigibles y, por lo tanto no son arbitrables de conformidad con la Legislación Aplicable, vigente a la Fecha Efectiva». Este texto confirma lo que venimos sosteniendo en el presente artículo pues la potestad pública que tiene el Estado para caducar concesiones mineras no es materia arbitrable; al contrario a lo que sucede con los efectos contractuales de tal decisión y con la terminación en sí del contrato que es materia sometida a la decisión de los jueces árbitros.

43. BULLARD, Alfredo; Op. Cit, 314 pp.

El autor colombiano Daniel Posse Velásquez confirma esta posición de la siguiente forma:

«... la legalidad de los actos administrativos no es transigible y, por lo tanto, no pueden someter a decisión de árbitros; pero por el contrario, las causas y efectos patrimoniales de los actos administrativos podrán someterse a decisión arbitral siempre y cuando la controversia no sea consecuencia directa de la legalidad del acto administrativo del cual se deriva y que los actos administrativos que sirvan de fundamento a la acción no hayan sido dictados en uso de los poderes excepcionales de la Administración»⁴⁴.

En definitiva, la potestad pública para caducar una concesión minera no es materia arbitrable, aunque sí lo es los efectos patrimoniales que se provoquen en los derechos emanados del contrato de explotación.

En mi opinión, para ello es necesario que confluyan determinadas condiciones: i) que no exista exclusión expresa en la cláusula de controversias para aquellas surgidas con ocasión de la caducidad; y, ii) que exista texto contractual suficiente para contraponer el eventual ejercicio de las potestades públicas con los derechos del inversionista contemplados en el contrato, y en consecuencia vincular las controversias derivadas de las medidas estatales dictadas en uso de potestades públicas a materia contractual.

Situación similar ocurre en el contrato de inversión contemplado en el Código de la Producción, norma que fue creada para generar incentivos y beneficios a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, para promover el desarrollo y la producción en el país⁴⁵.

44. POSSE VELÁSQUEZ, Daniel; «Restricciones a las entidades colombianas para acudir al arbitraje internacional», citado por Juan Pablo Aguilar en «Sobre las Materias Arbitrables en Derecho Administrativo», Op. Cit., pp. 29 y 30.

45. Artículo 4, literal f), i) y otros del Código de la Producción.

Dice el artículo 3 del Código de la Producción (CP):

«Artículo 3.- Objeto.- El presente Código tiene por objeto regular el proceso productivo en las etapas de producción, distribución, intercambio, comercio, consumo, manejo de externalidades e inversiones productivas orientadas a la realización del Buen Vivir. Esta normativa busca también generar y consolidar las regulaciones que potencien, impulsen e incentiven la producción de mayor valor agregado, que establezcan las condiciones para incrementar productividad y promuevan la transformación de la matriz productiva, facilitando la aplicación de instrumentos de desarrollo productivo, que permitan generar empleo de calidad y un desarrollo equilibrado, equitativo, eco-eficiente y sostenible con el cuidado de la naturaleza».

El artículo 24 del CP señala que existen tres tipos de incentivos: los generales, los sectoriales y los incentivos para zonas deprimidas. Pero estos tres tipos de incentivos, los instrumenta el Estado a través del uso de sus potestades públicas. Es decir, el Estado adjudica incentivos y beneficios a los particulares de manera unilateral y sin necesidad de contar con la aceptación del inversionista.

Pero el CP también prevé que estos beneficios se otorguen a través de un Contrato de Inversión según lo contempla el artículo 125 del Código de la Producción que dice:

«Artículo 25.- Del contenido de los contratos de inversión.- Por iniciativa del inversionista, se podrá suscribir contratos de inversión los mismos que se celebrarán mediante escritura pública, en la que se hará constar el tratamiento que se le otorga a la inversión bajo el ámbito de este código y su Reglamento.

Los contratos de inversión podrán otorgar estabilidad sobre los incentivos tributarios, en el tiempo de vigencia de los contratos, de acuerdo a las prerrogativas de este Código. De igual manera, detallarán los mecanismos de supervisión y regulación para el cumplimiento de los parámetros de inversión pre-

vistos en cada proyecto. El Consejo Sectorial de la Producción establecerá los parámetros que deberán cumplir las inversiones que soliciten someterse a este régimen».

Por ende, en el Contrato de Inversión se pueden incluir incentivos de naturaleza tributaria y otros de naturaleza distinta a la tributaria. Sería posible, por ejemplo, incluir la estabilidad al Impuesto a la Renta, al 15% de participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, a los factores de corrección del contrato de explotación y otros derechos (no discriminación, no expropiación, libertad de enviar remesas, mantener cuentas en el exterior, etc.), todos éstos como incentivos específicos.

Dicho lo anterior, conviene analizar si en una discrepancia acerca del rompimiento del incentivo constante en Contrato de Inversión es una materia transigible y por tanto arbitrable.

Al respecto vale citar la norma del artículo 27 del CP que dice:

«Artículo 27.- Resolución de conflictos.- En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas. Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas.

Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional, de conformidad con los Tratados vigentes, de los que Ecuador forma parte. Las decisiones de ese Tribunal Arbitral serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios para las partes.

Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. **No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios**». (Resaltado añadido).

Si bien la medida soberana que en materia de tributos aplique el Estado solo puede ser, en sí misma, impugnada ante los jueces contenciosos administrativos, sí es posible someter a arbitraje tales decisiones en cuanto a sus efectos y a la reparación de los perjuicios consiguientes, en la medida en que infrinjan derechos reconocidos al inversionista en los contratos con el Estado (v.gr. contrato de explotación, contrato de inversión u otros), que usualmente protegen al inversionista contra el trato discriminatorio, el cambio de ley, las medidas confiscatorias o de efecto equivalente, entre otras. Esta conclusión está ampliamente soportada en jurisprudencia arbitral del CIADI, que consistentemente ha desechado las excepciones o defensas de los estados demandados fundadas en razones de soberanía o ejercicio de potestades públicas en la medida en que tales decisiones “soberanas” han desconocido derechos de los inversionistas.

Este razonamiento es incluso más claro porque en este caso hablamos de un Contrato de Inversión en el cual el Estado –autorizado debidamente por la Ley– y el inversionista privado, han decidido por mutuo acuerdo de las partes convertir a los incentivos (tributarios y no tributarios) en materia contractual y por ende arbitrable. Usando un razonamiento contrario, si los incentivos que constan en el Contrato de Inversión no fuesen materia arbitrable, qué sentido hubiese tenido establecer normas que permitan la arbitrabilidad de las controversias que provengan de Contratos de Inversión si los incentivos que son su objeto principal y razón de existir, no fuesen arbitrables.

7. REFLEXIÓN FINAL

A la pregunta planteada al inicio de este artículo acerca de si es posible someter a arbitraje el ejercicio de una potestad pública, la respuesta sigue siendo no; sin embargo, sí es posible discutir arbitrariamente los efectos que dicha decisión tenga sobre derechos emanados de contratos o tratados internacionales.

En lo particular, los efectos de la caducidad de una concesión minera podrían ser discutidos ante un tribunal arbitral pues afectarían de forma directa a los derechos del inversionista emanados del contrato de explotación minera.

Claro está que, en mi opinión, será indispensable que no exista exclusión contractual expresa para discutir los efectos contractuales de la caducidad de la concesión minera.