

La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas

Íñigo Salvador Crespo¹
Mélanie Riofrío Piché²

SUMARIO

1. Una decisión de tinte político. 1.1. La supuesta pérdida de soberanía jurisdiccional. 1.2. Supuesta falta de neutralidad a favor del inversionista. 1.3. CIADI contradice la Constitución Política del Estado ecuatoriano en su artículo 422. 1.3.1. Controversias comerciales y controversias derivadas de inversiones. 1.3.2. Controversia contractual y controversia derivada de tratados. 2. Efectos de la denuncia al CIADI. 2.1. Validez de la denuncia al Convenio CIADI. 2.2. Fuentes del Consentimiento CIADI. 2.2.1. El Contrato. 2.2.2. La Ley Local. 2.2.3. Los Tratados Bilaterales de Inversión. 2.3. La Irrevocabilidad del consentimiento. 2.4. Efectos de la denuncia. 3. Ecuador y el Arbitraje en materia de Inversión. 3.1. Mecanismo Complementario del CIADI. 3.2. Centros de Arbitraje Latinoamericanos. 3.3. Centros Internacionales de Arbitraje.

1. Íñigo Salvador Crespo es Director del Instituto de Investigaciones sobre Derecho Internacional (CIDI) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Quito, y profesor de Introducción al derecho internacional en la misma universidad. Es Doctor en Jurisprudencia por la PUCE (1987) y Magister (*Diplôme*) en Relaciones Internacionales (mención Derecho Internacional) por el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales*, Ginebra (1994). Es también Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

ABREVIATURAS

ANC	Asamblea Nacional Constituyente
Art.	Artículo
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones
Cfr.	Cónfer: compárese con
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
ICC	Cámara Internacional de Comercio
i.e.	Id est: esto es
LCIA	Corte de Londres de Arbitraje Internacional
Núm.	Número
op. cit.	Ópere citato: en la obra citada
p.	página
Párr.	párrafo
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
Vol.	Volumen
Vs.	versus

2. Mélanie Riofrío Piché es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Abogada por la PUCE (2009) y actualmente cursa una maestría en Derecho de Negocios y Comercio Internacional en la Universidad de Montreal, Canadá. Su tesis de Licenciatura en la PUCE versó sobre el tema "La situación del Estado ecuatoriano frente a las obligaciones jurídicas de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversión".

La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones: ¿fundamento jurídico o estrategia política?

En paralelo al surgimiento del derecho internacional de inversiones extranjeras se perfecciona todo un sistema de solución de controversias que cuenta con centros de arbitraje dedicados exclusivamente a la resolución de conflictos en materia de inversión, como es el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones. Este Centro, conocido por sus siglas CIADI en español, ICSID en inglés y CIRDI en francés, es una organización internacional autónoma creada a través del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados³. La organización, dependiente del Banco Mundial, cuenta en la actualidad con más de 140 Estados signatarios.

Entre estos Estados se encontraba el Ecuador que, con el fin de seducir a los capitales extranjeros, suscribió el mencionado Convenio el 15 de enero de 1986⁴. El Ecuador es uno de los países latinoamericanos que más ha participado en el Centro dado el alto número de demandas arbitrales que se han planteado en su contra.

3. La Convención CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la reconstrucción y Desarrollo (El Banco Mundial). Fue firmado el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1996.
4. El Convenio fue aprobado por el Congreso Nacional mediante la Resolución Legislativa No. R-22-053 de 17 de febrero de 2001, y finalmente fue ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1417-B, publicado en el Registro Oficial No. 309 del jueves 19 de abril de 2001 por el Presidente Gustavo Noboa Bejarano.

El 2 de Julio de 2009, el Presidente de la República, Eco. Rafael Correa, expidió el Decreto Ejecutivo No. 1823, en el cual denunció y declaró terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados –CIADI–, derogando el Decreto Ejecutivo No. 1417-B del 06 de abril 2001 mediante el cual el mencionado Convenio había sido ratificado⁵.

La denuncia del Ecuador es trascendente pues la mayoría de los arbitrajes internacionales en que es parte el país se realizan en el CIADI. Ello hace inevitable plantearse la pregunta: ¿queda el Ecuador exento de someter las controversias con inversionistas extranjeros a los tribunales del CIADI, a raíz de la denuncia del Convenio? El objetivo de este estudio será, entonces, establecer cuáles son los efectos jurídicos de la denuncia del Convenio de Washington. Para ello analizaremos la motivación de la denuncia, sus repercusiones jurídicas y las actuales posibilidades que tiene el Estado ecuatoriano para someter sus disputas a arbitraje de inversiones.

1. ¿UNA DECISIÓN DE TINTE POLÍTICO?

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

5. Ecuador es el segundo país latinoamericano, después de Bolivia, en denunciar este Convenio. Bolivia se adhirió al CIADI el 3 de mayo de 1991 y lo ratificó el Convenio a través de la Ley 1593 el 12 de agosto de 1994. El acuerdo entró en vigor el 23 de julio de 1995 y el gobierno de Evo Morales lo denunció el 29 de abril de 2007. Sin embargo no existen todavía precedentes arbitrales que determinen los efectos de esta denuncia.

1.1 Supuesta pérdida de soberanía jurisdiccional

Si bien el gobierno ecuatoriano no esgrimió causales específicas para denunciar el Convenio CIADI, salvo el artículo 422 de la Constitución, que será discutido más adelante, podemos deducir de ciertas declaraciones que el argumento más importante fue la supuesta pérdida de soberanía jurisdiccional. De hecho, en los debates llevados a cabo por los asambleístas de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), al tratar el tema, se concluyó lo siguiente:

“El Artículo 8 (actual artículo 422), recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias o arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial”⁶.

Otras intervenciones de los asambleístas del partido de Gobierno, como las declaraciones del asambleísta Geovanny Atarihuana, evidenciaron el rechazo al CIADI:

“[...] Por eso es que instrumentos como el famoso CIADI para proteger las inversiones extranjeras, deben ser rechazados por los pueblos. Y si alguna vez algún Gobierno, que no estuvo comprometido con su pueblo, sino con otros intereses, firmó, es necesario que denunciemos ese tratado. Y no se

6. Informe de Mayoría, Oficio No. 017 AC-M9-P del 16 de abril del 2008, enviado por la Presidenta de la Mesa 9 Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, María Augusta Calle al Presidente de la Asamblea Constituyente Alberto Acosta.

trata de dogmas o de posiciones ideológicas, sino de hechos concretos”⁷.

Igualmente, César Rodríguez, vicepresidente del organismo constituyente, dijo que la salida del CIADI “significa la defensa de la soberanía de Ecuador para el manejo de sus relaciones económicas con otros Estados o con empresas de otras nacionalidades”⁸.

En similar línea se pronunció el Presidente de la República cuando señaló que “a través de la suscripción de dichos tratados, el país ha claudicado en su soberanía”⁹.

De esto se desprenden dos ideas principales: una, se afirma que existe una cesión de jurisdicción dado que la solución de controversias entre Estado e inversionista no se resuelven en cortes nacionales y, como consecuencia, otra, que los TBI son lesivos a la soberanía jurisdiccional.

Sin embargo, no hay tal cesión de jurisdicción. El artículo 190 de la Constitución reconoce expresamente el arbitraje sin distinguir entre el arbitraje nacional y el internacional: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se puede transigir”¹⁰.

Asimismo, el arbitraje es jurisdicción, la jurisdicción convencional, es decir “la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la Ley”¹¹. Así, la resolución de un conflicto por

7. Acta No. 038 del 22 de abril de 2008 de la Mesa 9 Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, Asamblea Constituyente.

8. Eldiario.ec, *Ecuador saldrá del CIADI*, 17 de junio 2009, disponible en: <http://www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/122585-ecuador-saldra-del-ciadi/> [Fecha de Consulta: 20 de noviembre 2009].

9. El Universo, *Correa desconfía de CIADI en arbitraje Ecuador - Occidental*, Quito, 10 de Mayo 2008, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2008/05/10/0001/9/CBF1D964E55D4777BF5159982A1E5795.html> [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2008].

10. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre 2008, art. 190.

11. Código de Procedimiento Civil del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 58 del 12 de julio 2005, art. 3 y 18.

un tribunal arbitral es ejercicio de la jurisdicción convencional, con igual sustento constitucional y legal que la jurisdicción ordinaria de los jueces. No es acertado, por lo tanto, hablar de 'cesión' de jurisdicción si ésta no es exclusiva de las cortes locales sino que también se ejerce por árbitros o tribunales arbitrales.

Adicionalmente, no podemos hablar de una afectación a la soberanía jurisdiccional. Por una parte, el término '*Soberanía*' puede ser definido en el Derecho Internacional Público contemporáneo como el estatus legal internacional del Estado que no está sujeto, en su jurisdicción territorial, al gobierno ejecutivo, legislativo o judicial de otro Estado o ley extranjera que no sea el Derecho Internacional Público.

"La soberanía es un estado legal incluido pero no superior al derecho internacional público. Apoyarse en la soberanía no exime de acatar las normas del derecho internacional, ya sea en forma general o en forma de tratado. Esta obligación puede, y con frecuencia, restringe la libertad de acción de un Estado y, por ende, el ejercicio de su soberanía, pero no disminuye o priva de su soberanía como un status jurídico" (STEINBERGER, 1992: 512).

Por otra parte, el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil dispone que '*Jurisdicción*' es "*el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes*¹²". Por lo tanto, Soberanía Jurisdiccional sería la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en las cortes locales sin aceptar limitaciones ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia y autonomía dentro del territorio del Estado, excepto el Derecho Internacional. De ello se desprende que un tratado internacional en el cual el Estado ofrece resolver las controversias que surjan con un inversionista extranjero en foros diferentes a las cortes locales, no comprende una pérdida de soberanía, al contrario, es justamen-

12. Código de Procedimiento Civil del Ecuador, *op. cit.*, art. 1.

te en ejercicio de esa soberanía que el Estado ratifica estos tratados. El autor Remiro Brotóns afirma que la ratificación es una forma de manifestación del consentimiento íntimamente unida por origen y significación a la práctica de los Estados y consiste en un acto solemne, que emana de la más alta autoridad del Estado, por la que éste instrumento *ad hoc* expresa su compromiso de obligarse por el tratado y cumplirlo en todos sus términos (REMIRO BROTONS, 1997: 207).

Finalmente, el Convenio contempla la posibilidad de que el Estado contratante exija el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales. El artículo 26 del Convenio dispone que

“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”.

Es, entonces, decisión del Estado exigir como requisito para recurrir al arbitraje CIADI el agotamiento de instancias internas. El Convenio no descarta el sometimiento de las disputas ante las cortes locales del Estado anfitrión.

En el caso *Maffezini vs. Reino de España*, el tribunal arbitral declaró que, en virtud del artículo 26 de la Convención CIADI, un Estado contratante puede supeditar su consentimiento a arbitrar ante el CIADI al agotamiento previo de los recursos legales locales. Al contrario, si el Estado no condicionó su consentimiento, el pre-requisito no será aplicable y las disputas podrán someterse al Centro sin necesidad de agotar las vías internas¹³. Por

13. Caso Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España, caso no. ARB/97/7 Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, párr. 22. “La redacción del Artículo 26 deja en claro que si un Estado Contratante no ha condicionado su consentimiento para el arbitraje del CIADI al agotamiento previo de recursos internos, tal requisito no será aplicable. De esta manera, el Artículo 26 invierte la regla jurídica internacional tradicional, que supone exigible el requisito del agotamiento de recursos a menos que se renuncie a él en forma expresa o tácita”.

otra parte, en el caso *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América* se determinó que la regla del agotamiento de los recursos locales estaba destinada a proporcionar al demandante recursos adecuados y efectivos. De allí que, si los recursos son inútiles, imprácticos o ineficientes, no por ello el demandante quedará impedido de intentar acciones de derecho internacional, por cuanto la regla no es “puramente técnica o rígida”¹⁴.

1.2 Supuesta falta de neutralidad a favor del inversionista

El Primer Mandatario ecuatoriano ha criticado ásperamente los fallos del CIADI, por considerar que tienden a favorecer a los inversionistas: “*Son cosas que hay que enfrentar para liberar a nuestros países, porque esto es coloniaje, esclavitud frente a las transnacionales, a Washington, al Banco Mundial, y eso no lo podemos seguir tolerando*”¹⁵. El Presidente de la República declaró que el país no se someterá más a entes supra-regionales o supra-nacionales y catalogó a los tribunales de arbitraje como “*instrumentos parciales de las naciones ricas*”¹⁶.

Y, sin embargo, el historial de arbitrajes internacionales que tiene el Ecuador es relativamente equilibrado. Perdió en los casos con *IBM World Trade Corp.* y *Repsol YPF Ecuador S.A.*, pese a que los tribunales se constituyeron con árbitros ecuatorianos¹⁷. Ganó en los casos con la *Empresa Eléctrica del Ecuador*

14. Caso *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*, caso CIADI No. ARB (AF)/98/3 laudo arbitral del 26 de junio, 2003, párr. 165, 166 y 170.

15. *El Comercio*, El 60% de los arbitrajes, en el CIADI, 9 de junio 2009, disponible en http://www1.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=282917&id_seccion=6 [Fecha de consulta: 12 de diciembre 2009].

16. *El Universo*, *Gobierno critica a los tribunales arbitrales*, 22 de noviembre 2007, disponible en <http://archivo.eluniverso.com/2007/11/22/0001/9/66013E27880C4E1E8DD0366C477709D.aspx> [Fecha de Consulta: 04 de noviembre 2009].

17. *Repsol YPF Ecuador S.A.* de nacionalidad española, registró la demanda arbitral el 5 de octubre 2001 por USD 13,5 millones de dólares. Caso ARB/01/10, el laudo fue dictado el 20 de febrero 2004, en el cual el Estado perdió. Contrato de exploración petrolera. Se interpuso un proceso de anulación del laudo que fue resuelto el 08 de enero 2007, árbitros Rodrigo OREAMUNO (Costa Rica), Eduardo CARMIGNIANI VALENCIA (Ecuador), Alberto WRAY ESPINOSA (Ecuador). En este último se perdió pese a que el arbitraje fue en Quito y con árbitros ecuatorianos.

(EMELEC) y la empresa M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine Inc.¹⁸. Adicionalmente, llegó a acuerdos amistosos con Noble Energy Inc. and Machala Power Cía. Ldt., Técnicas Reunidas S.A. and Eurocontrol S.A., y City Oriente Limited¹⁹. Y finalmente, en el caso con Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. el resultado fue de victoria parcial (o pérdida parcial, según como se lo quiera mirar)²⁰.

El país todavía tiene causas pendientes con Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company²¹, Varaderos y Talleres Durán S.A. – Vatadur²², Chevron-Texaco II²³, Murphy Exploration and

IBM World Trade Corp. (estadounidense) v. Republic of Ecuador 6 de septiembre 2002 CIADI - ARB/02/10, Laudo dictado el 22 de julio 2004, perdido, Contrato de servicios informáticos, árbitros Rodrigo JIJÓN LETORT (Ecuador), Alejandro PONCE MARTÍNEZ (Ecuador), León ROLDÓS AGUILERA (Ecuador).

18. M.C.I (estadounidense), 08 de abril 2003, USD 75 millones, CIADI ARB/03/6, laudo dictado el 31 de julio de 2007 a favor del Ecuador. Pero M.C.I pidió que se anule la decisión. El Comité *ad hoc* declara el proceso cerrado el 17 de septiembre 2009. Ganó Energía Eléctrica, Terminación del contrato por parte de Ecuador, violación en base al TBI, árbitros Raúl E. VINUESA (Argentina), Benjamin J. GREENBERG (Canadá), Jaime C. IRARRÁZABAL (Chile).
19. Noble Energy Inc. (estadounidense) and Machala Power Cía. Ldt., 29 de Julio 2005, CIADI - ARB/05/12, solución amistosa. Energía Eléctrica, Machala Power llegó a un acuerdo en diciembre último para que el Estado le cancele unas facturas pendientes por la venta de energía eléctrica, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Suiza), Henri C. ÁLVAREZ (Canadá), Bernardo M. CREMADDES (España).
Técnicas Reunidas S.A. and Eurocontrol S.A., Española, 31 de octubre 2006, CIADI - ARB/16/17, Acuerdo amistoso, retira su demanda contra el país. Refinamiento de petróleo, La firma argumentó que expropió sus inversiones al retirar el contrato para rehabilitar la refinería de Esmeraldas. Petroecuador, en cambio, dijo que la firma incumplió con la obra.
City Oriente Limited (estadounidense), 19 de diciembre 2006, CIADI - ARB/06/21, Acuerdo amistoso, Concesión hidrocarburífera.
20. Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. (Estadounidense) 07 de octubre 2004, USD 25 millones CIADI - ARB/04/19, Laudo dictado el 18 de agosto 2008, Parcialmente favorable, el Estado tuvo que pagar USD 5 millones. Energía eléctrica, Falta de acuerdo sobre el pago de una factura pendiente por la energía vendida al Estado, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Suiza), Enrique GÓMEZ-PINZÓN (Colombia), Albert Jan VAN DEN BERG (Dutch).
21. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company (Estadounidense) 13 de julio 2006 CIADI - ARB/06/1, Última etapa, se espera fallo del tribunal, Concesión Hidrocarburífera, Oxy operaba el bloque 15 en la Amazonia ecuatoriana, y generaba el 20% de la producción total del país. El Estado terminó unilateralmente su contrato porque transfirió 40% del bloque a la firma EnCana sin autorización estatal. Oxy sostiene que el Estado expropió sus inversiones, USD 3 200 millones.
22. Varaderos y Talleres Durán S.A. –Vatadur, 2006, USD 398 millones Comisión Internacional de Arbitraje Comercial- CIAC con sede en Miami., Etapa inicial, se analiza si procede el arbitraje / jurisdicción. Contrato de adquisición de lanchas, El Ministerio de Salud contrató a Vatadur para construir tres lanchas ambulancia, por USD 492 000 cada una, pero la firma reclamaba USD 804 866 por cada una.

Production Company International²⁴, Burlington Resources Inc. and others²⁵, Perenco Ecuador Limited²⁶, Repsol YPF S.A. and others^{27 28}, Chevron-Texaco III²⁹ y Unete³⁰.

Y tiene también tres notificaciones antes de la presentación de la demanda de las empresas Global Net, Ulyseas³¹, Chevron Texaco, Quiport S.A.³², CGC³³ y Merck Sharp & Dohme³⁴.

23. Chevron-Texaco II , (Estadounidense) 21 de diciembre 2006, USD 1 200 millones Reglas UNCITRAL, Corte Permanente de Arbitraje CPA con sede en la Haya., Se espera una decisión sobre la responsabilidad y daños Concesión hidrocarburífera, Supuesta denegación de justicia.
24. Murphy Exploration and Production Company International (Estadounidense), 15 de abril 2008, USD 185 millones, CIADI - ARB/08/4, Etapa inicial, se analiza si procede el arbitraje / jurisdicción., Concesión Hidrocarburífera, Rechaza pago de un impuesto petroleros y alega haber sido afectada por la Ley de Reparto de Petróleo 99-1 (ley 42).
25. Burlington Resources Inc. and others (Estadounidense), 02 de junio 2008, No determinada, CIADI-ARB/08/5, Etapa inicial, se analiza si procede el arbitraje / jurisdicción., Concesión Hidrocarburífera, Rechaza pago de un impuesto petrolero y alega haber sido afectada por la Ley de Reparto de Petróleo 99-1 (ley 42).
26. Perenco Ecuador Limited, Francesa, 04 de junio 2008, USD 434 millones, CIADI-ARB/08/6, Etapa inicial, Concesión Hidrocarburífera, Rechaza pago de un impuesto petroleros y alega haber sido afectada por la Ley de Reparto de Petróleo 99-1 (ley 42).
27. Repsol YPF S.A. and others, Española, 2008, No determinada, CIADI - ARB/08/10, El tribunal emitió una orden provisional de medidas cautelares el 17 de junio 2009. Contrato de exploración de petróleo, Rechaza pago de un impuesto petrolero y alega haber sido afectada por la Ley de Reparto de Petróleo 99-1 (ley 42).
28. Las petroleras City, Repsol, Petrobras, Perenco, Murphy y Burlington sostenían que el Estado modificó sus contratos al introducir la Ley 42, que obligó a entregar al Fisco el 99% de ingresos extras. Al respecto del sector hidrocarburífero, el Presidente de la República del Ecuador, Rafael Correa emitió el Decreto 622 del 18 de octubre 2007, 2006-42 Decreto Ejecutivo 622 www.edicioneslegales.com/novedades/Decreto-Ejecutivo-No-622.htm.
29. Chevron-Texaco III, Americana, 23 de septiembre 2009, Indeterminada, Reglas UNCITRAL, Constitución del Tribunal, Daño ambiental, Comunidades indígenas acusan a Chevron de generar daños ambientales y piden USD 27000 millones en indemnizaciones. Chevron alega que Ecuador también debe responder por esta demanda, pues la operación de Chevron en Lago Agrió se hizo en alianza con el Estado. (Incumplimiento del TBI).
30. Unete, Bolivia 2009, Por determinar, Reglas UNCITRAL, Período de negociación, Telecomunicaciones, El Estado terminó el contrato de concesión de telecomunicaciones.
31. Ulyseas, 2009, Por determinar, Reglas UNCITRAL, etapa inicial, arbitros deben fallar sobre jurisdicción, Energía Eléctrica, El Estado alega que esta compañía incumplió su contrato de generación eléctrica y quitó su permiso de operación. La compañía, en cambio, señala que el Estado afectó sus inversiones.
32. Quiport S.A., Canadiense, Notificación presentada el 12 de agosto de 2009, Período de negociación, Supuesto incumplimiento del contrato de inversión firmado con el Estado ecuatoriano el 24 de junio de 2003.
33. CGC, Argentina, Anunció demanda: 2009, Período de negociación, Operaciones petroleras. La firma reclama al Estado la suspensión de operaciones petroleras.
34. Merck Sharp & Dohme (Estadounidense) Anunció demanda: 2009 Período de negociación Juicio entre firmas privadas (Merck y una empresa local), Merck dice que el Estado no garantizó su derecho a la justicia.

Así, si analizamos las estadísticas de los casos concluidos en los cuales el Estado Ecuatoriano actuó en calidad de demandado, podemos constatar que el Estado ha obtenido resultados que se sitúan en el fiel de la balanza. No podemos hablar de una parcialización de los tribunales arbitrales. Un tribunal es sospechoso de parcialidad cuando solo los Estados ganan los casos o cuando solamente los inversionistas los ganan; la propia proporcionalidad de los resultados es sintomática de la imparcialidad de los tribunales del CIADI.

Otro detalle importante a tomar en cuenta es que no es el CIADI *per se* el que falla sino los árbitros escogidos por las propias partes, lo cual resalta el carácter de imparcialidad de los arbitrajes CIADI. En efecto, el Convenio dispone en su artículo 37(2)(a) que

“el Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes. (b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo”³⁵.

Por lo tanto, no es el Centro el que debería ser blanco de críticas sino, si acaso, los tribunales específicos que han dictado los laudos contrarios a los intereses de los Estados y sobre la base de análisis jurídicos rigurosos.

1.3 El CIADI contradice la Constitución del Estado ecuatoriano en su artículo 422

No se ha esgrimido argumento jurídico alguno para la denuncia del Convenio CIADI. El Decreto Ejecutivo emitido por el Presidente de la República del 2 de julio 2009³⁶ sólo hace men-

35. Convenio de Washington, art. 37(2)(a).

36. Decreto Ejecutivo No.1823 del 02 de julio 2009.

ción, en su quinto “*considerando*”, al artículo 422 de la Constitución, según el cual

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

Esta disposición constitucional hace una limitación clara al referirse exclusivamente a “*las controversias comerciales y controversias contractuales*”³⁷. Sin embargo, los arbitrajes emprendidos bajo el Convenio CIADI no parecen involucrar necesariamente controversias comerciales o contractuales.

1.3.1 *Controversias comerciales y controversias derivadas de inversiones*

Es fundamental diferenciar las controversias comerciales de las controversias derivadas de inversiones. Se puede definir la inversión extranjera como la transferencia de bienes tangibles o intangibles de una persona nacional de un país (inversionista) a otro (país receptor de capital) con el objetivo principal de tener una participación directa o indirecta de las ganancias de la empresa (SORNARAJAH, 2004: 7). Una inversión generalmente tiene ciertos caracteres distintivos: una duración temporal, no implica una sola compraventa, el compromiso asumido por el

37. Las controversias comerciales tienen matices específicas que las diferencian de las controversias en materia de inversiones. Bajo el derecho internacional, el Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional determina los actos que pueden ser considerados de comercio disponiendo que: “*debe darse una interpretación amplia a la expresión ‘comercial’ para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vías aérea, marítima, férrea o por carretera*”.

inversor (generalmente monetaria) es considerable, hay una expectativa de beneficio, hay un riesgo asumido por el inversor y, en ocasiones, por el gobierno anfitrión³⁸.

Así, si una compañía francesa únicamente vende equipos petroleros al Estado ecuatoriano, no está invirtiendo en el país sino únicamente realizando actos de compra y venta y, por lo tanto, una disputa proveniente de esta venta no es una disputa en materia de inversión, es una disputa comercial común. Pero si la misma empresa francesa entra en un contrato de producción compartida u obtiene una concesión por parte del Estado extranjero por la que se comprometen importantes sumas de dinero durante un período de años, para explorar o explotar petróleo con la expectativa de tener un beneficio económico bajo su propio riesgo, poniendo su propia planta y equipos que contribuyan al desarrollo del país, entonces sí está invirtiendo en el país de acogida (BISHOP, 2005: 324).

El artículo 25 (1) del Convenio CIADI establece claramente que *“la jurisdicción del Centro se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado Contratante”*. Esto quiere decir que las controversias relacionadas con simples actos de comercio no podrán ser resueltas en el Centro. Es importante tomar en cuenta que las partes que acuerdan solucionar sus dis-

37. Las controversias comerciales tienen matices específicas que las diferencias de las controversias en materia de inversiones. Bajo el derecho internacional, el Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional determina los actos que pueden ser considerados de comercio disponiendo que: *“debe darse una interpretación amplia a la expresión ‘comercial’ para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vías aérea, marítima, férrea o por carretera”*.
38. El tribunal arbitral determinó en el Caso Salini Contruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. vs. La República de Marruecos que puede ser considerado una inversión, determinando ciertos parámetros directores: *“La Doctrina generalmente considera que la inversión deduce: contribuciones, una cierta duración de ejecución del contrato y una participación en los riesgos de la transacción”*. Cfr. Caso CIADI no. ARB/00/4. Párr. 52 de la Decisión sobre Jurisdicción del 23 de julio de 2001.

putas bajo el Convenio CIADI no están habilitadas para transformar cualquier transacción o circunstancia en una inversión (BROCHES: 268).

1.3.2 *Controversia contractual y controversia derivada de tratados*

Varias de las demandas arbitrales en contra del Ecuador nacen de controversias en materia de inversión en las cuales se discuten obligaciones y responsabilidades del Estado, en razón de violaciones o incumplimientos de tratados de inversión específicos y no necesariamente de controversias contractuales. Bajo esta perspectiva es importante tener presente el concepto de "cláusula paraguas", que, según el Profesor Jarod Wong, es la disposición contenida en muchos TBI que impone a cada Estado contratante el requisito de observar todas las obligaciones en materia de inversión pactadas con los inversionistas del otro Estado contratante, por lo cual el tribunal internacional de arbitraje constituido bajo el TBI tendría jurisdicción sobre reclamos de violación de un contrato, dado que la violación del contrato es también una violación de la cláusula paraguas (WONG, 2006: 137). En este caso el incumplimiento contractual se constituye en una violación del Tratado, dando lugar a una diferenciación entre los derechos derivados del tratado y los derechos derivados del contrato. *"Las cláusulas paraguas han sido implementadas a ciertos TBI para otorgar mayor protección a los inversionistas más allá de los estándares tradicionales. Se las denomina 'cláusulas paraguas' porque ponen el compromiso contractual bajo el paraguas protector de los TBI. Estos añaden cumplimiento de los estándares substantivos de los TBI. De esta forma, una violación de estos contratos se convierte en violación del TBI"* (SCHREUER, 2004: 105). En otras palabras, estas cláusulas permiten elevar el reclamo contractual a nivel de reclamo de tratado, configurándose la responsabilidad internacional del Estado demandado en caso de violación del acuerdo.

Por ejemplo, el tratado bilateral de inversiones celebrado con los Estados Unidos determina que el Ecuador se obliga a "cumplir los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones³⁹", lo cual significa que el incumplimiento del contrato constituye un incumplimiento del tratado, debiendo la controversia derivada de aquél someterse a las opciones contempladas en la cláusula de solución de controversias, entre éstas, a los Tribunales arbitrales del CIADI. En consecuencia, el antecedente de la inversión puede ser un contrato que no sería necesariamente antecedente de la controversia, ya que el reclamo puede tener como causa la violación de una norma de derecho internacional prevista en el tratado y no el incumplimiento del contrato.

En conclusión, el texto constitucional no impide que se celebren tratados en los que se acepte que diferencias en materia de inversión sean llevadas a arbitraje internacional, y menos que el Estado siga siendo demandado por esa vía en caso de violación de los mencionados tratados⁴⁰. En otras palabras, la limitación de la norma constitucional de que no podrán celebrarse tratados en los cuales se ceda jurisdicción soberana a instancias arbitrales en materias contractuales o comerciales no incluye las controversias en materia de inversión o las controversias derivadas de tratados (MARCHÁN, 2009: 88). Por lo tanto, las disputas resueltas en el Centro no son de carácter comercial y no se limitan a las de carácter contractual, por lo cual mantenerse en el CIADI no contraviene el artículo 422 de la Constitución.

39. Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones, suscrito el 27 de agosto de 1993 en Washington, durante el Gobierno de Sixto Durán Ballén, por el Embajador Edgar Terán, aprobado el 28 de septiembre de 1994 y publicado en el Registro Oficial del 22 de abril de 1997, art. II.3 (c).

40. CARMIGNIANI Eduardo, *Querían niño y salió niña*, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 27 de junio 2008, disponible en <http://institutoecuatorianoarbitraje.blogspot.com/2008/06/queran-nio-y-sali-nia.html> [Fecha de consulta: 12 de diciembre 2008].

2. EFECTOS DE LA DENUNCIA AL CIADI

2.1 Validez de la denuncia del Convenio CIADI

Un tratado válidamente celebrado puede terminar, eximiendo así a las partes de la obligación de seguir cumpliéndolo. Las circunstancias que mueven a la terminación de un tratado están o en la naturaleza de las cosas, como ocurre cuando el cumplimiento se hace imposible, o en la voluntad de una o de todas las partes, cuando, al apreciar cambios objetivos en la situación o en sus expectativas e intereses, se inclinan a abandonar un tratado que ya estiman insatisfactorio o se vieron forzados a aceptar en el pasado, ejerciendo una libertad puramente formal (BROTÓNS,1997:281).

En el concierto internacional, el Ecuador está facultado para denunciar el Convenio CIADI amparado en el Art.54 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que dispone que *“la terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado [...]”*. Así mismo, conforme con las disposiciones del Convenio de Washington, la cláusula de denuncia del Convenio, establecida en el artículo 71, es incondicional, es decir no se encuentra condicionada por factores materiales, formales o temporales: *“Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo[...]”*⁴¹.

En el marco nacional, el Presidente de la República solicitó a la Comisión de Legislación y de Fiscalización la aprobación de la denuncia del Convenio CIADI⁴², siguiendo las disposiciones especificadas en el Art. 419, núm. 7 de la Constitución ecuatoriana⁴³, que establece que *“la ratificación o denuncia de los tratados*

41. Convenio de Washington, art. 71.

42. Presidente solicita a la Comisión de Legislación y de Fiscalización, la aprobación de la denuncia del Convenio CIADI mediante oficio No. T.4484-SGJ-09-1431 del 3 de junio de 2009 enviado al Arquitecto Fernando Cordero Cueva.

43. Constitución de la República del Ecuador, *op. cit.*, art. 419, núm. 7.

internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional". La Comisión Legislativa y de Fiscalización, con 50 votos a favor, 4 en contra y 5 abstenciones, aprobó el pedido del Primer Mandatario de denuncia del acuerdo internacional⁴⁴. De conformidad con el procedimiento establecido en el Estatuto Político para la denuncia de tratados internacionales, se expidió el Decreto Ejecutivo sobre la terminación del Convenio CIADI el 2 de julio de 2009. Como lo dispone el artículo 71 de la Convención, la República del Ecuador, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, notificó la denuncia al Banco Mundial el 6 de julio de 2009. Una vez recibida la notificación, el Banco Mundial notificó a todos los Estados signatarios sobre la denuncia del Convenio por parte de Ecuador como lo determina el Art. 75(f) del Convenio CIADI⁴⁵. Conforme a este artículo la denuncia tiene vigencia seis meses después de recibida la notificación, *i.e.*, el 7 de enero de 2010.

Este procedimiento, previsto en el derecho internacional, produce como efecto la separación del Estado denunciante del respectivo tratado o convenio, del cual era parte. Sin embargo parece ser que la denuncia del Convenio CIADI no implica directamente el retiro unilateral del consentimiento para someter ciertas disputas al arbitraje del Centro y dejar de cumplir las obligaciones internacionales a las que ya se comprometió.

A continuación se analizará el consentimiento bajo las disposiciones del Convenio CIADI.

44. Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en la sesión No. 44 del 12 de junio 2009 resuelve aprobar la denuncia. La moción en el sentido que el Pleno acoja el pedido del Primer Mandatario la planteó el primer Vicepresidente del organismo legislativo, César Rodríguez, quien subrayó que la salida del CIADI significa la defensa de la soberanía del Ecuador, para el manejo de sus relaciones económicas con otros Estados o empresas de otras nacionalidades.

45. El Banco Mundial es el que desempeña la función de depositario de este Convenio, por lo cual los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositarán en el Banco (Art. 73). El depositario debe notificar a todos los Estados signatarios las denuncias al Convenio (Art. 75 (f)).

2.2 Fuentes del Consentimiento CIADI

El sistema arbitral de solución de conflictos en materia de inversiones se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, es decir que la jurisdicción de los tribunales de arbitraje se origina en la voluntad expresa de los sujetos que consintieron someter sus conflictos al sistema arbitral. El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados⁴⁶ menciona que “*el consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro*”.

El consentimiento constituye un requisito necesario para acceder a la jurisdicción del Centro, pero no implica el compromiso de someter una determinada controversia a arbitraje internacional⁴⁷. El convenio CIADI deja claro que la mera ratificación por parte de un Estado, no conlleva la existencia de consentimiento expreso. Para que el Ecuador se encuentre obligado a someter disputas a arbitraje CIADI es necesario cumplir con los requisitos dispuestos en el art. 25(1) del Convenio⁴⁸. Estos son: la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica; que surja directamente de una inversión; que involucre a un Estado contratante con el nacional de otro Estado contratante; y, que las partes hayan consentido por escrito en someterla al sistema de soluciones del Centro. Este artículo menciona expresamente que es necesario el consentimiento de las partes en la controversia, es decir tanto del Estado como del inversionista; este requisito constituye, entonces, una *conditio sine qua non* para la jurisdicción del Centro.

46. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párr. 23.

47. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párrafo 25.

48. Convenio de Washington, 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*”.

A este respecto, el tribunal CSOB *v.* Slovakia⁴⁹ determinó que bajo el sistema creado por la Convención, el consentimiento de las dos partes es una condición indispensable para el ejercicio de la jurisdicción del Centro bajo el artículo 25(1). La Convención sólo requiere que el consentimiento sea escrito, dejando a las partes la libertad de escoger la forma en la cual expresen su consentimiento. La oferta y la aceptación pueden figurar en diferentes instrumentos⁵⁰. La pregunta de si las partes han expresado efectivamente su consentimiento a la jurisdicción del CIADI no debe ser respondida con referencia a la ley nacional, sino en base al derecho internacional.

El consentimiento puede ser específico como en un contrato o puede constituir una oferta abierta como la que se hace en la legislación local y en tratados internacionales.

2.2.1 *El Contrato*

Por una parte, el consentimiento puede tener fuente contractual como se evidencia en un acuerdo arbitral o una cláusula compromisoria, en las cuales se pacta que ciertas disputas futuras podrán ser sometidas a la jurisdicción del Centro, o en un compromiso arbitral, en cuyo caso se somete a jurisdicción arbitral una disputa ya existente entre las partes⁵¹. El consentimiento de las dos Partes se perfecciona al momento de firmar el contrato.

49. Caso CSOB *vs.* Eslovaquia, caso CIADI No. ARB/94/7, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de mayo 1999.

50. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párr. 24: “[...] *El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta.*”

51. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párr. 24: “*El consentimiento de las partes debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro (Artículos 28(3) y 36(3)), pero el convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento. El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido.*”

Se emprendieron negociaciones de contratos entre el Gobierno y ciertas multinacionales petroleras como City Oriente, Petrobras, Perenco, Repsol-YPF y Andes Petroleum, entre otras. El objetivo fue, según el ministro de Minas y Petróleo, Galo Chiriboga, excluir en los nuevos contratos la posibilidad de que intervenga en el arbitraje de posibles disputas el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Los eventuales problemas contractuales con las petroleras se resolverían en algún organismo de arbitraje latinoamericano o cortes ecuatorianas⁵².

2.2.2 La Ley Local

Por otra parte, Ecuador ha realizado una oferta abierta en su legislación nacional cuando dispone en el artículo 29 de su Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones que “[...] en el contrato de inversión se estipulará que las controversias que no hayan podido ser amigablemente resueltas, podrán someterse a la decisión del Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones [...]”⁵³. El Estado realiza una oferta abierta a someter determinadas controversias a la jurisdicción arbitral en su ley nacional por lo cual el consentimiento se perfecciona al momento de publicarse el Registro Oficial que permite que la mencionada ley entre en vigencia. Si bien el Estado otorga su consentimiento para someter las controversias al arbitraje de manera general, es importante anotar que una disposición de esta naturaleza no es suficiente para la existencia del consentimiento. Como se mencionó previamente, la jurisdicción del CIADI nace del consentimiento de las dos partes. En este caso, para que el acuerdo se perfeccione, fal-

52. Infolatam, *Correa da un plazo de 45 días para la renegociación de los contratos petroleros*. Quito, 27 de enero de 2008, disponible en http://www.infolatam.com/entrada/correa_da_un_plazo_de_45_dias_para_la_re-6863.html [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2009].

53. Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones del Ecuador vigente desde su publicación en el Registro Oficial No. 744 del 14 de enero 2003, art. 30 “*Alternativamente, de común acuerdo entre las partes, podrá someterse la solución de dichas controversias a la decisión de tribunales arbitrales constituidos en virtud de otros tratados internacionales, bilateral o multilaterales, de los cuales el Ecuador sea parte*”.

tará aún el pronunciamiento del beneficiario aceptando la "oferta" del Estado. El consentimiento del inversor puede darse a través de una comunicación o iniciando un procedimiento de arbitraje internacional. Es generalmente aceptado en Derecho Internacional que el consentimiento se perfecciona del lado del inversionista una vez que este lo manifieste expresamente.

2.2.3 Los Tratados Bilaterales de Inversión

Finalmente, la tercera fuente de consentimiento es el tratado bilateral o multilateral. Este acuerdo internacional es ratificado entre Estados para promocionar y proteger la inversión en otro Estado. El Ecuador ha ratificado 26 tratados bilaterales de inversión en los cuales otorga directamente su consentimiento para someter controversias que deriven de materia de inversión a arbitraje internacional, principalmente ante el CIADI o bajo las reglas UNCITRAL⁵⁴. Al igual que en el caso mencionado previamente, no basta con el consentimiento otorgado por el Estado, este debe coexistir con el consentimiento del inversionista.

Como en muchos ámbitos en que los destinatarios últimos de los tratados son las personas, en el caso de los TBI, si bien sus beneficiarios son los inversionistas, estos tratados son celebrados entre Estados. En el TBI se perfecciona el consentimiento del Estado parte de una controversia pero no el consentimiento de la otra parte de la controversia, es decir el inversionista. ¿Puede el consentimiento del Estado crear una obligación para sus nacionales? El Tribunal conformado en el caso *American Mfg. & Trading, Inc vs. Zaire*⁵⁵ sostuvo que el requisito del consentimiento de las partes no desaparece con la existencia de un tratado. La Convención toma en cuenta el intercambio de consentimientos entre las Partes; cuando el artículo 25 establece en el

54. Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Honduras, Nicaragua, Países Bajos, Paraguay, Perú, Reino Unido, República Dominicana, Rumania, Suecia, Suiza, Uruguay, Venezuela.

55. Caso *American Mfg. & Trading, Inc vs. Zaire*, caso CIADI No. ARB/93/1, Decisión del 21 de febrero 1997.

párrafo 1 que “las Partes” deben haber consentido por escrito en someter la disputa al Centro, no habla de los Estados, o más precisamente, determina que un Estado, en virtud del Artículo 25 de la Convención, no puede obligar a ninguno de sus nacionales a aparecer ante el Centro; esta es una atribución que la Convención no ha otorgado a los Estados (BISHOP, 2005: 372). Por lo tanto, debe existir un consentimiento adicional al del Estado que es el del inversionista relacionado a una disputa en específico.

Esta aclaración resulta importante para efectos de determinar cuando puede ser revocable el consentimiento del Estado para someter sus disputas con un nacional de otro Estado a arbitraje internacional.

2.3 La Irrevocabilidad del Consentimiento

El Convenio CIADI dispone la irrevocabilidad del consentimiento dado por las partes en su artículo 25 (1): “*El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado*”⁵⁶.

Esta disposición permite asegurar la estabilidad de los compromisos jurisdiccionales contraídos internacionalmente y se refuerza con la obligatoriedad del acuerdo dispuesto en el Preámbulo del Convenio que determina que

56. Convenio de Washington, art. 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 cualquier 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*”.

Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, párr. 11. “*El presente convenio [...] asegurará que, una vez que un gobierno o un inversionista diera su consentimiento a la conciliación o al arbitraje bajo los auspicios del Centro, tal consentimiento no podría ser revocado unilateralmente*” y párr. 23, “*El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente (Artículo 25(1))*”.

“Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales...”.

Este artículo parte del principio de derecho internacional “*pacta sunt servanda*”, enunciado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el cual establece que “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.

A pesar de ser un principio fundamental del derecho internacional, en virtud del cual el Estado no puede, de manera unilateral, sustraerse a sus deberes libre y soberanamente adquiridos cuando suscribió el tratado, el Convenio pone énfasis en la irrevocabilidad del consentimiento, en vista de que muchos de los requisitos para acceder a la jurisdicción del Centro podrían ser eventualmente modificados por los Estados. El Estado podría intentar retirar indirectamente su consentimiento mediante la notificación bajo el artículo 25(4), modificando la legislación local en la que constaba la oferta de jurisdicción, denunciando los TBI en los que consta la oferta de jurisdicción, anulando un contrato o una autorización de inversión en el que consta el consentimiento o denunciando el Convenio (SUÁREZ, 2006: 268). En el intento de retirar su consentimiento previo, Ecuador empezó a actuar en varios frentes:

- 1) El 4 de diciembre 2007, la Secretaria General del Centro, Ana Palacio, recibió una notificación según el artículo 25(4) del Convenio CIADI por parte de la entonces Ministra de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, María Fernanda Espinosa, declarando que el Ecuador no aceptaría someter a la jurisdicción del Centro las diferencias relativas al manejo de sus recursos naturales no renovables, entendiéndose por tales al menos los

recursos mineros e hidrocarburíferos⁵⁷. De conformidad con el número 4 del artículo 25 de la Convención, un Estado contratante podrá notificar al Centro sobre la clase o clases de diferencias que el Estado aceptaría o no, someter a la jurisdicción del Centro. La notificación podrá hacerse en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación de la Convención o en cualquier otro momento posterior⁵⁸.

- 2) El Ecuador ya ha denunciado 9 de sus tratados de promoción y protección recíproca de inversiones y los demás se encuentran en un proceso de renegociación. Sin embargo el 28 de septiembre de 2009, el Primer Mandatario dirigió una carta al Presidente de la Asamblea Nacional, Fernando Cordero Cueva, en la cual solicita la aprobación de la Asamblea Nacional de la denuncia de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, suscritos por la República del Ecuador con los Estados enumerados.

«Adjunto a la presente las copias certificadas de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, suscritos por la República del Ecuador con distintos países, los mismos que contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana. Los tribunales arbitrales a los que dichos tratados obligan a someter jurisdiccionalmente al

57. Carta de la Ex Ministra de Relaciones Exteriores del Ecuador María Fernanda Espinosa dirigida a Ana Palacio, Secretaria General del CIADI el 4 de diciembre 2007 con la Notificación de exclusión parcial del Ecuador bajo el artículo 25(4) del Convenio CIADI, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de Consulta: 12 de noviembre 2009] El Convenio de Washington dispone en su artículo 25(4): “*Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior*”.
58. Para ver los efectos de esta exclusión parcial ver ANDRADE CADENA Xavier y MONTAÑEZ Marco Tulio, *Introductory Note to Ecuador’s Notice under ICSID Article 25(4)*, International Legal Materials, Volumen 47, American Society of International Law, Washington DC, 2008.

Ecuador, (la mayoría con sede en Washington), al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de "inversión", llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido "arbitrarias" o "discriminatorias"⁵⁹».

El Gobierno ecuatoriano renegoció un sinnúmero de contratos en los cuales eliminó la posibilidad de acceder al Centro CIADI para resolver controversias entre el Estado y la empresa multinacional.

Se denuncia el Convenio de Washington.

Es evidente que la estrategia del gobierno ecuatoriano fue modificar los requisitos para acceder a la jurisdicción del Centro y no tener que someter sus controversias al CIADI.

2.4 Efectos de la denuncia

Como fue mencionado previamente, y de conformidad con el artículo 25(1) de la Convención, es necesario el consentimiento de las dos partes para someter controversias al Centro. *"La irrevocabilidad que consagra la norma presupone que hubo un consentimiento por ambas partes. No es aplicable si tan sólo hubo una oferta jurisdiccional en una legislación o en un tratado de inversión, y no se verificó la aceptación por parte del beneficiario de la oferta antes que esta fuera revocada"* (SUÁREZ, 2005: 274). Por lo tanto, la mera expresión de consentimiento por parte del Estado no lo vincula. El consentimiento otorgado por el Estado en un tratado, o en la legislación, o en un contrato no podrá ser revocado si coexistió con el consentimiento del inversionista para someter la disputa a arbitraje. Esto significaría que si en esos contratos o tratados, el

59. Oficio No. T. 4766-SGJ-09-2216. Quito, 28 de septiembre 2009, dirigido al Señor Arquitecto Fernando Cordero Cueva Presidente de la Asamblea Nacional.

Estado ecuatoriano reconoció la jurisdicción del CIADI, la denuncia del Ecuador no afectaría los derechos de los inversionistas amparados en tales instrumentos y el Ecuador sigue vinculado al CIADI para estos casos específicos.

Por una parte, la denuncia rige desde el momento en que es notificada, a partir de ese momento deben correr seis meses para que surta efectos. El artículo 71 del Convenio dispone que “[...] *La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación*”. Terminados los seis meses, el Ecuador supuestamente estaría facultado para no reconocer la jurisdicción del Centro. Por lo tanto, los procesos que se están desarrollando en el CIADI deben continuar en esa misma instancia sin modificación alguna.

Por otra parte, el artículo 72 del Convenio dispone que

“Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.

Así, la denuncia, válida en virtud del artículo 71, no afecta los derechos y obligaciones del Estado o los nacionales del Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro otorgado antes del 6 de julio, fecha de la notificación al Secretario del Banco Mundial –depositario del tratado–. El Ecuador sigue vinculado al Convenio hasta el 7 de enero y está obligado a someterse a la jurisdicción del CIADI en controversias que surgieron antes de la denuncia si así lo consintió. En este orden de ideas, un Estado, pese a la renuncia, puede quedar obligado a someter las controversias en el sistema CIADI, si el consentimiento ha sido otorgado antes de la denuncia por inversiones antes de la denuncia.

Por lo tanto, las controversias relativas a inversiones para las cuales tanto el inversionista como el Estado hayan consentido en someter a arbitraje internacional, podrán someterse al CIADI, a pesar de la denuncia del Estado ecuatoriano. Esto es válido para las controversias cuyo consentimiento se haya perfeccionado antes de los 6 meses a partir de la notificación. Esto quiere decir que los inversionistas todavía tienen hasta el 7 de febrero para aceptar la oferta de los TBI ratificados por Ecuador o la oferta de la Ley de Garantía y Promoción de las Inversiones

Como ejemplo, si el Estado ecuatoriano firmó un contrato con una empresa extranjera, y este contrato contiene una cláusula arbitral CIADI, la controversia deberá someterse a arbitraje CIADI a pesar de la denuncia al Convenio, siempre y cuando el consentimiento de ambas partes se haya perfeccionado antes del 7 de febrero 2010. Por otro lado, las demandas internacionales interpuestas al Estado antes de la entrada en vigencia de la denuncia (esto es 6 meses después de la notificación) todavía serán aceptadas y válidas si así lo consintieron ambas partes. De producirse en el futuro controversias con el Estado, aun cuando sean posteriores a la denuncia, perfectamente pueden ser llevadas ante el CIADI si las dos partes consintieron en hacerlo antes de la entrada en vigencia de la denuncia del CIADI.

Luego, distinta situación se presenta para los TBI, ya que, si bien las controversias que las partes consintieron someter al CIADI antes del 7 de febrero del año 2010 deben ser sometidas al CIADI, a diferencia del contrato, el tratado presenta el consentimiento únicamente de los Estados y no de los inversionistas. Dado que sólo existe consentimiento unilateral y no el de ambas partes, **es perfectamente posible la revocación del consentimiento por parte del Estado**. Sin embargo, si la oferta del Estado en el TBI es aceptada por el inversionista, no cabe la revocación del consentimiento y deben cumplirse con las disposiciones del TBI, entre éstas someter las controversias derivadas de materia de inversión al CIADI.

Ahora bien, una complicación se presenta ya que el Ecuador ha anticipado su consentimiento para someter a la jurisdicción arbitral del CIADI las controversias que surjan en materia de inversiones con los nacionales de más de veinte Estados signatarios de TBI⁶⁰. Varios TBI como los ratificados con República Dominicana, El Salvador, Chile y Perú únicamente prevén arbitraje CIADI. Por lo tanto, si se denuncia el Convenio CIADI, se estaría incumpliendo con estos TBI, al impedir al inversionista la posibilidad de someter las disputas al Centro. Este incumplimiento por parte de un Estado se realizaría vis-à-vis otro Estado, poniendo al Ecuador en posición de ser demandado por incumplimiento de una obligación internacional, ya no por un inversionista, sino por el otro Estado parte del TBI.

Más aún, el "*principe allant de soi*" del "desdoblamiento funcional" del Estado en el derecho internacional, prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Este principio aparece como válido universalmente y ha sido calificado por la jurisprudencia como un principio evidente⁶¹. Si el Ecuador denuncia el Convenio CIADI, estaría dejando sin efecto las cláusulas de solución de conflictos en el Centro, de los distintos TBI que tiene ratificados. Parece ser que la alternativa más viable para no incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de TBI, es que el Estado ecuatoriano denuncie estos TBI. Sin embargo, frente a esto se presenta otro inconveniente, y es que los TBI tiene cláusulas de supervivencia que pueden durar entre 10 y 20 años⁶².

60. International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Database of Bilateral Investment Treaties; Treaties of Ecuador*, disponible en <http://iesid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST42> [Fecha de consulta: 19 de septiembre 2008].

61. *Échange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, No. 10, p. 20.

62. Por ejemplo el art.12, núm. 3 del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos determina "*con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un periodo adicional de diez años después de la fecha de terminación*".

Podemos concluir entonces que para que la denuncia tenga los efectos deseados por el gobierno, el Estado ecuatoriano debe retirar su consentimiento otorgado previamente al CIADI, sea anulando o renegociando los contratos correspondientes, denunciando los Tratados Bilaterales de Inversión o reformando los artículos pertinentes de la Ley de Garantía y Promoción de la Inversión y su respectivo Reglamento.

3. ECUADOR Y EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIÓN

3.1 Mecanismo Complementario del CIADI

El Centro también administra el Mecanismo Complementario o "*Additional Facilities*", disponible para arbitrar controversias entre Estados e inversionistas extranjeros que no cumplen con los requisitos jurisdiccionales que establece el Convenio CIADI, si las partes lo consienten y el Secretario General lo aprueba. El Consejo Administrativo del Centro adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria⁶³. Al respecto, el artículo 2 de las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI disponen: "El

*Secretariado del Centro está facultado para administrar procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías (...)*⁶⁴.

Los asuntos resueltos por el Mecanismo Complementario no gozan de las inmunidades ni se les aplica las disposiciones del Convenio CIADI. A este respecto el artículo 3 de las Reglas del Mecanismo Complementario dispone que *“Ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos”*. Si bien los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario no están regulados por el Convenio CIADI⁶⁵, esta todavía es una posibilidad para el Estado ecuatoriano.

El arbitraje no es un arbitraje CIADI propiamente dicho. En este sentido, como Ecuador ya no formaría parte del sistema CIADI, el arbitraje internacional podría regirse por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI siempre y cuando el otro Estado si forme parte del CIADI y se encuentre vigente una oferta de arbitraje contenida en algún tratado o contrato.

3.2 Centros de Arbitraje Latinoamericanos

Por otra parte, se está impulsando un centro de arbitraje en la Unión de Naciones Suramericanas. *“También rechazamos, basados en los principios de soberanía, las relaciones con centros de arbitraje como el CIADI, que no han servido más que para juzgar, sentenciar y beneficiar los intereses transnacionales sobre los intereses naciona-*

63. Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Introducción*. Las últimas enmiendas del Mecanismo complementario del CIADI fueron adoptados por el Consejo Administrativo del Centro y tuvieron efecto el 10 de abril de 2006.

64. *Idem*, art. 2.

65. Sin embargo, de conformidad con el Artículo 5 del Reglamento del Mecanismo Complementario, ciertas disposiciones del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI se aplican *mutatis mutandis* con respecto a los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario.

les”⁶⁶. “Hemos denunciado al CIADI y a los TBI (Tratados Bilaterales de Inversión) y quisiéramos una normatividad en el contexto de Unasur para fortalecer los mecanismos de tratamiento de inversión extranjera directa”, afirmó el canciller Fander Falconí⁶⁷. Durante la Cumbre de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) el 10 de agosto 2009, Ecuador planteó la creación de un sistema de intermediación sobre las inversiones extranjeras directas. Dentro de los proyectos que Ecuador está impulsando en la UNASUR está la creación de un centro de asesoramiento jurídico internacional especializado en materia de inversiones y la mencionada creación de un centro internacional de arbitraje bajo el sistema jurídico de los países latinoamericanos. Este se configura como un centro de arbitraje alternativo al actual Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Esto responde a la voluntad de países latinoamericanos de conformarse como un bloque regional⁶⁸. Sin embargo, sea en sede regional o internacional, el incumplimiento de un tratado o un contrato por parte de un Estado siempre acarreará la responsabilidad de este último. En los arbitrajes se debaten los argumentos de las partes, independientemente del lugar donde se resuelva la demanda. El resultado del arbitraje no deriva del lugar sino de “*Un tribunal versado, una buena estrategia de defensa y que la conducta del Estado respecto de la cuestión controvertida sea razonablemente defendible desde el punto de vista jurídico*”⁶⁹.

66. Discursos del Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, Disertación del Ministro de Relaciones Exteriores, comercio e integración i jornadas de reflexión sobre diversos aspectos de las relaciones internacionales,

“*Enfrentar los desafíos actuales a través de una acción multilateral eficaz*”, Quito, 12 de noviembre de 2009, disponible en http://www.mmrree.gov.ec/2009/discurso_121109.asp [Fecha de Consulta: 21 de noviembre 2009].

67. Ecuador propondrá un nuevo sistema de arbitraje durante su presidencia en la Unasur. Quito, 8 de julio de 2009 (EFE), disponible en <http://www.que.es/ultimas-noticias/internacionales/200907082327-ecuador-propondra-nuevo-sistema-arbitraje.html> [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2009].

68. Ecuador se unió a la “Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos” (ALBA-TCP). En abril de 2007 los Miembros de la ALBA acordaron retirarse del CIADI.

69. Declaraciones del Doctor Alberto Wray, asesor del Ecuador en la demanda con MCI, en Diario el Comercio, “*Otro enfoque a los arbitrajes*”, 23 de octubre 2008, disponible en http://www1.elcomercio.com/solo_texto.asp?id_noticia=148913 [Fecha de Consulta: 12 de noviembre 2009].

Además debemos tomar en cuenta que los que fallan siempre son los árbitros elegidos por las propias Partes. De hecho, los arbitrajes con el Estado ecuatoriano pueden llegar, inclusive, a ser los mismos árbitros de las listas del CIADI.

3.3 Centros Internacionales de Arbitraje

Ecuador todavía tiene varias alternativas para resolver sus disputas con inversionistas extranjeros en arbitrajes internacionales. La resolución de disputas de inversiones planteadas ante otros centros arbitrales o a través de arbitrajes ad-hoc sólo requieren del consentimiento de las partes. Es el caso de controversias de naturaleza jurídica entre el Estado anfitrión y los inversionistas planteadas ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) y el arbitraje ad-hoc entre inversionistas y Estados según las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, según sus siglas en inglés). Por una parte, puede hacerlo bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en un arbitraje no administrado. Por ejemplo, nuevos contratos firmados con empresas petroleras prevén la solución de conflictos en el Centro de Arbitrajes y Mediación de Santiago de Chile bajo las reglas UNCITRAL, como el caso de la empresa china Andes Petroleum, que accedió a someter futuras controversias ante el Centro de Arbitrajes y Mediación de Santiago (Chile) con reglas UNCITRAL. Inclusive ciertos TBI, como el ratificado con Canadá dispone como única opción el arbitraje UNCITRAL, por no estar vigente todavía para Canadá la convención del CIADI⁷⁰.

70. Canadá se adhirió recientemente a la Convención CIADI el 15 de diciembre 2006.

COLOFÓN

El sometimiento de disputas relativas a inversiones a tribunales arbitrales es la consecuencia natural de la suspicacia que una y otra parte tienen respecto de lo bien que podría irle ante los jueces del domicilio de la respectiva contraparte. O visto desde la óptica opuesta –el vaso medio lleno– es la aceptación por las partes en una controversia de que ambas se sentirán más cómodas si la disputa es resuelta por juzgadores que les garanticen probidad, capacidad y efectividad.

Cuando un Estado y un inversionista suscriben un contrato, el no someter las eventuales disputas a los jueces ordinarios de aquél no es una postura política que refleja la intención del inversionista de imponer designios empresariales. Tampoco es, como se ha demostrado con las cifras de los arbitrajes ganados y perdidos, acto de entreguismo de un Estado incapaz de defender su soberanía. Se trata más probablemente de la necesidad, conjuntamente sentida, de llevar adelante una relación mutuamente beneficiosa en la cual, si llegan a presentarse diferencias, ambas partes estarán seguras de que la solución de aquéllas será justa, pronta y objetiva.

Verlo de otra manera es desconocer la realidad de las relaciones económicas mundiales, máxime cuando el Estado ecuatoriano no goza de los recursos necesarios para llevar adelante los proyectos de infraestructura y servicios públicos que exige la población ecuatoriana y que es un derecho, sobre todo, de los más desposeídos.

Denunciar el Convenio CIADI y los TBI en razón de la equivocada creencia de que los fallos de los tribunales arbitrales conformados a su luz son siempre perjudiciales para el Ecuador es creer que la calentura está en las sábanas. Para comenzar, como hemos visto, no siempre se pierde. Cuando se ha perdido, ha sido generalmente por un desafortunado eslabonamiento de hechos y conductas que constituyen una “cadena de fracaso”. Se

han perdido los casos en que se han conectado uno o varios de los siguientes eslabones: 1) contratos mal negociados, sea por venalidad, incapacidad o falta de experiencia; 2) incumplimientos contractuales del Estado, debidos, en el mejor de los casos, a una engorrosa estructura burocrática que impide la toma oportuna de decisiones; 3) equivocada o improvisada estrategia de defensa. *Contrario sensu*, si la negociación del contrato se hace técnica, honesta y firmemente, si el Estado realiza las prestaciones contractuales de buena fe y oportunamente, si la defensa legal de los intereses estatales se encomienda a manos experimentadas y capaces, el resultado de someter las diferencias a tribunales arbitrales ha sido beneficioso para el Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BISHOP R. Doak, CRAWFORD James, REISMAN W. Michael, (2005), *Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary*, La Haya: Kluwer Law International.
- BROCHES, Aron, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes: some observations on Jurisdiction*", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 5.
- BROTÓNS, Antonio (1997), *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid.
- MARCHÁN, Juan Manuel (2009), *El Tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana*, Revista del Club Español del Arbitraje.
- SCHREUER, Christoph (2004), *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road*, The Journal of World Investment & Trade, vol.5, issue 2.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (1992), *The International Law on Foreign Investment*, Second edition., Cambridge University, United Kingdom, 2004.
- STEINBERGER Helmut, *Sovereignty*, in: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV.
- SUÁREZ ANZORENA, Ignacio (2006), *Introducción a los requisitos Ratione Materiae y Ratione Personae del Arbitraje bajo el Convenio CIADI*, Revista Peruana de Arbitraje No. 2.
- WONG, Jarrod (2006), *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, George Mason Law Review n° 135, United States.

Normativa Nacional

- Constitución República del Ecuador 2008.
- Constitución Política del Ecuador 1998.
- Código de Procedimiento Civil del Ecuador.
- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.
- Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones del Ecuador.

Normativa Internacional

- Convención de Viena que regula el derecho sobre los Tratados Internacionales.
- Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección recíproca de inversiones.
- La Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones.

Casos y Jurisprudencia citada

- Caso Emilio Agustín Maffezini *vs.* El Reino de España, caso CIADI No. ARB/97/7 Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción.
- Caso Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen *vs.* Estados Unidos de América, caso CIADI No. ARB (AF)/98/3 laudo arbitral del 26 de junio, 2003.
- El Caso Salini Contruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. *vs.* La República de Marruecos, caso CIADI no. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción del 23 de julio de 2001.
- Caso CSOB *vs.* Eslovaquia, caso CIADI No. ARB/94/7, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de mayo 1999.
- Caso American Mfg. & Trading, Inc *vs.* Zaire, caso CIADI No. ARB/93/1, Decisión del 21 de febrero 1997.

Informes y Resoluciones

- Informe de Mayoría, Oficio No. 017 AC-M9-P del 16 de abril del 2008, enviado por la Presidenta de la Mesa 9 Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, María Augusta Calle al Presidente de la Asamblea Constituyente Alberto Acosta.
- Acta No. 038 del 22 de abril de 2008 de la Mesa 9 Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, Asamblea Constituyente.
- Decreto Ejecutivo No.1823 del 02 de julio 2009.
- Oficio No. T. 4766-SGJ-09-2216, Quito, 28 de septiembre 2009, dirigido al Señor Arquitecto Fernando Cordero Cueva Presidente de la Asamblea Nacional.
- Presidente solicita a la Comisión de Legislación y de Fiscalización, la aprobación de la denuncia del Convenio CIADI mediante oficio No. T.4484-SGJ-09-1431 del 3 de junio de 2009 enviado al Arquitecto Fernando Cordero Cueva.
- Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados
- Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Introducción*. Las últimas enmiendas del Mecanismo complementario del CIADI fueron adoptados por el Consejo Administrativo del Centro y tuvieron efecto el 10 de abril de 2006.

Artículos de Prensa

- Eldiario.ec, *Ecuador saldrá del CIADI*, 17 de junio 2009, disponible en <http://www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/122585-ecuador-saldrá-del-ciadi/> [Fecha de Consulta: 20 de noviembre 2009].

- El Universo, *Correa desconfía de CIADI en arbitraje Ecuador-Occidental*, Quito, 10 de Mayo 2008, disponible en <http://www.eluniverso.com/2008/05/10/0001/9/CBF1D964E55D4777BF5159982A1E5795.html> [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2008].
- El Comercio, *El 60% de los arbitrajes, en el CIADI*, 9 de junio 2009, disponible en http://ww1.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=282917&id_seccion=6 [Fecha de consulta: 12 de diciembre 2009].
- El Universo, *Gobierno critica a los tribunales arbitrales*, 22 de noviembre 2007, disponible en <http://archivo.eluniverso.com/2007/11/22/0001/9/66013E27880C4E1E8DD0366C4777709D.aspx> [Fecha de Consulta: 04 de noviembre 2009].
- Infolatam, *Correa da un plazo de 45 días para la renegociación de los contratos petroleros*, Quito, 27 de enero de 2008, disponible en http://www.infolatam.com/entrada/correa_da_un_plazo_de_45_dias_para_la_renegociacion.html [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2009].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Database of Bilateral Investment Treaties; Treaties of Ecuador*, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Servlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST42>
- *"Enfrentar los desafíos actuales a través de una acción multilateral eficaz"*, Quito, 12 de noviembre de 2009, disponible en http://www.mmrree.gov.ec/2009/discurso_121109.asp

1