

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

Efectos legales de la denuncia realizada por la República del Ecuador

a la Convención CIADI:

¿El vaso está medio lleno o medio vacío?

Santiago Albán Sánchez

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado de
los Tribunales de la República

Director: Ernesto Albán R.

Quito, noviembre 2010.

© **Derechos de autor**

Santiago Albán Sánchez

2010

Dedicatoria

A mis padres por

enseñarme lo que es correcto y a

luchar por ello. Además, lo más importante,

por su apoyo y afecto incondicional.

Agradecimiento

Agradezco a mi director de tesis,

el Dr. Ernesto Albán Ricaurte,

a Michelle y Cristina por

haber sido piezas cruciales en

la elaboración de esta tesina.

RESUMEN

La República del Ecuador denunció la Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en el año 2008. Esta actuación por parte del Ecuador ha ocasionado varios efectos jurídicos en el marco legal del Estado, tales como el retiro del consentimiento a la jurisdicción CIADI, la denuncia de los Tratados Bilaterales de protección de las Inversiones (TBIs) con ciertos Estados y la posibilidad de disputas Estado-Estado. Por este motivo, es necesario hacer un análisis fáctico y legal de cuáles han sido los antecedentes a la denuncia, las repercusiones legales que han surgido, así como el ambiente relacionado a las inversiones en el Ecuador. Además, es necesario realizar un estudio de cual ha sido el alcance de este acto unilateral del Estado a nivel internacional, en relación al incremento en el número de disputas que se han generado por este motivo. Finalmente, es de nuestro menester plantear los posibles escenarios en los cuales el país podría verse involucrado en arbitrajes internacionales.

Abstract

In 2008, the Republic of Ecuador denounced the Convention on the Settlement of Investment Disputes. This action on behalf of Ecuador has resulted in several legal effects under the legal framework of the State, such as the withdrawal of consent to ICSID jurisdiction, the denouncement of BITs with certain States and the possibility of State-State disputes. For this reason, it is necessary to make factual and legal analysis of what have been the background to the denouncement, the legal implications that have emerged, and the investment environment in Ecuador. Furthermore, it is necessary to conduct a study of which has been the extent of this unilateral act of the States at the international level, in relation to the increasement of the number of disputes arisen for this reason. Finally, it is necessary to raise the possible scenarios in which the country could be involved regarding international arbitrations.

INDICE

Introducción.	1
1. Antecedentes a la denuncia.	5
1.1 Notificación con base en el Art. 25 (4).	5
1.2 Debates de la Asamblea Constituyente de Montecristi y promulgación del nuevo texto constitucional.	8
1.3 Decisión de la Corte Constitucional.	14
2. Denuncia de la Convención de Washington (CIADI).	15
2.1 Implicaciones de la denuncia Art. 71-72 Convención.	18
2.2 Implicaciones del Art. 26 de la Convención.	19
3. Efectos jurídicos que produjo la denuncia del Ecuador de la Convención CIADI.	22
3.1 Consentimiento.	25
3.1.1 Acuerdos directos.	29
3.1.2 Ley.	31
3.1.3 TBIs.	33

3.1.4 Consentimiento a través de la cláusula de Nación más Favorecida (Maffezini).	36
3.2 ¿Existe consentimiento o es una oferta de consentimiento?	40
3.2.1 Posición Pro inversionista.	43
3.2.2 Posición Pro Estado.	48
3.2.3 Posición respecto al plazo de los 6 meses (Art. 72 Convención).	51
3.3 Denuncia de los TBIs.	54
3.4 Cláusula de sobrevivencia.	56
3.5 Conflictos entre Estados por la denuncia: escenarios adicionales.	58
3.6 Denegación de justicia.	60
4. Conclusiones y Recomendaciones.	63
4.1 Efectos negativos.	65
4.2 Falta de motivaciones jurídicas para denunciar la Convención.	67
4.3 Motivación Política con repercusiones jurídicas negativas.	70

*** Anexos**

- 1 Notificación del Ecuador al CIADI, Art. 25 (4).
- 2 Denuncia de la Convención CIADI enviada por el CIADI al Ecuador.
- 3 Oficio de la Presidencia de la República solicitando la denuncia de la Convención con base en el Art. 422 de la Constitución de la República del Ecuador.
- 4 Documento de la UNCTAD <www.unctad.org>, Tratados Bilaterales Firmados por el Ecuador a Junio, 2010.

GLOSARIO / ABREVIATURAS

CIADI: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

TBI: Tratado Bilateral de protección de las Inversiones.

BIT/BITs (plural): Por sus siglas en inglés “Bilateral Investment Treaty”, usado en derecho de las inversiones como TBI.

UNCITRAL(inglés)/CNUDMI(español): Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil e Inversiones.

Convención: Alusión a la Convención de Washington/CIADI.

Centro: CIADI.

C. Pol. : Constitución de la República del Ecuador.

BM: Banco Mundial.

INTRODUCCIÓN

Según el reconocido autor de Derecho Internacional Público, IGNACIO SUÁREZ, “[e]l objeto y fin del Convenio CIADI es fomentar los flujos de capital internacional de inversión. El medio para ello es poner a disposición de Estados e inversores un mecanismo de solución de controversias especialmente diseñado para que las disputas que se generen en el contexto de operaciones de inversión extranjera sean resueltas en un marco que combine neutralidad y eficacia”¹. Es decir, el CIADI es un centro en el cual el inversionista y el Estado tienen la posibilidad de acceder a un método de solución de controversias ajeno a las cortes nacionales, que proporciona mayor seguridad jurídica a las partes en conflicto.

¹ SUAREZ, IGNACIO. “ Introducción a los requisitos rationae materiae y rationae personae del arbitraje bajo el convenio CIADI”. Revista Peruana de Arbitraje N°2 (2006). Sin páginas.

No obstante, el Ecuador, a través de una notificación enviada el 6 de Julio de 2009² al Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, (en adelante “CIADI”) denunció la Convención de Washington (en adelante la “Convención”). Este acto unilateral por parte del Estado ha suscitado una gran problemática en el contexto del Derecho Internacional Público y, específicamente, en el derecho de las inversiones aplicable al Estado ecuatoriano.

A su vez, el 23 de noviembre de 2007³, el Ecuador notificó al Secretario General del CIADI, en virtud del artículo 25(4) de la Convención, que tipos de controversias eran susceptibles a ser resueltas bajo la jurisdicción del Centro⁴. A pesar de que no es el tema central de discusión la problemática originada después de la denuncia, es importante analizar de manera breve dicha notificación, para conocer cual es su alcance y las consecuencias producidas. Cabe señalar que la denuncia se produjo aproximadamente un año después de haberse realizado la notificación al Centro, con base en el Artículo 25(4).

Antes de la denuncia tuvieron lugar varios eventos legales y políticos dentro del país, como la elaboración del nuevo texto constitucional, cuerpo narrativo que entró en vigencia tras un cálido debate sobre la improcedencia de disposiciones que cedían jurisdicción a foros internacionales encargados de la resolución de conflictos. De igual

² Anexo 1. Copia de documento oficial.

³ Anexo 2. Copia de documento oficial.

⁴ Convención de Washington: (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.

manera otros eventos relacionados a las inversiones fueron la denuncia de varios Tratados Bilaterales de Inversiones, la declaratoria de caducidad de ciertos contratos de participación, así como la reforma de disposiciones de la ley aplicable a las inversiones en el Ecuador; circunstancias que propiciaron la toma de tal decisión y que serán analizadas en detalle en el desarrollo de esta tesina.

La temática del consentimiento constituye el punto principal de esta tesina. El consentimiento se puede otorgar mediante tres formas: contrato, ley y Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (en adelante “TBIs”). Al respecto varios autores han establecido que el mismo se puede dar de manera directa o indirecta, mientras que otros lo conciben como una simple oferta de consentimiento. Desde una perspectiva pro-Estado, en la utilización de ciertos instrumentos, se presume una oferta de consentimiento y, por tanto, éste no se ha perfeccionado todavía. Por otra parte, desde una perspectiva pro-Inversionista, el consentimiento ya está otorgado.

Posteriormente a la denuncia de la Convención se ha planteado la posibilidad de denunciar ciertos TBIs ratificados por el Ecuador con otros países, que contienen cláusulas de solución de controversias CIADI debido a la problemática del consentimiento. La denuncia de estos instrumentos dejara indefensos a los inversionistas de tales Estados, debido a que muchos de estos tratados bilaterales solamente contienen cláusulas de resolución de conflictos en dicho foro. Esto genera malestar entre los inversionistas extranjeros, ya que consideran podría catalogarse como una denegación de justicia, por ser la única vía para solucionar las desavenencias producidas.

Además, existe la posibilidad de que surjan posteriores reclamos entre los Estados ante la Corte Internacional de Justicia, ya que a pesar de que puedan ser decisiones soberanas, los Estados deben representar a sus nacionales en estos conflictos dado el estado de indefensión en el que se encontrarían. Este evento desvirtúa completamente la finalidad de los Tratados Bilaterales de Inversiones, el cual es otorgar las garantías necesarias para que los nacionales de otro Estado puedan realizar reclamos sin necesidad de acudir a su propio Estado.

Toda vez que hemos entendido el objeto del CIADI, la denuncia realizada por la República del Ecuador tuvo varios antecedentes que motivaron a la misma, entre ellos la notificación al Centro en base al artículo 25 (4), el nuevo texto constitucional, los cambios realizados a la legislación aplicable, la denuncia de determinados TBIs así como la declaratoria de caducidad de ciertos contratos. Estas, han sido acciones ejecutadas por la República para retirar el consentimiento al Centro. Sin embargo, se siguen tomando acciones como la denuncia de los TBIs para no dejar puertas abiertas en función de que los inversionistas extranjeros puedan recurrir al foro CIADI. No obstante, este análisis pretende demostrar que tales actuaciones han ocasionado efectos jurídicos, que en ciertos casos no lograron alcanzar los efectos deseados por parte del Estado.

1. Antecedentes a la denuncia

El Estado ecuatoriano siendo signatario de la Convención ha estado involucrado en varios arbitrajes internacionales administrados por el CIADI. Estos procesos han generado descontento a la República del Ecuador y han producido un clima hostil para las inversiones extranjeras. En función a ello, el Estado tomó ciertas medidas para retirar el consentimiento a esta sede, los cuales serán explicados a continuación.

1.1 Notificación con base al Art. 25 (4)

En una carta enviada por la Embajada del Ecuador en Estados Unidos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones el 2 de diciembre de 2009, en virtud del Artículo 25 (4) de la Convención CIADI, se depositó la notificación en la que se solicitó restringir el consentimiento ante el centro en determinadas materias.

El texto de la notificación es el siguiente:

La República del Ecuador **no consentirá** en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las **diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros**, Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra

parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha⁵. (*el énfasis y el subrayado son propios*)

Esta nota enviada al Centro, en principio, no debería suponer mayor problema, ya que el mismo texto de la Convención establece una disposición que permite retirar el consentimiento en base a ciertas diferencias en materias específicas, aun después de la ratificación del Convenio. Ahora bien, existen posiciones que discrepan si este tipo de notificaciones son puramente “informativas” o si son vinculantes. El profesor SCHREUER ha señalado sobre la aplicabilidad de este artículo que una vez que el consentimiento ha sido otorgado a través del artículo 25 (4) de la Convención no podrá ser retirado, aun con el envío de una notificación posterior⁶.

La posibilidad que otorga la Convención para someter o no a ciertas clases de disputas, no ha sido utilizada solamente por el Ecuador. Al respecto, el Centro ha recibido 7 notificaciones oficiales en relación al Art. 25 (4), las cuales han sido muy ambiguas. Entre los países que han realizado dichas denuncias están: China (7 de enero de 1993); Guatemala (16 de enero de 2003); Papúa Nueva Guinea (14 septiembre 1978); Arabia Saudita (8 de mayo 1980); Turquía (3 de marzo 1980); Ecuador y Jamaica (8 de mayo 1974)⁷. En el caso de Jamaica, al momento de haber realizado la notificación respecto a conflictos en relación a minerales y recursos naturales, tenía al momento tres procesos: Alcoa Minerals of Jamaica v. Jamaica; Reynolds Jamaica Mines

⁵ Anexo 1.

⁶ Schreuer, Christoph. COMMENTARY ON THE ICSID CONVENTION. Ed. University Press, Cambridge 2001. P. 344.

⁷ Documento oficial del CIADI. ICSID 8/D. Abril 2008. Preparado por la Secretaría del Centro. “CONTRACTING STATES AND MEASURES TAKEN BY THEM FOR THE PURPOSE OF THE CONVENTION.”

Ltd. *Ad Reynolds Metals Company v. Jamaica* y *Kaiser Bauxite v. Jamaica*⁸. En estos tres casos, el gobierno de Jamaica quiso excusarse de los arbitrajes instaurados en su contra a través de la utilización de este artículo, aduciendo que no había proporcionado su consentimiento para esos temas. Sin embargo, la notificación no tuvo el efecto buscado por Jamaica.

La notificación en base al artículo 25 (4) fue la medida inicial ejercida por el Ecuador en una política en contra del arbitraje y en contra de ciertas instituciones financieras internacionales, como el Banco Mundial. No obstante, esta disposición del Convenio no puede ser manipulada a manera de excusa por parte de los Estados para retirar el consentimiento una vez suscitada la controversia y, por tanto, no someterse a la jurisdicción CIADI. En relación a ello, el profesor SCHREUER señala claramente que: “[u]na notificación de este tipo no puede ser utilizada para retirar o limitar el consentimiento prestado con anterioridad”⁹. Es decir, tal como se falló en los mencionados casos de Jamaica, no se puede retirar el consentimiento en ciertas materias respecto al artículo 25 (4) una vez que la controversia ya se ha iniciado, pues esto carecería de validez alguna.

En este sentido podemos determinar que este artículo debe ser de carácter informativo. Esto quiere decir que el Estado signatario de la Convención en caso de querer retirar su consentimiento a ciertos temas en referencia al 25 (4) de la Convención debe realizarlo en el momento que pasa a ser signatario de la Convención. Y no utilizarlo

⁸ *Ibidem* 6. Traducción propia. Texto original: “A consent, once validly given, may not be defeated by a subsequent notification under Art. 25(4)”

⁹ Schreuer, *supra* nota 7. Traducción propia. Texto original: “A notification of this kind may not be used to withdraw or limit consent given previously”

o pretender hacerlo como una vía para excusarse del someter su consentimiento a posteriori. En definitiva la notificación se hace al Centro y no a las partes, por ende si no se ha realizado la notificación desde un inicio esta carece de validez.

1.2 Debates de la Asamblea Constituyente de Montecristi y promulgación del nuevo texto constitucional.

La Asamblea Constituyente con plenos poderes, instalada el 29 de noviembre de 2007, después de haber sido aprobada por consulta popular, redactó la Constitución vigente que contiene dos disposiciones particulares en relación al arbitraje, los artículos 190 y 422.¹⁰

La Constitución del Ecuador aprobada el 20 de octubre del 2008 recoge los criterios de los constituyentes sobre estos artículos, que fueron un antecedente importante para la denuncia de la Convención. Fue así como la mesa 9 de ‘Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana’ discutió el artículo base (422) como una de las motivaciones que podrían ser argumentadas para denunciar la Convención de Washington. Algunos asambleístas constituyentes consideraron que el arbitraje en el foro CIADI tiene matices “imperialistas”, o que “persigue los intereses del Banco Mundial”, entre otras explicaciones que van más allá del campo de lo jurídico.

A su vez, el texto contiene lo que fue la opinión del Presidente a la época, quien sostuvo que el sometimiento a la jurisdicción del CIADI era contrario a nuestra

¹⁰ Mandato Constituyente #1, publicado en el R.O Suplemento # 223 del 30 de noviembre de 2007.

Constitución, según se desprende de la comunicación enviada al momento de la Asamblea Constituyente, por el Ejecutivo al Presidente de la Asamblea Nacional¹¹.

Como resultado, la Constitución redactada en Montecristi contiene dos artículos importantes para este análisis como se menciona anteriormente: el artículo 190 y el 422. El artículo 190, que está bajo el Título IV de Participación y Organización del poder, Capítulo cuarto (de la función judicial) y, específicamente, en la Sección de Métodos Alternativos de Solución de Controversias (para ayudarnos entender cual era la visión del constituyente en este sentido) establece lo siguiente:

(...) **Se reconoce el arbitraje**, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley. (las negrillas son propias)

Es importante resaltar que el artículo constitucional antes citado, sí reconoce el arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias. Partiendo de la premisa de que el CIADI, es un Centro para arreglo de diferencias relativas a inversiones mediante el arbitraje fundamentalmente, podemos asegurar que el Art. 190 que, aún en silencio de si son foros nacionales o internacionales, reconoce el arbitraje sin distinción, ni excepción alguna. Simplemente lo reconoce.

Por otra parte, tenemos el controvertido artículo 422, bajo el título VIII de las Relaciones Internacionales, dentro del Capítulo de Tratados e Instrumentos Internacionales, el mismo que se compone de tres partes como explicaremos a

¹¹ Oficio No. T.4484- SGJ-09-1431, oficio del Presidente del Ecuador Rafael Correa Delgado a Fernando Cordero, Presidente de la Asamblea Nacional. Enviado el 3 de junio de 2009.

continuación:

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial⁽ⁱ⁾, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por **instancias arbitrales regionales** o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios⁽ⁱⁱ⁾. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional⁽ⁱⁱⁱ⁾. (el énfasis, añadidos y subrayado son propias)

A pesar de que este artículo expone una clara confusión por parte del asambleísta, es necesario interpretarlo y realizar un análisis exegético, ya que por disposición constitucional se debe interpretar al tenor literal de la norma como principal recurso de interpretación¹².

En la primera parte resaltada determina que el Ecuador no podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que ceda jurisdicción a instancias de arbitraje internacional. Primero tenemos que entender que el “instrumento internacional”, es decir la Convención de Washington estaba ya vigente al momento, no dice que aun para los tratados vigentes se debe declarar su inconstitucionalidad, consecuentemente no es retroactivo. Además, el Constituyente habla de celebrar Convenciones o Instrumentos Internacionales, siendo tal vez la intención de hablar sobre el consentimiento para someterse a arbitraje, que se perfecciona por otras vías no

¹² Constitución del Ecuador 2008: Art. 427.- “**Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.** En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional” (el énfasis es mío).

solamente a través de convenciones o instrumentos internacionales, como se explicará en el segundo capítulo (consentimiento a través de acuerdo directos, ley, Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones). Además, la piedra angular de este artículo constituye la referencia a temas de índole “contractual”, el cual no abarca la materia de inversiones.

La segunda parte resaltada de la interpretación está relacionada a la misma “celebración” de los tratados o instrumentos internacionales, puesto que ésta queda permitida, siempre y cuando las soluciones a las controversias se refieran a instancias arbitrales en la región o “por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios”. Parecería ser que aunque se especifique que solamente las instancias regionales son válidas para la solución de controversias en instancias arbitrales, si alguno de los países signatarios designa un órgano jurisdiccional éste también será válido.

Finalmente, la tercera parte de este artículo se refiere a instancias arbitrales cuando se refieran a temas de deuda externa, en las cuales según la parte in fine del artículo tendrán que seguirse bajo el arbitraje *ex aequo et bono* (en equidad). Además, se buscaran soluciones a la controversia bajo el procedimiento arbitral en función del origen de la deuda. Esto quiere decir que más allá del tema arbitral, se busca saber si la deuda es legítima o no. Esto demuestra que el artículo constitucional tiene serias falencias; cumplió un papel sin bases jurídicas, y mas bien quiso hacerse a la medida de la situación política del momento y de los temas arbitrales del momento (2007-2008).

Ahora bien, si es cierto que es potestativo del Ejecutivo proponer la denuncia de los instrumentos internacionales, esto tiene que ser aceptado y ratificado por el poder legislativo “Las Cámaras pueden aprobar la autorización o denegarla, o en el caso de Tratados multilaterales proponer reservas o declaraciones o suprimir o modificar las que pretenda formular el Gobierno, etc.”¹³. En este caso, la Asamblea Nacional del Ecuador, como se mencionó anteriormente, aceptó denunciar la Convención de Washington.

El concepto de soberanía establecido en el Art. 422 de la Carta Política no es razón suficiente para poder denunciar la Convención, es decir, es potestativo del Estado denunciar “cualquier” instrumento internacional, pero bajo un argumento legal que se encuentre motivado. Por lo tanto, no se puede alegar esta disposición constitucional para pretender excusarse frente a las obligaciones contraídas por el Estado a nivel internacional.

Es importante descifrar los criterios anteriores a la instalación de la Asamblea Constituyente, sobre el por qué de la reforma en materia de Derecho Internacional, referente al tema de soberanía. Escudriñando en cómo se procedió a resolver el tema en cuestión por los constituyentes, se puede establecer que hubo un control previo por la Comisión de Relaciones Internacionales, al identificar que a juicio de los Asambleístas Constituyentes, ciertos tratados, como la Convención de Washington, atentaban con la soberanía del Ecuador. En esto caso posiblemente siendo un tema de vital interés para la ciudadanía ya que sin olvidarnos que la intención de brindar seguridad jurídica a los

¹³ Díez de Velasco, Manuel. “Instituciones de derecho internacional público”. Ed. Tecnos, Madrid 1997. P. 153.

inversionistas es la de atraer inversión y por lo tanto fuentes de trabajo y demás beneficios económicos debió haber pasado la denuncia por un examen más profundo en el legislativo y potencialmente con los sectores perjudicados. De tal manera que ciertos autores hablan sobre las propuestas en relación al “[e]stablecimiento de normas constitucionales claras que garanticen que todos los tratados y convenios que suscriba el país pasen por el escrutinio público y el voto nominal de cada miembro de la legislatura”¹⁴.

Para concluir con el tema sobre la motivación de la denuncia de la Convención por una supuesta “cesión” de soberanía, es interesante citar a ROUSSEAU para entender qué es soberanía y las implicaciones que ésta tiene:

Por la misma razón que la soberanía es inalienable, es indivisible, pues la voluntad es general o no lo es; es la del cuerpo del pueblo o solamente la de una parte. En el primer caso, esa voluntad declarada es un acto de soberanía y hace ley. En el segundo, no es más que una voluntad particular, o un acto de magistratura; es a los sumo un decreto”¹⁵.

Si entendemos el concepto de soberanía como inalienable e indivisible, el Ecuador no cedió soberanía en este caso. Fue, parte de la voluntad popular el suscribir a dicho instrumento internacional, por un acuerdo entre Estados para el beneficio tanto de los nacionales del Estado (inversionistas), como para el Estado ecuatoriano, ya que logró atraer inversión extranjera. La suscripción de la Convención, fué y será un acto soberano del Estado.

¹⁴ AYALA MORA; QUINTERO. “asamblea constituyente, retos y oportunidades”. Ed. La Tierra. Quito, 2007.sin página.

¹⁵ Pérez, Carlos. “ La asamblea constituyente”. Ed. Arte y diseño. Quito, 2007.

1.3 Decisión de la Corte Constitucional.

Existe una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional del Ecuador¹⁶ que dilucida el contenido del artículo 422 Constitución ecuatoriana y hace mención al artículo 190 de la misma. Artículos, que son de interés para nosotros ya que como se mencionó en el capítulo anterior han servido de base para alegar la denuncia de la Convención. En esta sentencia, como antecedentes se pide la interpretación de la Corte Constitucional en base a la legalidad de la aplicación de los artículos mencionados para la obtención de un crédito del BID a favor del Ecuador en el cual se debía determinar si procedía o no el arbitraje internacional. Y si debía ser sujeto a la empleo del artículo 422 de la constitución para la solución de controversias a través del arbitraje en equidad.

Es así, que en base al artículo 190 se discute si procede o no la cláusula de solución de controversias a través del mecanismos del arbitraje. Por lo que en el 2008 el Ministerio de finanzas, realiza una consulta al Procurador General del Estado sobre la autorización de dicha cláusula, la misma que es autorizada por la Procuraduría General del Estado¹⁷. Una vez realizada esta consulta el secretario jurídico de la Presidencia de la República solicita la interpretación del inciso final del artículo 422 de la Constitución a

16 Sentencia interpretativa sobre controversias relacionadas con la deuda externa No. 0001-09-SIC-CC. Publicada en el R.O 549, 16-marzo-2009.

17 Ibidem. La sentencia en este sentido se refiere a: “El Procurador General del Estado, al emitir su criterio respecto del inciso segundo del artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, no diferencia el límite expreso que contiene la norma, que es referida a la Contratación Pública, entendida ésta, como la relación contractual del Estado con las entidades del sector público y privado, relacionadas, por ejemplo, con licitaciones, concurso público de ofertas etc., mismas que según mandato constitucional están obligadas a realizar un arbitraje en derecho.”

la corte constitucional. Arguyendo que dicho inciso permite y propende al arbitraje en equidad en caso de deuda externa¹⁸.

En definitiva la Corte Constitucional en la sentencia interpretativa resuelve lo siguiente:

“1.- Interpretar, que el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución. 2.- Interpretar, que en los contratos de empréstito internacional, cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión “fallo en conciencia”, deberá entenderse como sinónimo de “fallo en equidad”, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República; (...).”

Lo que conlleva a la conclusión principal para nuestro análisis, que en base al artículo 190 de la Constitución del Ecuador se reconoce el arbitraje como método de solución de controversias. Además, que solamente se aplica específicamente para el artículo 422 los temas relacionados a la deuda externa el arbitraje en equidad, es decir, en los “contratos de empréstito internacional” se estipularan cláusulas de solución de controversias a través del mecanismo del arbitraje ex aequo et de bono o en equidad.

2. Denuncia de la Convención de Washington (CIADI)

Una vez establecida la forma de retirar el consentimiento a través de la carta presentada al Centro, tenemos que examinar desde 3 perspectivas la intención de la República del Ecuador. Primero, con base en el Art. 71 y 72 de la Convención de

¹⁸ Ibidem. La sentencia interpretativa dice lo siguiente: “En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá las soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”. Es decir un arbitraje en equidad.

Washington que permite el retiro de la esta convención y, por tanto, el retiro del consentimiento. Segundo, la motivación expuesta en la carta, según el artículo 422 de la Carta Política del Ecuador. Y, tercero, las implicaciones que existen con base en el artículo 26 y el agotamiento de las vías –tentativamente- para poder acceder a la jurisdicción del centro; en este caso habrá que analizar las consecuencias del retiro del consentimiento con base en este artículo.

La carta de las NNUU -que nos permite entender la potestad que tuvo el Ecuador, al igual que todos los países miembros de la Convención de Washington, de retirar su consentimiento previsto en el mismo instrumento- establece que

[t]odos los Estados gozan de igualdad soberana. Tiene iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social y político o de otra índole (...) a) los estados son jurídicamente iguales; b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía [...].

En consecuencia, el Ecuador al tener el mismo derecho que otros estados, como es el de la denuncia de la Convención, lo podía hacer sea cual fuere la motivación.

Por lo tanto, la denuncia con base en el artículo 71 de la Convención es perfectamente válida. Desde allí parten los fundamentos de este estudio, ya que sería inconcebible pensar que no se produjeron efectos jurídicos y, en consecuencia, la disposición del artículo antes mencionado sería irrelevante, hipótesis que es difícil de ser sostenida,

“Desde este punto de vista, la literatura clásica del Derecho Internacional no aclara gran cosa, porque la mayor parte de los autores se contentan con

identificar independencia y soberanía sin preocuparse de analizar, metódicamente, ambas nociones”¹⁹.

Por consiguiente, al ser un Estado independiente y soberano, la República del Ecuador, se encuentra en su pleno derecho de denunciar la Convención, produciendo ciertos efectos jurídicos que serán analizados en los capítulos posteriores.

Una vez entendido este punto, no es posible pensar que se puedan producir los efectos jurídicos que el Ecuador, unilateralmente, consideró; sino dentro de la base y principios del Derecho Internacional Público. Un Estado, por el hecho de serlo, es soberano. [...] Entendida [la soberanía] como absoluta – o poder de decidir y actuar según venga en gana – es incompatible con el Derecho y todos los esfuerzos por acomodarla en él parecen un artificioso juego intelectual”²⁰.

Es así que, por un tema de voluntad el Estado, unilateralmente decidió denunciar la Convención. “La primera posibilidad que se ofrece a nuestra consideración es la de que por voluntad del Estado se entienda un hecho de orden psíquico análogo o idéntico al que se conoce con el nombre de voluntad individual”²¹. Lo que en definitiva queda claro es que siendo una decisión política, unilateral y soberana prevista en el mismo instrumento, produce efectos jurídicos – quizás no los pretendidos por el Estado en su totalidad -.

¹⁹ Llanos Mansilla, Hugo. “ Teoría y práctica del derecho internacional público”. Ed. Jurídica Chile. Santiago, 2006. p. 527.

²⁰ Remiro Brotons, Antonio. “Derecho Internacional”. Madrid: McGraw-Hill, 1997. P. 75

²¹ Kelsen, Hans. “ Problemas capitales de la teoría jurídica del estado” Ed. Porrúa. México, 1987.P. 139

2.1 Implicaciones de la denuncia Art. 71-72 Convención.

Con base en el artículo 71 de la Convención de Washington, transcrito a continuación, se realizó la denuncia por vía diplomática del Centro por parte de la República del Ecuador: “Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo. La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación”.

Este artículo permite la denuncia de la Convención y es a través de la contestación del 8 de julio del Centro²² que el Secretario del Centro da por notificado al CIADI de la denuncia del Ecuador a someterse al Centro. Acotando que según el artículo 71 de la Convención, a partir del 7 de enero del 2010, los seis meses que determina el mismo texto habrán transcurrido y será efectiva la denuncia del Ecuador – esto se produjo a través de una carta enviada al Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, por decreto ejecutivo y a su vez notificó al Centro de dicha disposición -²³.

El 6 de julio de 2010 el Ecuador notifica al Centro de la salida definitiva de la jurisdicción del Centro²⁴. Ahora bien, los efectos, que después de los antecedentes señalados se han generado, son los que se desarrollan en esta tesina. Entre estos: el problema que supone el consentimiento frente a las desavenencias que hayan surgido antes y después de la notificación. Además del posible reclamo entre Estados que se pueda generar, puesto que en algunos casos las vías para dirimir sobre estas controversias

²² Anexo carta.

²³ Decreto Ejecutivo

²⁴ Anexo. Notificación

bajo los TBIs era solamente ante el Centro, en defensa de los intereses de los inversionistas de cada Estado.

2.2 Implicaciones del Art. 26 de la Convención.

En la carta enviada al CIADI por parte del Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador, se refiere también al Artículo 26 de la Convención en los siguientes términos:

Informo que el Estado ecuatoriano reconocerá la jurisdicción del CIADI para la solución de las controversias que se susciten en los actos contractuales firmados con anterioridad a la presente denuncia, únicamente cuando se hubieren agotado las instancias administrativas, judiciales y constitucionales ecuatorianas, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 26 del Convenio denunciado²⁵.

Para entender el significado de la intención de la carta de la República del Ecuador al CIADI tenemos que entender que se intenta como efecto jurídico el agotar las vías locales respecto a los “actos contractuales” firmados con anterioridad a la denuncia presentada antes de recurrir al Centro. El profesor SCHREUER analiza esta perspectiva en su comentario de manera que explica: “El agotamiento de los recursos internos es un concepto tradicional del derecho internacional que exige que antes de que se presente un reclamo por la violación de los derechos de un individuo o una empresa que pueda llevarse a cabo en contra de un Estado a través de los procedimientos internacionales, el individuo o la corporación debe recurrir a todas las vías disponibles en el derecho interno del Estado parte.”²⁶

²⁵ Anexo # 2

²⁶ Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention a Commentary*. Ed. University Press, Cambridge. 2009, p. 402. Traducción propia. Texto original: “The exhaustion of local remedies is a concept of traditional International law which requires that before a claim for the violation of the rights of an individual or a corporation can be pursued against a State through

Por lo tanto, el Estado ecuatoriano prevé que para los contratos firmados con anterioridad se deberán agotar los recursos locales. Entendiendo esto en su panorama más amplio, se especifica que deberán ser instancias administrativas, judiciales y constitucionales ahora previstas en la ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional²⁷ ¿ Es esto lógico desde una perspectiva funcional ? Estamos hablando de varias instancias en las cuales los individuos y corporaciones deben agotar las vías antes de ir a la jurisdicción del CIADI, es decir varios años y costos altos para quienes intenten reclamar un derecho que ha sido violado.

Cabe analizar respecto al agotamiento de las vías locales según establece el artículo 26 de la Convención la relación que tiene frente a una posición que determina que no es necesario el agotamiento de las vías locales, para esto es conveniente analizar el artículo 6 del TBI Ecuador-Estados Unidos: “(...) Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, **podrá optar por someterla a una de las siguientes vías**, para su resolución: **a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia**, o **b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convertido**, o **c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo(...)**”²⁸. Así el párrafo tercero de este artículo se refiere a la solución de controversias a través del CIADI, y su mecanismo complementario; UNCITRAL u otro arbitraje ad hoc.

international procedures, that individual or Corporation must first have recourse to all means of redress available under the domestic law of the State concerned.”

²⁷ Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional. R.O #52, 22-10-2009

²⁸ Tratado de Inversion extranjera entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de Norteamérica. Publicado en el R.O#153 25-11-2005.

Una vez entendido el propósito del agotamiento de las vías locales, resulta complicado entender que esta restricción se la haga en el momento de la denuncia de la Convención. Es decir, debería estar previsto con anterioridad el agotamiento de las vías en el contrato, en la ley o en los Tratados Bilaterales de Protección. Es así que lo demuestra la historia de la Convención y como explica el profesor SCHREUER respecto a la intención que hablamos según el Sr. Broches al dejar a los Estados la facultad de delimitar el agotamiento de los recursos para poder acceder al mecanismo de solución de controversias a través del arbitraje CIADI²⁹, pero no una vez que se haya realizado la denuncia de la Convención intentando crear efectos jurídicos bajo una interpretación un tanto abusiva del artículo 26 de la Convención de Washington.

En conclusión al referirnos al agotamiento de los recursos locales como condición del consentimiento el profesor SCHREUER se refiere a los siguiente: “La condición de que los recursos internos deben ser agotados antes de arbitraje del CIADI puede ser instituido o puede ser expresado por un Estado Parte en la Convención sólo hasta el momento en que el consentimiento al arbitraje se ha perfeccionado, pero no más tarde (Historia, Vol. II, pág. 974)”³⁰. Por lo tanto, pretender que tenga efectos posteriores a la denuncia de la Convención la mención del artículo 26 para agotar los recursos locales parece inviable. Aun desde un punto de vista práctico, ya que podría ser excesivamente largo el período de solución de una disputa en las cortes locales para así ganar este “pase” para poder recurrir al CIADI.

²⁹ Schreuer, Supra nota 25. P. 403. Párrafo 189.

³⁰ Idem. P. 404. párrafo 192. Traducción propia. Texto original: “The condition that local remedies must be exhausted before ICSID arbitration can be instituted may be expressed by a State party to the Convention only up to the time consent to arbitration is perfected but not later (History, Vol. II, p. 974)”

3. Efectos jurídicos que produjo la denuncia del Ecuador de la Convención CIADI.

Se producen dos efectos jurídicos importantes, con la salida del Ecuador del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El principal de éstos radica en la problemática para determinar en que momento se retira el *consentimiento* del sometimiento a la jurisdicción del Centro. El otro, tiene referencia con una posible denegación de justicia para las partes contratantes.

En referencia al primer efecto, como se tratará más a profundidad en el siguiente subcapítulo, hay varias tesis sobre el tema que surgen a partir del consentimiento acordado en los TBIs y el establecido por Ley. Y, en resumen, el debate trata si existe una oferta de consentimiento o consentimiento en sí.

Además, otra discusión que se trata en la doctrina tiene que ver con el momento en que surte efectos la denuncia a la Convención, y al respecto hay tres puntos de vista. El primero, sostiene que existe un retiro del consentimiento inmediato ya que supone que existe un consentimiento dado con anterioridad en los TBIs. El segundo, sostiene que el retiro del consentimiento surte efecto después de los seis meses de recibida la notificación al Centro. Y, el tercero, arguye que el retiro del consentimiento no es válido.

Finalmente, dentro del tema del consentimiento, cabe analizar los posibles escenarios una vez que se ha denunciado los TBIs de los cuales el Ecuador es parte. Así como los posibles reclamos interestatales ante la Corte Internacional de Justicia por haber transgredido ciertos estándares del Derecho Internacional Público.

Retomando los efectos que acarrea la denuncia al Centro, en un siguiente subcapítulo se tratará la posible denegación de justicia que acarrea esta decisión por parte del Estado ecuatoriano. Este efecto parte de los casos de TBIs en los que solo se ha previsto la jurisdicción CIADI como mecanismo de solución de controversias. Puesto que en estos casos, por acuerdo tácito de los estados contratantes, se han excluido otras formas de resolver las desavenencias entre el Estado y los inversionistas del otro Estado, como pueden ser los arbitrajes UNCITRAL, entre otros.

Hay que partir de la premisa de que es un derecho individual del Estado, consagrado en la misma convención en el artículo 71; sin embargo, esto debe encontrar un límite para no afectar a los nacionales de los otros Estados dejándolos en la indefensión o atentando con derechos inherentes a los mismos. Pues

[l]a facultad de una persona de ejercer o dejar de ejercer un derecho individual proclamado por el derecho internacional, podría encontrar su límite natural en el mismo derecho internacional o en el orden público internacional. - Consiguientemente, no podemos aseverar que una persona por ser titular de un derecho tenga la facultad automática de renunciarlo bajo el derecho internacional³¹.

³¹ ANDRADE, XAVIER. "Renuncia al arbitraje internacional en contratos celebrados con el Estado Ecuatoriano", Paper; conferencia: Perspectivas del Arbitraje Internacional en el Ecuador y América Latina. Quito 7 de octubre de 2008.P. 5

Ahora bien cabe hacernos dos preguntas, ¿Se altera el orden público internacional y existe la facultad autonómica de denunciar la Convención (entiéndase automática como efectos inmediatos)?

Si bien es cierto que existe una base en el principio de la autonomía de la voluntad para poder denunciar la Convención es claro que el orden público internacional no se vería afectado, por ser potestativo del Estado estar está previsto por el Derecho Internacional Público. Acerca del orden público, el Doctor XAVIER ANDRADE sostiene que

[d]eterminar si la autonomía de la voluntad, plasmada en la renuncia de un inversionista, estaría limitada por nociones de orden público, es una empresa compleja – si no irrealizable, ya que el concepto de orden público internacional, *ordre public International* o “Truly” “International public policy” es ambiguo y su misma existencia ha sido cuestionada³².

En definitiva, no se altera el orden público internacional, y es una provisión clara y prevista en el mismo instrumento.

Además, partiendo del Principio internacional rector *Pacta sunt servanda* que se encuentra establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³³, se debe entender que lo pactado debe ser cumplido. Lo que genera la mayor cantidad de dudas de cómo debe ser cumplido, ya que tanto en los TBIs como en la misma Convención nos encontramos ante una problemática nada fácil de resolver. Esto se genera sobre todo a partir del tema principal que es el del consentimiento; y, la forma de interpretarlo resulta la piedra angular de la tesina. Lo que genera dudas en esta

³² Idem 24.

³³ Artículo 26. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.

interpretación surge en el Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio en el párrafo 23 ya que se deja una ambigüedad acerca del momento de determinar cuando se produce o deja de producirse el consentimiento previsto tanto en los TBIs como en los acuerdos directos (contratos entre las partes).

3.1. Consentimiento

El consentimiento como tema principal de la problemática que presenta la denuncia de la República del Ecuador al CIADI debe ser entendido desde su más elemental concepción para un análisis respecto a las diferentes formas de consentimiento. Para esto partiremos de una definición elemental de lo que es el consentimiento, según CABANELLAS consiste en la “[a]cción y efecto de consentir (...). Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación [...]”³⁴. Una vez entendido el concepto básico de consentimiento tenemos que saber que la voluntad es uno de los elementos importantes para determinar si hay consentimiento o no.

Así se genera la problemática de mayor discusión en la doctrina y en realidad para el Derecho Internacional Público. Es así que la denuncia del Estado ecuatoriano al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) presenta

³⁴ Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta. p.85.

dos posiciones de acuerdo a ciertas conveniencias, una la posición pro Estado y la otra pro inversionista.

Un tema recurrente en los argumentos presentados ante los Tribunales es si la interpretación del consentimiento debe ser de carácter restrictivo o de carácter extensivo, esto obviamente, dependiendo de los “zapatos” que tengan puestos los abogados litigantes. Los Estados demandados han insistido en una interpretación de carácter restrictivo, sobre la base de que este consentimiento implica una derogación de la soberanía del Estado³⁵.

Estos ‘zapatos’ como define el Dr. ÁLVARO GALINDO serán analizados independientemente para entender cada posición –pro inversionista y pro Estado-.

Toda esta discusión radica en el tema de jurisdicción del Centro y la respectiva denuncia a dicha entidad ya que –no nos olvidemos– es una jurisdicción extranjera la del CIADI y muchas veces algunos estados pueden no estar de acuerdo con perder esta jurisdicción.

El comercio y la inversión en otros estados va en aumento, y las partes de distintas jurisdicciones que participan en esta actividad con frecuencia buscan la neutralidad comparativo de un tribunal no estatales para resolver sus diferencias. Las partes en una transacción de diferentes estados pueden ser reacios a someterse a la jurisdicción de los tribunales de la otra³⁶.

³⁵ Galindo, Álvaro. “El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones”. Iuris Dictio. Ed. Abya-Yala. 2007. P. 43

³⁶ DOLZER, SCHREUER. “Principles of International investment law”. Oxford University Press. New York 2008.P.32. Traducción propia. Texto original: “Trade and investment across state lines is on the rise, and parties from different jurisdictions who engage in such activity frequently seek the comparative neutrality of a non-state tribunal to resolve their differences. Parties to a transaction from different states may be reluctant to submit to the jurisdiction of the courts of the other”

Motivo por el cual la jurisdicción del Centro queda en entredicho y dependerá las posiciones para defender un argumento u otro.

Ahora bien hay que analizar las diferentes posiciones respecto al consentimiento y al artículo 71 de la Convención de Washington. Primero tenemos que conectar la denuncia a un punto bastante importante que es el artículo 25 de la Convención transcrito a continuación:

- (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.** (las negrillas son propias)

Es así que se producen varias dificultades al entender qué es consentimiento por escrito, y si es que puede o no ser retirado unilateralmente. Esto se basa en parte a que si el consentimiento por ejemplo en los TBIs es una oferta de consentimiento o constituye consentimiento per se. De igual forma se produce en las leyes nacionales que pueden tener la misma consideración, es decir oferta o consentimiento por escrito. Posiciones que difieren de acuerdo al interés que se tenga. Esto queda demostrado al entender que tiene que ser aceptado por las dos partes y debiendo contar por escrito. Además, una de las posiciones sostiene que la oferta unilateral no es suficiente bajo el artículo 72 de la Convención, como lo explica SCHREUER

El consentimiento a la jurisdicción se perfecciona sólo después de su aceptación por ambas partes. Una oferta unilateral de consentimiento por parte del Estado

anfitrión a través de legislación o de un tratado antes de una notificación con arreglo al art. 70 o 71 no sería suficiente para los propósitos del arte. 72 [...] En la opinión de los tribunales, el método adecuado para la interpretación del acuerdo de consentimiento fue leído en el espíritu del Convenio del CIADI y en la luz de los objetivos³⁷.

Para apoyar la tesis de la forma correcta, hay que recurrir a la interpretación del consentimiento en el laudo *AMCO v. Indonesia*, citado por el profesor Schreuer –en relación al consentimiento y la forma en la que debe ser interpretado–, que determina que “[e]n la perspectiva de los tribunales, el método adecuado para la interpretación del acuerdo de consentimiento fue leído en el espíritu del Convenio del CIADI y en la luz de los objetivos”³⁸. Por lo tanto el informe de los directores y la historia de la Convención pueden darnos luces sobre como realizar la interpretación de la Convención de Washington en materia de consentimiento.

En relación a lo expuesto en el párrafo anterior, es pertinente referirnos a la historia del Centro. La misma que se refiere al supuesto de que un Estado que ya ha consentido al arbitraje, y que posteriormente realice la denuncia de la Convención intentando librarse de la controversia al denunciar la Convención, no será válido; según el primer secretario del Centro “[e]l Sr. BROCHES explicó que la intención del artículo es dejar claro que si un Estado ha dado su consentimiento al arbitraje, la denuncia posterior de la Convención por ese Estado no lo exime de su obligación de ir a arbitraje

³⁷ **Idem.** Traducción propia. Texto original: “Consent to jurisdiction is perfected only after its acceptance by both parties. A unilateral offer of consent by the host State through legislation or a treaty before a notice under Art. 70 or 71 would not suffice for purposes of Art. 72”

³⁸ MUCHLINSKE; ORTINO; SCHREUER. “International Investment Law”. Oxford University Press. New York 2008.P.830. Traducción propia. Texto original: “In the tribunals view, the proper method for the interpretation of the consent agreement was to read it in the spirit of the ICSID Convention and in the Light of the objectives”

si surge una controversia”³⁹. Entendiendo así lo que BROCHES nos señala, radica en el hecho de que no puede ponerse como subterfugio el denunciar la Convención para desligarse de las obligaciones internacionales surgidas por la disputa.

Sobre este tema nada está dicho. Tanto Ecuador como Bolivia, quienes han denunciado la Convención, han sido notificados sobre disputas contra dichos estados. Sin embargo, no existe resolución alguna que clarifique o que pueda sentar precedente jurisprudencial de cuáles son los escenarios y qué puede pasar después de que una disputa es sometida tras la denuncia de la Convención. Tendremos que esperar a la decisión de un tribunal en base a lo expuesto por el profesor BROWNIE; quien, de manera bastante sencilla, explica que los Tribunales en el caso de duda sobre jurisdicción, tendrán que primero decidir si tienen jurisdicción, o no, en base al Derecho Internacional una vez realizada la denuncia de la Convención, por parte de los Estados⁴⁰.

3.1.1. Acuerdos Directos

Una vez entendido lo que es el consentimiento y cuáles son sus implicaciones para nuestro análisis bajo la problemática de la Convención, tenemos que saber que existen básicamente tres formas de consentimiento en el arbitraje y, por lo tanto, para la

³⁹ Schreuer; Malintoppi; Reinisch; Sinclair. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge University Press; 2 edition (August 31, 2009). p.1279. Traducción propia. Texto original: “**Mr. Broches explained that the intention of the article was to make it clear that if a State had consented to arbitration, the subsequent denunciation of the Convention by that State would not relieve it from its obligation to go to arbitration if a dispute arose**”

⁴⁰ Weiler, Tod. “International Investment Law and Arbitration”. Ed. Cameron May. Londres, 2005. P. 203

Jurisdicción CIADI. Estos son: Acuerdos Directos; Ley y Tratados Internacionales. A continuación explicaremos qué se comprende por acuerdo directo. Según establece el Informe ejecutivo de los Directores acerca del Convenio, los llamados Acuerdos Directos o *compromis* son una forma de perfeccionar el consentimiento que puede darse a través de una Ley o por los Tratados Internacionales “[...] o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido”⁴¹. Es decir, una vez surgida la disputa puede acordarse entre las partes el someterse a la jurisdicción del Centro.

Este Acuerdo Directo, también llamado *compromis*, puede darse una vez surgida la controversia; generalmente, a través de otro instrumento en el cual se perfecciona el consentimiento, y a diferencia del Tratado Internacional o Ley, en éste no se encuentra una posibilidad de oferta de consentimiento.

El sistema de arbitraje de inversión puede tan fácilmente acomodar el consentimiento del Estado para arbitrar una disputa hecho alterar ha cristalizado. Normalmente, en la forma de un acuerdo separado entre ambas partes en la controversia, dicha presentación se refiere a veces como compromiso. En cierto modo, un compromiso implica una menor restricción de la soberanía estatal de lo que sería un tratado de protección de la inversión u otro instrumento consentimiento predispuestos⁴².

En el Acuerdo Directo el consentimiento, o la voluntad, es expresada por las dos partes –podría decirse– de forma inmediata.

⁴¹ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Aprobada por Resolución No. 214, adoptada por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 10 de septiembre de 1964. Párrafo 24.

⁴² Dugan; Wallace; Rubins; Sabahi. *Investor-State Arbitration*. Ed. Oxford press. Nueva York, 2008. P. 242. Traducción propia. Texto original: “(...) the investment arbitration system can just as easily accommodate state’s consent to arbitrate made alter a dispute has crystallized. Normally in the form of a separate agreement between both parties to the dispute, such a submission is sometimes referred to as *compromis*. In some ways, a *compromis* implies less constraint of state sovereignty than would an investment protection treaty or other predisposed consent instrument”

En definitiva, el *compromis* es una forma de perfeccionamiento del consentimiento en el cual se expresan dos voluntades, la del Estado y la del nacional del otro Estado –entendido como inversionista – . El Acuerdo Directo tiene la particularidad de ser estipulado “entre iguales” y, es más común en el sector privado -ya que el Estado ahora difícilmente accederá a someterse al arbitraje internacional administrado por el CIADI-; pero, por otra parte, el Acuerdo Directo sí es utilizado a través de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones por los inversionistas. Y, en pocos casos, a través de una ley nacional para someterse a un arbitraje, en este caso bajo la administración de un arbitraje CIADI.

3.1.2 Ley

Una de las formas en las que se puede perfeccionar el consentimiento es a través de una ley nacional, generalmente emitida por el órgano legislativo. La doctrina habla sobre un consentimiento en el que el arbitraje se puede dar a través de la legislación nacional y lo hace a través de instituciones arbitrales reconocidas⁴³. Sin embargo, muy pocos casos de arbitraje se han dado en base a estas disposiciones⁴⁴. Resulta de mucha complejidad el entender y analizar esta “forma” de otorgar el consentimiento, ya que se debe en gran parte a la ambigüedad que presentan las disposiciones legales de cada país.

⁴³ Dugan; Wallace; Rubins; Sabahi. *Investor-State Arbitration*. Ed. Oxford press. Nueva York, 2008. P. 232

⁴⁴ *Petrobart v. Kyrgyz*. Cámara de Comercio de Estocolmo No. 126/2003. Ref cit. 41.

Para enriquecer el análisis veamos un ejemplo de una disposición de la Ley de Promoción y Protección de las Inversiones venezolana que prescribe lo siguiente:

Artículo 22. Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), **serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo**, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente⁴⁵. (las negrillas son propias)

Si bien es cierto que se refiere a qué disputas serán sometidas al arbitraje internacional, luego se imponen dos aclaraciones. La primera consiste en que así lo tiene que establecer el acuerdo; y, la segunda radica en que puedan ser sometidas a las cortes nacionales 'si así procediera', y de ser éste el interés de las partes. Por lo tanto, este tipo de consentimientos se suelen perfeccionar con la solicitud de arbitraje y no constituyen como tal un perfeccionamiento, sino una oferta de consentimiento.

En conclusión, al ser éstas leyes nacionales están sujetas a reforma o derogatoria. Por lo tanto, esto podría causar que los gobiernos intenten retirar su consentimiento de manera unilateral; sin embargo, esto no puede suceder ya que la misma Convención lo prohíbe (Art. 25(1)), como se lo hizo al reformar la Ley de Promoción de Inversiones egipcia en el famoso caso de las Pirámides (Southern pacific properties Ltd. v Arab

⁴⁵ Ley de Promoción y Protección de las Inversiones. Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario de fecha 22 de octubre de 1999. Decreto N° 356 / 03 de octubre de 1999.

Republic of Egypt) en el que el tribunal decidió no aceptar las excepciones a la jurisdicción al intentar Egipto retirar su consentimiento unilateralmente⁴⁶.

3.1.3 TBIs

La tercer forma de perfeccionamiento del consentimiento es a través de los Tratados Internacionales y los más usuales –de allí el título de este subcapítulo- los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones. Actualmente, el Ecuador se encuentra en proceso de denuncia de la mayoría estos instrumentos que ha suscrito. Si bien es cierto que los TBIs son los que generalmente contienen las cláusulas de solución de controversias, también existen tratados multilaterales, como la Carta del Tratado de Energía⁴⁷ o el mismo acuerdo NAFTA de Norteamérica.

Siguiendo el mismo esquema para conocer la verdadera intención de la Convención en relación al consentimiento, ARON BROCHES, antiguo Secretario General del Centro se refiere respecto a la historia del mismo, que el consentimiento en los TBIs : “[...] no constituye, por supuesto, el consentimiento al arbitraje de los

⁴⁶ Dugan; Wallace; Rubins; Sabahi. *Investor-State Arbitration*. Ed. Oxford press. Nueva York, 2008. P. 233

⁴⁷ Carta del Tratado de energía respecto a la solución de controversias: “ Article 26 which provides that an investor may, following a cooling-off period of 3 months, submit the dispute to resolution:

1. to the courts or administrative tribunals of the host state party to the dispute;
2. in accordance with a previously agreed dispute settlement procedure; or
3. to international arbitration.

If the investor opts to submit the dispute to arbitration, the investor then has the further choice between an arbitration under the rules of ICSID, UNCITRAL or the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. In that respect, States give their unconditional consent under Article 26(3) to the submission of a dispute to international arbitration. Es decir, prevé el mecanismo de solución CIADI. Fuente: <http://www.encharter.org/index.php?id=323>, consultado el 25 de agosto de 2010.

Estados interesados [...]ampoco [implica] imponer una obligación legal de estos Estados para dar ese consentimiento"⁴⁸. Es decir, no constituye consentimiento per se en los TBIs, más bien se entiende como una oferta de consentimiento, y no hay obligación que vincule al Estado por el mero hecho de estar contemplada una cláusula de solución de controversias CIADI en el TBI.

Para entender como se perfecciona el consentimiento debe existir, como mencionamos anteriormente, un consentimiento por escrito; en consecuencia, debe ser otro instrumento el que 'acepte' esta oferta de consentimiento contemplada en la cláusula de solución de controversias de cada Tratado Bilateral.

En virtud de tratados de inversión, los estados generalmente consienten a arbitraje obligatorio de controversias con los inversionistas extranjeros como un grupo. La opción de recurrir al arbitraje es abierta a cualquier persona, física o jurídica, que cumpla las condiciones para iniciar un reclamo.⁴⁹

Esto demuestra que existe una *posibilidad* para recurrir al arbitraje y, específicamente, al CIADI según el mismo tratado. Siendo ésta la garantía que tiene el nacional de otro Estado.

Este consentimiento puede ser perfeccionado en un tratado por la vida que tenga un éste. Por lo tanto, mientras no se denuncie el tratado y, aun siendo denunciado, mientras exista un tiempo de sobrevivencia estipulado en el mismo, se

⁴⁸ Broches, Aron. *Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, in the *Art of Arbitration*. 63,65 (1982). Traducción propia. Texto original: "such a provision does not, of course, constitute consent to arbitration by the States concerned...Nor does it impose a legal obligation on these States to give such consent"

⁴⁹ Idem p.63. Traducción propia. Texto original: "Under investment treaties, states consent generally to the compulsory arbitration of disputes with foreign investors as a Group. The option to arbitrate is thus open to any natural or legal person who satisfies the conditions for initiating a claim".

podrá perfeccionar el consentimiento en el caso que surja una desavenencia. El profesor

GARIBALDI acota

[...]ue el consentimiento expresado en un tratado es vinculante para el Estado denunciante durante la vida del mismo y puede ser aceptado por el inversionista en cualquier momento durante ese plazo, o [...] hasta que la denuncia surta efecto.⁵⁰

Para entender la esencia del consentimiento en los Tratados Bilaterales de protección de Inversiones, se analizará el siguiente artículo del TBI Ecuador- Estados Unidos, en base a la solución de diferencias:

Artículo VI [...]. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución: En referencia al mecanismo arbitral: “(...) la sociedad o el nacional interesado podrá optar con **consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio: i) Del centro internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“el Centro”)** (...), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; (...) b) **Una vez que la sociedad o el nacional interesado dé su consentimiento, cualquiera de las partes en la diferencia podrá iniciar el arbitraje según la opción especificada en el consentimiento.** 4. Cada una de las Partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la **opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o de la sociedad**, según el párrafo 3. Ese consentimiento, junto con el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, cuando se da conforme el párrafo 3, cumplirá el requisito de: a) Un **“consentimiento por escrito”** de las partes en la diferencia a efectos del Capítulo II de la Convención del CIADI (Jurisdicción del Centro (...)) 6. **Todo laudo arbitral dictado en virtud de este Artículo será definitivo y obligatorio para las partes en la diferencia.** Cada Parte se compromete a aplicar sin demora las disposiciones de dicho laudo y a garantizar su ejecución en su territorio”⁵¹. (las negrillas y el subrayado son propias).

⁵⁰ Garibaldi, Oscar. On the denunciation of the ICSID convention, consent to ICSID jurisdiction, and the limits of the contract analogy. P. 254. Publicado en: International investment law for the 21-st century. Essays in honour of Christoph Schreuer. Oxford University press. New York, 2009. Traducción propia. Traducción oficial: “(...) that consent expressed in a treaty is binding on the denouncing State for the life of the treaty and may be matched by the investor at any time during that period or (in the case of one commentary) until the denunciation takes effect”

⁵¹ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones.

Este artículo del TBI nos ayuda a ilustrar varios de los puntos mencionados y a plasmar, ya en la realidad del arbitraje internacional, como se perfecciona el consentimiento a través de un Tratado Bilateral de protección de Inversiones. Básicamente demuestra que es una oferta de consentimiento consagrada en el Tratado y que en reiteradas ocasiones le da un carácter formal al mismo, es decir, contempla que se lo realice por escrito por parte del nacional del Estado, en este caso un inversionista estadounidense. En conclusión, el consentimiento a través de los TBIs se perfecciona con la intención dada por escrito en un instrumento diferente al Tratado.

3.1.4 Consentimiento a través de la cláusula de Nación más Favorecida (Maffezini)

Primero, para entender la posibilidad que se plantea con este presupuesto legal tenemos que entender que es la cláusula de nación más favorecida o MFN por sus siglas en inglés y GAILLARD lo define así:

Tal cláusula tiene el efecto de beneficiar a todos los inversores cubiertos por el **TPPI [Tratado de Protección y Promoción de Inversiones]** que la contempla [Tratado de base] de un tratamiento no menos favorable que el que sea otorgado a los inversores en otros TPPI que hayan sido concluidos por los Estados parte [Tratados con terceras partes]. Este tipo de cláusulas cumplen una doble función en estos acuerdos: por una parte, constituyen un instrumento de gran importancia para luchar contra cualquier discriminación entre los distintos inversores en función de su origen, y por otra parte, son un mecanismo excelente para lograr la armonización del derecho a la protección y promoción de las inversiones internacionales⁵².

R.O #153 publicado el 25-11-2005.

⁵² Gaillard, Emmanuel.; "Chronique du CIRDI", *Journ.dr.int.*, n°.1, 2005, p.158.

Por lo tanto, podemos concluir -respecto a la cláusula de nación más favorecida- que se tiene que brindar al menos el mismo trato que tienen otros Estados con inversionistas nacionales de otros Estados, incluso en temas procedimentales como se explicará a continuación.

El tema de fondo es, básicamente, de carácter procesal. Para entender de forma más real la problemática analizaremos una situación respecto al TBI Ecuador-Francia⁵³ en la que solamente se prevé como método de solución de controversias –además de las cortes nacionales- el arbitraje CIADI. Mientras que en otros TBIs sí existen otras posibilidades como es el caso del TBI con los Estados Unidos, que prevé además del arbitraje CIADI, arbitrajes bajo las reglas UNCITRAL u Ad Hoc⁵⁴. Es así que surge el problema en virtud de la cláusula antes mencionada y que, textualmente en el TBI con Francia, establece:

Las sociedades o nacionales de una de las Parte Contratantes, cuyas inversiones hayan sufrido pérdidas debido a la guerra, o a cualquier conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, o rebelión acontecidos en la otra Parte Contratante, **gozarán por parte de esta última de un trato no menos favorables que el otorgado a sus propios inversionistas o a los de la Nación más favorecida**⁵⁵ (las negrillas son propias).

Una vez entendida la problemática y el concepto de la cláusula de Nación Más

⁵³ Art. 9 del TBI: Por este Convenio las Partes Contratantes expresan su consentimiento para someterse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en lo sucesivo denominado "El Centro", (...). Convenio de Inversión Extranjera con Francia, publicado en el R.O 153, 25 de Noviembre de 2005.

⁵⁴ Artículo 6. Tratado de Inversión Extranjera con Estados Unidos. Publicado en el R.O # 153 de 25-11-2005.

⁵⁵ Artículo 6 numeral 2. Convenio de Inversión extranjera con Francia, publicado en el R.O 153, 25 de Noviembre de 2005.

Favorecida es interesante plantear las preguntas que hace el profesor FERNÁNDEZ MASÍÁ,

¿Qué ocurre en aquellas ocasiones en donde el TPPI de base no contemple ningún mecanismo de solución de controversias o únicamente la posibilidad de acudir a sus tribunales internos, será posible acudir al arbitraje internacional previsto en otro TPPI invocando la cláusula de la nación más favorecida? ¿Si el Tratado de base incluye un obligado periodo previo para intentar conseguir un arreglo amistoso, será posible obviarlo mediante la aplicación de esta cláusula? ¿Cabe evitar la necesidad de acudir previamente a los tribunales internos ante de plantear un arbitraje internacional si esta exigencia no se prevé en otros Tratados?⁵⁶.

Toda esta problemática se ha generado después de una decisión bastante controversial bajo la institución CIADI, cuyo caso es el de Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España⁵⁷. En éste, el Señor Maffezini, de nacionalidad argentina instaló un *joint venture* para la producción de químicos en 1992 y posteriormente se produce una crisis en el sector económico de la empresa que obligó a cerrarla. Por lo que el demandante reclama al Estado español por haber permitido una transferencia bancaria irregular, violándose su derecho al estándar de protección y trato justo y equitativo de protección al inversionista.

Pero realmente el problema radica en la demanda per se; en este caso no se agotó la vía de solución de controversias en las cortes nacionales como lo prevé el TBI entre Argentina y España⁵⁸. Por otra parte al presentar la demanda el inversionista adujo que

⁵⁶ Fernández Masía, Enrique. Competencia de los tribunales arbitrales a través de la cláusula de la nación mas favorecida: lecciones extraídas de la reciente practica arbitral. Publicado en: Transnational Dispute Management. Vol. 4, septiembre 2007.

⁵⁷ Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España. Caso CIADI No. ARB/97/7.

⁵⁸ Tratado bilateral de protección y promoción de las inversiones entre La República Argentina y el Reino de España. 3 de octubre de 1991. El artículo pertinente es el 10 (3) a, el cual prevé el agotamiento de recursos en las cortes locales antes de proceder al arbitraje internacional.

no necesitaba agotar las vías nacionales ya que se amparaban en el TBI entre Chile y España⁵⁹ para invocar la cláusula de Nación Más Favorecida en este caso que es de carácter procesal y no de fondo, tratado bilateral que en el Artículo 10 (2) del mismo no estipula como condición el agotamiento de las vías judiciales locales.

Esta pretensión por parte del demandante fue aceptada por parte del tribunal en este caso CIADI más conocido como Maffezzini por el nombre del demandante. Extrapolando esto a la decisión de la República del Ecuador de denunciar la Convención se presenta un problema bastante interesante que es el caso de ciertos Tratados Bilaterales de Inversión que prevén solamente como solución de controversias a más de las cortes locales el mecanismo CIADI, como es el caso del TBI entre el Ecuador y Francia⁶⁰. En este caso, si se presentará una situación por la cual uno de los países con los cuales el Ecuador tiene una controversia y el mecanismo de solución de controversias ya no es viable ¿ Podría invocarse en materia procesal, que otros nacionales de países que tienen otro tipo de formas de solución de controversias tienen cierto privilegio?

Siendo así, se plantea que en realidad existe un fuerte argumento para presentar una demanda en el caso de Francia –por ejemplo– en base a la cláusula de Nación Más Favorecida que dice en el Art.5 del TBI:

⁵⁹ Tratado bilateral de protección y promoción de las inversiones entre la República de Chile y el Reino de España. 2 de octubre de 1991.

⁶⁰ Convenio de Inversión extranjera con Francia , publicado en el R.O #153, 25 de noviembre de 2005. Se refiere a este mecanismo de solución de controversias en el **Art. 9.-** “Por este Convenio las Partes Contratantes expresan su consentimiento para someterse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en lo sucesivo denominado "El Centro", para resolver por conciliación o arbitraje en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierto para su firma en Washington, el 18 de marzo de 1965 (del que ambas Partes son miembros), cualquier controversia legal que surja entre dicha Parte Contratante y un nacional o compañía de la otra Parte Contratante relacionada con una inversión de éstos en aquella”.

Cada Parte Contratante aplicará a los nacionales o sociedades de la otra Parte, en lo que se refiere a sus inversiones y actividades vinculadas con esta inversión, el trato acordado a sus nacionales, o sociedades, o el trato acordado a los nacionales o sociedades de la Nación más favorecida, si éste es más ventajoso. Las sociedades o nacionales de una de las Parte Contratantes, [...] gozarán por parte de esta última de un trato no menos favorables que el otorgado a sus propios inversionistas o a los de la Nación más favorecida”⁶¹.

En conclusión, existe la posibilidad que se presente una controversia en la cual se pueda invocar la cláusula de Nación Más Favorecida prevista en los Tratados Bilaterales de Inversión. De tal manera que los nacionales de los Estados, con los cuales el Ecuador tiene TBIs, en los cuales se prevé como único mecanismo –internacional– de solución de controversias el CIADI, se vean forzados a recurrir a cortes locales como la sola vía de resolver las disputas existentes. Evitando que éstos accedan a un mecanismo que probablemente le otorgue mayores ventajas.

3.2 ¿Existe consentimiento o es una oferta de consentimiento ?

Uno de los problemas que se presentan respecto al consentimiento como tal, consiste en entender en los Tratados Bilaterales de Protección de las Inversiones si existe consentimiento o en realidad es una oferta de consentimiento como se ha iniciado la discusión en el anterior capítulo. Sin embargo, no solamente radica el tema en la discusión alrededor del tema de los TBIs, ésta misma problemática se presenta al analizar los acuerdos arbitrales y las legislaciones que prevén un mecanismo de solución de

⁶¹ Idem.

controversias CIADI. En definitiva, ¿constituyen estas posibilidades de solución de controversias una oferta de consentimiento o se otorga el consentimiento per se?

Esta discusión que se ha planteado en la doctrina puede ser bastante complicada de entender. Muchos instrumentos requieren de cierta formalidad que plantea que el consentimiento debe ser perfeccionado por escrito, como es el caso del TBI entre los Estados Unidos y Argentina⁶². Inclusive, la misma Convención de Washington en el artículo 25(1) sobre la jurisdicción del centro dice:

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** [...]. (las negrillas son propias)

El consentimiento por escrito generalmente se perfecciona por la solicitud de arbitraje; o, también por acuerdos escritos de aceptar el consentimiento ofrecido en una ley o en un TBI directamente entre Inversionista y Estado. Es aquí donde radica la importancia de entender si es que en realidad la intención de la Convención, a través del artículo 25(1), era la de plantear que en los mecanismos de solución de controversias ofrecidos por el Estado – TBI, Ley o Convenio Arbitral – exista una oferta de consentimiento y deba ser perfeccionado a través de un documento o instrumento por escrito que acoja esta oferta y perfeccione, como tal, el consentimiento para que los tribunales arbitrales puedan declarar su jurisdicción.

De todas maneras, como se manifestó en este capítulo existen posiciones diversas,

⁶² DUGAN; WALLACE; RUBINS; SABAHI. *Investor-State Arbitration*. Ed. Oxford press. Nueva York, 2008. p.221

pero una de las fuentes principales para entender el verdadero sentido de la Convención CIADI, es la historia de este instrumento.

Sin embargo, si la oferta unilateral del Estado ha sido aceptado antes de la denuncia del Convenio, las controversias que surjan entre el Estado y el inversor después de la fecha de la denuncia todavía estaría dentro de la jurisdicción del Centro (Historia de la Convención, vol. II, pp 1009-1010).⁶³(las negrillas son propias)

Por lo tanto, al hablarse de que si se acepta la ‘oferta unilateral’ del Estado –la historia del centro supone de este pasaje que es en realidad una oferta–, y enfatizado en el punto en que las disputas que surjan entre los estados aún después de la denuncia siendo ya aceptadas, todavía estarán sometidas a la jurisdicción del Centro pese a la Denuncia, en este caso del Ecuador al Centro.

Esto significa que las controversias surgidas antes de la denuncia del Ecuador y que han notificado al centro de que existe una disputa con la República durante el periodo de los 6 meses que plantea la Convención todavía son susceptible de aceptar la oferta y como tal el CIADI tendría Jurisdicción. Es así, que la mera oferta de consentimiento al Centro, mientras no sea aceptada, no genera consecuencia jurídica alguna en materia de jurisdicción ante éste. “Una mera oferta de consentimiento que figura en la legislación o en un tratado (véase el artículo 25. Párrs. 395-409,431-435) que no ha sido aceptada por el inversor no crea derechos ni obligaciones en virtud de la

⁶³ Idem.Traducción propia. Traducción oficial: “If, however, the **unilateral offer** of the State has been accepted before the denunciation of the Convention, disputes arising between the State and the investor after the date of denunciation would still be within the jurisdiction of the Centre (History, Vol. II, pp. 1009-1010)”

Convención”⁶⁴.

3.2.1 Posición Pro inversionista

Establecida ya la problemática del consentimiento y cómo se puede perfeccionar, existen diferentes posiciones respecto a la denuncia y en realidad dependerá en qué “equipo” se juega para defender la temporalidad del consentimiento. Es decir, para los inversionistas defender una posición que les permita acceder a la jurisdicción del Centro, aun después de la denuncia de la Convención de Washington realizada por la República del Ecuador. Es básicamente el problema central que se plantea respecto a la denuncia ya en el plano fáctico, debido a que una de las posibilidades que les permitía solucionar las diferencias en una jurisdicción “imparcial” como es el CIADI se encuentra en entredicho su autoridad jurisdiccional después de la denuncia.

A pesar de que en realidad parecería ser más convincente la tesis de que se necesita que el consentimiento sea perfeccionado por escrito por parte del inversionista, existen apreciaciones que dificultan lo que se puede entender por escrito y cuando se lo puede hacer. Una de estas posiciones, plantea que el consentimiento puede ser acogido o aceptado de forma general por el inversionista. Lo que resulta en una posición discutible y favorable para el inversionista.

En otras palabras, el inversionista podrá perfeccionar el consentimiento no sólo una vez a la controversia ha surgido a través de la interposición del recurso. Sujeto a los términos de la oferta de consentimiento en la legislación o

⁶⁴ Schreuer, supra nota 7. Traducción propia. Texto original: “A mere offer of consent contained in legislation or in a treaty (see Art. 25 paras. 395-409,431-435) that has not been accepted by the investor does not create any rights or obligations under the Convention”

los tratados, el inversionista podrá perfecto consentimiento en una etapa temprana mediante la aceptación de la oferta de consentimiento en términos generales⁶⁵.

Esto se debe a que, en términos generales, no necesitarían como inversionistas un documento o instrumento oficial que notifique sobre la controversia, si no que por la mera peligrosidad de la denuncia podrían cuidarse al otorgar este ‘pre consentimiento’ de manera temprana. Es decir, aunque no hayan transcurrido todavía los 6 meses que prevé la convención en su artículo 71, el inversionista podría plantear que en caso de que se suscite una desavenencia, éstos ya aceptan la oferta de consentimiento; sea por la vía del Tratado Bilateral de Protección y Promoción de Inversiones o por una ley de promoción de inversiones que planteé el mecanismo de solución de controversias CIADI, que en el caso de la República del Ecuador no es así.

Por otra parte se plantea la problemática más importante –a criterio personal – que está basada en un principio del Derecho y del Derecho Internacional Público. De manera más específica en el Derecho de los Tratados, a través de la máxima *Pacta Sunt Servanda*, de forma más clara lo expone un tratadista internacional que plantea que

[L]os Estados y las demás personas internacionales quedan obligadas por los tratados celebrados en forma regular y que hayan entrado en vigor; ellos deben cumplirse de buena fe. Este principio, afirmado por la Carta de las Naciones Unidas, se expresa comúnmente por la máxima *pacta sunt servanda*, lo que quiere decir, literalmente, “los tratados deben ser cumplidos”⁶⁶.

Ahora bien, dentro de los TBIs existe una cláusula arbitral para la solución de

⁶⁵ Idem. Traducción propia. Texto original: “In other words, the investor may perfect consent not only once a dispute has arisen through the institution of proceedings. Subject to the terms of the offer of consent in the legislation or treaty, the investor may perfect consent at an early stage by accepting the offer of consent in general terms”

⁶⁶Sorensen, Max. “ Manual de Derecho Internacional Público”. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2004.P. 181.

controversias –como es el caso de la mayor parte de TBIs del Ecuador con otros países– y además se prevé en éstos el mecanismo de solución CIADI, en consecuencia, si nos guiamos por el principio antes mencionado, esto debería ser respetado. “Una cláusula de arbitraje en un acuerdo con el inversor seguirá siendo válido para la duración del acuerdo”⁶⁷. Ya que pese a la denuncia existe un compromiso por parte del Estado ecuatoriano y los otros Estados con lo que se han firmado TBIs por los cuales el Ecuador se compromete a respetar dichos acuerdo que contienen el mecanismo de solución de controversias y por tanto es un argumento favorable para los inversionistas.

Pese a que se denuncien los TBIs, como será examinado en los capítulos siguientes, persiste la misma problemática por la cláusula de sobrevivencia. Por la cual, todavía se genera discusión y, en este sentido, obligaciones para el Estado ecuatoriano de someter su consentimiento al respetar el principio de que lo pactado debe ser cumplido. Consecuentemente, si es que en un principio al inversionista que se encuentra en el Ecuador realizando sus actividades económicas que constituyen inversión, se le quita esta posibilidad, se estaría incumpliendo con el Tratado y, según lo sustentado, con el mismo Derecho Internacional Público. Desde la perspectiva del inversionista, se incurriría en un quebrantamiento del Derecho y, por lo tanto, su reparación se torna exigible, en el caso que surja una controversia con el inversionista.

Si bien es cierto que se establece la posibilidad del inversionista de acogerse a esta oferta de consentimiento, tenemos que entender que es la oportunidad que tienen los

⁶⁷ DUGAN; WALLACE; RUBINS; SABAHI. *Investor-State Arbitration*. Ed. Oxford press. Nueva York, 2008. p.221. Traducción propia. Texto original: “An arbitration clause in an agreement with the investor would remain valid for the duration of the agreement”

mismos de buscar un resarcimiento o remedio a las afectaciones que posiblemente han tenido.

El consentimiento del inversionista se ve mejor como la aceptación de la posibilidad que ofrece el estado a los inversionistas extranjeros como un grupo. En particular, el consentimiento del inversor acepta la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a través de arbitraje internacional por supuestas de un Estado o incumplimiento del ventilador estándar internacional⁶⁸.

Este es un argumento bastante fuerte para entender la razón por la que los inversionistas buscan la jurisdicción internacional y, en el caso que nos concierne, el del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Es básicamente por dos circunstancias fundamentales, la primera porque han sido sujetos de una violación de los estándares internacionales –por ejemplo, protección plena y seguridad, nación más favorecida, o trato justo y equitativo–. Y, la segunda, por la imparcialidad que brinda el sometimiento a esta jurisdicción y no a las cortes locales

Una vez entendida la razón por la cual bajo el Derecho Internacional los inversionistas buscan un foro que no sean las Cortes locales para efectos de imparcialidad en la decisión, hay que señalar otro punto de vital importancia que está nuevamente relacionado al concepto *rationae voluntatis*, por parte del Estado. Esta intención o efecto querido por la denuncia de la Convención no puede producir los efectos que el Estado plantea o quiere; por el contrario, los efectos están sujetos a normativa internacional, y en consecuencia, que como hemos analizado no puede

⁶⁸ Van Harten, Gus. "Investment treaty Arbitration and Public Law". Oxford University Press. New York 2007. P. 68. Traducción propia. Texto original: "The investor's consent is best viewed as the acceptance of an opportunity provided by the state to foreign investors as a Group. In particular, the investor's consent accepts an opportunity to seek damages via International arbitration for a state's alleged breach of an International standard"

pretenderse que surtan exactamente los efectos que en este caso la República del Ecuador pretende. En este caso el de dejar de someter su consentimiento a la jurisdicción CIADI: “Los efectos jurídicos internacionales no han de surgir de un acto de esta clase tan sólo porque el Estado interesado tenga esa intención. De hecho, la situación es comparable a la que surge cuando un tratado se celebra con la intención”⁶⁹.

Finalmente, entre los argumentos categóricos que tiene el inversionista, está el de la forma de interpretación de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de las inversiones; frente a éste, el mismo profesor SCHREUER argumenta que frecuentemente se ha interpretado los TBIs a favor de los inversiones y con las guías aun de la convención de Viena .

El objetivo de un tratado y la finalidad es una de las principales guías de interpretación que figuran en el artículo 31 la Convención de Viena. Los tribunales han interpretado con frecuencia los tratados de inversión a la luz de su objeto y fin, a menudo mirando a sus preámbulos. Normalmente, esto ha dado lugar a una interpretación que es favorable para el inversionista⁷⁰.

Y se refiere a que en realidad se han interpretado los Tratados a favor de los inversionistas, por el propósito que tienen este tipo de instrumentos internacionales que consiste en proteger a los inversionistas y promover las inversiones. Por lo tanto, en este caso, pese a la denuncia de la Convención, los mismos TBIs plantean la jurisdicción CIADI y aun siendo denunciados, la cláusula de sobrevivencia de los TBIs podría traer

⁶⁹ Sorensen, Max. “Manual de Derecho Internacional Público”. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2004.P. 181.

⁷⁰ DOLZER; SCHREUER. “Principles of International investment law”. Oxford University Press. New York 2008. Traducción propia. Traducción original: “A treaty’s object and purpose is among the primary guides for interpretation listed in Article 31 VCLT. Tribunals have frequently interpreted investment treaties in the Light of their object and purpose, often by looking at their preambles. Typically this had led to an interpretation that is favorable to the investor”

dificultades a la República del Ecuador al intentar retirar definitivamente su consentimiento del Centro.

3.2.2 Posición Pro Estado

Si bien es cierto que la posición pro inversionista tiene ciertos argumentos fuertes, no significa que la posición a favor del Estado este diezmada. Es por esta razón que el análisis resulta de interés, caso contrario tendríamos solamente un punto de partida y no se generaría debate. En este caso la posición de la República del Ecuador resulta de interesante estudio y razonamiento. Lo que básicamente llama a una reflexión bastante simple y creo que fundamentada, y es la de preguntarse si es que ¿ No hay posibilidad alguna de que una decisión soberana sea tomada por parte de un Estado, y que a su vez esta sea respeta por la comunidad internacional y aun por el mismo Centro en este caso del cual se pretende retirar el consentimiento?

Por esta razón tan simple, y que puede parecer que surge de un concepto que en nuestros países podría sonar trillado que es la de una ‘decisión soberana’, el Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo (CADTM) realiza un estudio interesante basado en las decisiones unilaterales de los Estados. En este caso sobre la decisión unilateral de la República del Ecuador de denunciar la Convención de Washington, a lo que se refiere este Comité como

[o]tro ejemplo reciente de acto unilateral soberano clásico fue [...] la decisión soberana tomada por el gobierno de denunciar por la vía de comunicación **su decisión de retirar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI**. [...] Este es un acto unilateral soberano por excelencia! Es un acto interno que produce, vale la pena repetirlo, todos los efectos jurídicos en derecho internacional y ante

instancias internacionales. Este acto unilateral se encuadra perfectamente en la práctica internacional y es un acto sustancialmente lícito en tanto que ejercicio de las competencias del Estado⁷¹.

Pese a que en realidad sea una decisión soberana, éstas tienen ciertas limitaciones en el Derecho Internacional así como en sus principios. Sin embargo, esta decisión soberana por parte del Estado ecuatoriano está prevista en la misma Convención en el artículo 71; adicionalmente, es una decisión basada en la Constitución de la República del Ecuador, pese a que para el Derecho Internacional es irrelevante. Pues, basta la simple voluntad del Estado para poder decidir con base en el mismo artículo mencionado la posibilidad de denunciar la Convención y obtener todos los efectos pretendidos respecto al consentimiento. El principal efecto que se busca, es el de revocar indefinida e irrevocablemente -según el texto mencionado en la carta al Centro es lo que podemos entender- la voluntad de acceder a la solución de controversias ante el Centro.

Respecto a la duda sobre el consentimiento o la oferta de consentimiento, en este sentido hay que ahondar sobre la perspectiva que tendrían los Estados a futuro para sostener que en los TBIs se otorga solamente una oferta, que según podemos prever será la respuesta de la República del Ecuador. Esto para no someter las diferencias al CIADI, así se refiere JUAN CARLOS MEJÍA citando al profesor SCHREUER en que en este sentido sobre una posición que resulta favorable para el Estado en la cual el profesor austriaco se refiere a que:

Mi lectura es que el consentimiento bajo el Convenio del CIADI es siempre por acuerdo de las partes. Si hay una cláusula CIADI en un tratado bilateral de

⁷¹ Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo, publicación en línea: 8 de septiembre de 2008. < www.cadtm.org/Espanol >.

inversiones o en la legislación nacional, la misma no constituye por si misma consentimiento. Ese consentimiento debe ser aceptado por la otra parte”⁷².

De dicha lectura sobre el consentimiento del profesor SCHREUER tenemos que recordar el Art. 25 de la Convención mencionado anteriormente que se refiere al consentimiento que debe ser perfeccionado por escrito. Lo que permite inferir que en realidad no existe un consentimiento sino una oferta del consentimiento que se perfecciona a través de otro instrumento. Caso contrario no habría necesidad de perfeccionarlo si es que el consentimiento estaría otorgado previamente por los Tratados Bilaterales de Inversión. Así resultaría que el perfeccionamiento del consentimiento se da cuando el inversionista elije su foro, que podría ser UNCITRAL, CIADI, arbitraje Ad Hoc, o incluso recurrir a las cortes locales.

Entendido esto desde la posición del Estado implica que, una vez que el Ecuador haya denunciado la Convención, debe existir un acuerdo en común como sugiere el mismo artículo 25 (1) de la Convención. Por lo tanto, si la voluntad del Estado es la de retirar el consentimiento difícilmente se podrá pensar, según esta tesis - pro Estado-, que el consentimiento este previamente dado por el Ecuador.

El arbitraje en materia de inversión, como prácticamente todo tipo de arbitraje, requiere la existencia de un acuerdo por escrito o consentimiento previo. El consentimiento de ambas partes, esto es, del Estado receptor de la inversión y del inversionista, es un requisito indispensable para que exista jurisdicción por parte de un tribunal internacional”⁷³.

Aun de manera más tajante el mismo profesor SCHREUER argumenta que ni

⁷² Mejía, Juan Carlos ¿ Fin a la jurisdicción del CIADI? Revista jurídica LEGISLA, Año 1 – Diciembre 2007 Enero 2008 / No. 001 p. 11 citando a <www.iisd.org>

⁷³ Galindo, Álvaro. “El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones”. Iuris Dictio. Ed. Abya-Yala. 2007. P. 42

siquiera dentro de los seis meses que se prevé en la Convención se podrá perfeccionar el consentimiento según “[e]l Art. 71, que la denuncia del Convenio realizada por un Estado parte, sólo tiene efecto seis meses después de haberse hecho la notificación y no permite perfeccionar el consentimiento durante este período”⁷⁴.

En conclusión, la posición a favor del Estado respecto a la denuncia, que en realidad sí produce efectos, parecería ser bastante aceptada ya que no se trata de comprometer a la inversión y dejar en la indefensión a los inversionistas, sino que es una facultad o potestad soberana que tienen los Estados para retirar su voluntad de someter las disputas relativas a inversiones al Centro. En definitiva, la República del Ecuador a través de el acto unilateral de denunciar la Convención de Washington argumenta que las disputas que surjan con inversionistas que se encuentren en el Ecuador no serán de competencia del CIADI.

3.2.3 Posición respecto al plazo de los 6 meses (Art. 72 Convención)

Para entender la posición de los 6 meses, el profesor CHRISTIAN TIETJE la llama también como la posición de un ‘enfoque balanceado’⁷⁵; es decir, es una posición en la

⁷⁴ Schreuer, Christoph. ICSID Convention, a commentary. Oxford University Press, 2010. P. 1281. Traducción propia. Traducción oficial: ““Art. 71 that the denunciation of the Convention by a State party takes effect only six months after notice has been given does not afford an opportunity to perfect consent during this period”

⁷⁵ Se enfatiza en el punto de que el consentimiento puede ser perfeccionado aun antes de la denuncia sin que exista controversia: “This interpretation does not necessarily expose investors to the danger of a withdrawal of access to ICSID after making their investments in reliance on the host State’s offer of consent. The investor may accept the host State’s offer of consent contained in legislation or a treaty at any time prior to a notice under Art. 70 or 71. In other words, the investor may perfect consent not only once a dispute has arisen through the institution of proceedings. Subject to the terms of the offer of consent in the legislation or treaty, the investor may perfect consent at an early stage by accepting the offer of consent in general terms (see Art. 25, paras. 416-426, 447-455).”

⁷⁵ C. Tietje, K. Nowrot and C. Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, TDM, Edición provisional p. 28-30.

cual se intenta balancear los efectos de la denuncia respecto al consentimiento de una manera más equitativa. Como equitativa se entiende por exclusión que no es pro inversionista ni pro Estado.

A esto cabe referirse a que siguiendo los mismos preceptos de interpretación anteriores, se debe entender cabalmente que tanto la Convención como los Tratados no pueden ser analizados o interpretados subjetivamente. Según lo planteado parecería ser esta la propuesta más racional en nuestro criterio por las razones que serán expuestas. Además del criterio literal del Art. 71 de la Convención: “[...]**la denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación**”⁷⁶ (las negrillas son propias). De acuerdo a este criterio de interpretación literal de la Convención los inversionistas podrían perfeccionar su consentimiento para someter sus disputas (reclamos al Ecuador) al Centro hasta el 7 de enero del 2010⁷⁷.

Esta parecería ser la solución más equitativa, ya que se da la posibilidad de que los inversionistas que se encuentren en el Ecuador y que al momento tengan una controversia podrían someter su notificación de disputa al Centro. Aun con la tesis de SCHREUER los inversionistas podrían, antes de los 6 meses, aceptar la oferta de consentimiento en términos generales en caso que en un futuro exista una disputa. Por este motivo es interesante estudiar lo que ALEJANDRO ESCOBAR –ex secretario general del CIADI– denomina como ‘fecha crítica’ la que sirve para determinar desde cuando opera realmente el retiro del consentimiento al Centro, en el caso analizado por la

⁷⁶ Artículo 71, Convención de Washington.

⁷⁷ Anexo, contestación del CIADI a la República del Ecuador.

denuncia de Bolivia, que en estricto sentido de interpretación en nada difiere de la denuncia de la República del Ecuador⁷⁸.

En este sentido vale la pena analizar el segundo escenario planteado por ESCOBAR:

[...e]l consentimiento debe ser perfeccionado antes de la notificación de la denuncia es recibida por el depositario. Una segunda interpretación del artículo 72 se requiere el consentimiento para ser perfeccionado en cualquier momento, mientras que Bolivia sigue siendo un Estado contratante del CIADI, es decir, hasta el 3 de noviembre de 2007. Esta opinión es compartida, por ejemplo, por el profesor Sebastián Mancieux de la Université de Bourgogne. Las ventajas de este punto de vista se incluyen: • que es coherente con la posibilidad de que las partes hayan dado su consentimiento en diferentes momentos, y • que es consistente con el ejercicio de un Estado contratante de sus derechos hasta el momento en que la denuncia surta efecto. Las desventajas de este punto de vista se incluyen: • que puede haber cierta incertidumbre en cuanto al efecto del consentimiento, si el 3 de noviembre de 2007, no disputa ha surgido entre las partes (por lo tanto no cumplen los términos del artículo 25 (1) a la carta); • y que puede haber cierta incertidumbre en cuanto al efecto que pueda tener el consentimiento dado por un Estado denunciante después (a diferencia de antes) la recepción de la notificación de su denuncia por el depositario⁷⁹.

Por lo tanto la fecha del 3 de noviembre del 2007, se traduce a la fecha del 7 de enero de 2010 en el caso ecuatoriano, que es después de haber transcurrido los 6 meses de la recepción de la comunicación enviada por el Ecuador al Centro. En la que se

⁷⁸ Escobar, Alejandro, Bolivia exposes 'critical date' ambiguity. Publicado en Global Arbitration Review, Volume 2, Issue 3 June/July 2007. P. 17-18. Las otras dos posibilidades que plantea como escenario son: **Scenario one: Consent must be perfected before the notice of denunciation is received by the depositary** One interpretation of article 72 would require consent to be perfected (ie, for Bolivia's consent to have been accepted by an investor) before 2 May 2007 in order for any rights and obligations under the convention to survive Bolivia's denunciation. This view is adopted, for example, by Professor Christoph Schreuer in his 2001 Commentary. (...) **Scenario three: Consent must be perfected before the notice of denunciation is received by the depositary** A third interpretation of article 72 would allow consent to be perfected as long as the consent "given by" Bolivia has not been withdrawn (...). Es decir, se establece las diferentes fechas en las cuales la denuncia y por lo tanto el retiro del consentimiento se perfecciona.

⁷⁹ Idem. Traducción propia. Texto original: "[...] **Consent must be perfected before the notice of denunciation is received by the depositary.** A second interpretation of article 72 would require consent to be perfected at any time while Bolivia remains an ICSID contracting state, ie, until 3 November 2007. This view is shared, for example, by Professor Sebastian Mancieux of Université de Bourgogne. The *advantages* of this view would include: • that it is consistent with the possibility that parties may have given their consent at different times; and • that it is consistent with a contracting state's exercise of its rights up until the time that its denunciation takes effect. The *disadvantages* of this view would include: • that there may be some uncertainty as to the effect of consent if by 3 November 2007 no dispute has arisen between the parties (thus not satisfying the terms of article 25(1) to the letter); and • that there may be some uncertainty as to the effect of any consent given by a denouncing state after (as opposed to before) receipt of its notice of denunciation by the depositary".

plantean como ventajas que el consentimiento puede ser otorgado en diferente tiempo y que es consistente con la posición del Estado. Pero, como desventaja principal resulta que puede haber incertidumbre respecto a una posible disputa en el caso que no se haya perfeccionado por escrito antes de dicha fecha. Sin embargo, discrepo con esta desventaja señalada por el profesor SEBASTIÁN MANCIEUX , ya que los inversionistas, por lo general, tienen recursos mínimos que les permiten entender la posibilidad como se planteó anteriormente de aceptar la oferta de consentimiento en términos generales y así someter su disputa al CIADI. En definitiva está parecería ser una solución equitativa y además al tenor literal del espíritu de la Convención, que es el interés primordial.

3.3 DENUNCIA de los TBIs

Después de haber analizado los efectos que produciría la denuncia de la Convención en relación al consentimiento, se ha mencionado también que los TBIs contienen, para alguna parte de la doctrina, consentimiento y ,para otra parte, es solo una oferta de consentimiento. Sin embargo, la República del Ecuador en un afán de descartar posibilidad alguna de consentimiento al CIADI a procedido a denunciar los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de las Inversiones con la finalidad de que se agote cualquier posibilidad de la cláusula llamada CIADI y, en consecuencia, dejando al Centro sin ningún tipo de jurisdicción.

Sin embargo, podría estarse enviando el mensaje equivocado con la denuncia de los Tratados Bilaterales. Podría parecer que el Ecuador considera que todavía puede

existir la posibilidad de que no sea una oferta los TBIs sino realmente la voluntad expresa de consentir a la jurisdicción del Centro. En cuyo caso, no habría necesidad de instrumentar la voluntad. Esto –como será analizado en el capítulo subsiguiente– vuelve a plantear otra dificultad, ya que a pesar de que se denuncie los TBIs de forma unilateral, en este caso por parte del Ecuador, se prevé una cláusula de sobrevivencia del TBI que varía en su duración. Es decir, la denuncia no será efectiva inmediatamente; por el contrario, los Tratados tienen un período de enfriamiento en el cual las provisiones de los mismos todavía están vigentes por el tiempo de duración que determine la cláusula de sobrevivencia.

Es así que por disposición del Ejecutivo se ha planteado la denuncia de los Tratados Bilaterales de los cuales el Ecuador es signatario: República Dominicana, El Salvador, Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Cuba, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Honduras, Nicaragua, Países Bajos, Paraguay, Perú, Reino Unido, Rumania, Suecia, Suiza y la República Bolivariana de Venezuela⁸⁰.

De los TBIs enunciados en el párrafo anterior, la Corte Constitucional de nuestro país ha aprobado la denuncia de dichos instrumentos internacionales firmados con: Finlandia, Canadá, Suecia, China, Países Bajos, Reino Unido, Argentina, Chile y Estados Unidos⁸¹. Esto implicaría que –para lo que nos interesa como efectos de la denuncia de los TBIs–, si aceptamos que es una oferta de consentimiento no sería

⁸⁰ Anexo #4.

⁸¹ Idem.

necesaria la denuncia de los TBIs. Sin embargo, las razones pueden ser diferentes y en realidad se pretendería no solo eliminar la posibilidad de recurrir al CIADI, sino también se piense que varios de los estándares o provisiones no son las más convenientes para el Ecuador.

De cualquier manera, los Tratados Bilaterales de Inversión se están denunciado a través del procedimiento establecido por el cual la Corte Constitucional tiene que determinar si dicha denuncia cabe o no. Lo que finalmente nos lleva al siguiente punto de análisis: el Ecuador una vez denunciada la Convención, y transcurrido los seis meses, se puede retirar.

Sin embargo, si se considera la posición de los inversionistas, se plantea que seguirá existiendo el consentimiento per se mientras el TBI esté vigente. En mi perspectiva, la única salida real e irrefutable sería el denunciar los TBIs y esperar que transcurra el tiempo determinado en la cláusula de sobrevivencia de los mismos. Además de que se den por terminados los contratos que tuvieren cláusula de solución CIADI y finalmente, si es que hubiera una ley que otorga el consentimiento al Centro, lo lógico sería derogar la misma.

3.4 Cláusula de sobrevivencia

Para iniciar con el análisis tenemos que entender lo que es una cláusula de sobrevivencia. Ésta se encuentra en los TBIs y nos compete analizar en virtud del

tiempo que podría durar el consentimiento en el caso que se lo trate como tal en los Tratados que implican el sometimiento a la jurisdicción CIADI si así lo prevé el Tratado. Por lo tanto, es importante saber a qué se refiere esta cláusula, para lo que hay que considerar la definición de JORGE PALLARES.

Normalmente, la terminación de un Tratado deriva de causales intrínsecas, es decir, de la aplicación de sus propias disposiciones. En efecto, la mayor parte de los Tratados tienen un término de duración, una condición resolutoria o establecen el derecho a la denuncia al momento del vencimiento del período correspondiente⁸².

Por lo tanto, según el subcapítulo anterior sobre la denuncia de los TBIs, ésta podría acarrear una serie de interpretaciones que se resumen, en este caso, a que es indiferente la denuncia de los TBIs para perfeccionar el consentimiento. Sin embargo, es una forma en la que la República del Ecuador pretende cerrar todas las vías al consentimiento al CIADI. Ahora, tendremos que esperar que en el futuro se pueda presentar una situación en la cual un inversionista después de transcurridos los 6 meses de la denuncia –tendría que ser forzosamente con TBIs de los cuales el Ecuador o Bolivia hayan denunciado, siendo los únicos países en denunciar la Convención–. Debido a que no existe precedente jurisprudencial para analizar esta hipótesis podemos estar seguros de que no existiría posibilidad alguna de recurrir a la jurisdicción del Centro por parte de los inversionistas, una vez denunciada la Convención, transcurridos los 6 meses, derogada la ley de protección y promoción de inversiones –si es que la hubiera–, denunciado el/los TBIs y transcurrido el período de sobrevivencia . Pese a

⁸² Pallares, Jorge. “Derecho Internacional Público”. Ed. Leyer, Bogotá 1996. P. 149

que pueda sonar exagerado o trillado, en realidad parecería ser el único punto en el cual la discusión tendría su asidero y su fin.

3.5 Conflictos entre Estados por la denuncia: escenarios adicionales

Vislumbrando la posibilidad de que existan reclamos entre Estados a causa de la denuncia del Ecuador a la Convención, es necesario tratar el escenario en el cual Estados con los cuales se ha firmado TBIs puedan reclamar a la República del Ecuador por incumplimiento de los mismos; así como por violaciones a los nacionales de los otros Estados, al haberse denunciado la Convención y posteriormente los Tratados Bilaterales de Inversión. En este escenario, países como Francia –con el cual tenemos un TBI que plantea ‘una sola vía’⁸³ para la solución de disputas– a parte de las cortes locales, podría recurrir ante instancias internacionales para realizar tal reclamo.

Este tipo de reclamos entre Estados está previsto en el capítulo octavo de la Convención de Washington sobre Diferencias entre Estados Contratantes, de forma específica en el Artículo 64, que reza lo siguiente:

Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.

Por lo tanto, los Estados podrían en caso de que surja una desavenencia con el Ecuador y no exista un acuerdo en la interpretación del Art. 71 o 25(1) de la Convención la CIJ podrá resolver sobre la interpretación de los mismos. Para así saber

⁸³ Solución de controversias ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. En este caso no existe otra posibilidad como en el TBI con EE.UU. que plantea arbitrajes ad hoc o bajo las reglas UNCITRAL.

posteriormente cual será el destino de las disputas cuando se resuelva a este respecto. En definitiva, los inversionistas podrán analizar su escenario frente al Ecuador, así como si en realidad tienen la posibilidad de recurrir al arbitraje CIADI o no.

Además, es necesario entender que –en estricto sentido– son disputas entre Estados, ya que por una parte el Ecuador defiende o defendería su postura de no consentir ante la jurisdicción del Centro y, por otra parte, los Estados signatarios de los TBIs querrán proteger a sus inversionistas para que no queden en la indefensión.

Es preciso resaltar, de una buena vez por todas, que el ordenamiento jurídico internacional del cual dependería el arbitraje internacional se presentaría, en realidad, como un ordenamiento jurídico Inter-estatal, puesto que se encontraría constituido principalmente por convenciones internacionales, con vocación de aplicación universal o regional [...]⁸⁴.

Por lo tanto, en virtud de lo que se plantea aun en la Convención CIADI en el artículo 64, la forma más adecuada parecería ser, según establece el Estatuto de la CIJ⁸⁵, que los Estados podrán recurrir a la decisión de la misma en caso de que no se pueda negociar en este caso los TBIs. En el caso de algunos países podría restarles solamente la vía de la cortes locales, lo que parecería ser un retroceso en el Derecho Internacional y una eliminación de las garantías a los nacionales de otros Estados.

⁸⁴ OPPETIT, BRUNO. “Teoría del arbitraje”. Ed. Legis Editores. 2006. P. 192

⁸⁵ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 34: **ARTÍCULO 34**

1. Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte. 2. Sujeta a su propio Reglamento y de conformidad con el mismo, la Corte podrá solicitar de organizaciones internacionales públicas información relativa a casos que se litiguen ante la Corte, y recibirá la información que dichas organizaciones envíen a iniciativa propia. 3. Cuando en un caso que se litigue ante la Corte se discuta la interpretación del instrumento constitutivo de una organización internacional pública, o de una convención internacional concertada en virtud del mismo, el Secretario lo comunicará a la respectiva organización internacional pública y le enviará copias de todo el expediente

En definitiva, si determinamos que es una conducta atribuible al Ecuador la de denunciar unilateralmente la Convención y los TBIs debería, según una simple lógica, existir la posibilidad de reclamos entre Estados en caso de que existiera afectación entre los mismos (países con los cuales el Ecuador tiene TBIs). Ahora, lo que habrá que preguntarse en este caso es si realmente existió un violación del Derecho Internacional atribuible a la República del Ecuador. En este sentido la doctrina plantea que

Suponiendo que el comportamiento es atribuible al Estado, la cuestión de si constituye una violación de una obligación depende principalmente del contenido y la interpretación de la obligación-en particular si está contenida en un tratado o se deriva del derecho consuetudinario internacional o como resultado de algún otro fuente de obligaciones internacionales⁸⁶.

Por lo tanto, según lo que analizamos en sentido de interpretación de los tratados es sostenible por parte de los Estados que el Ecuador a través de una decisión unilateral sí pudo haber violado derechos de algunos inversionistas que no tendrían otra vía que recurrir a las Cortes locales ante la imposibilidad de someterse a la jurisdicción del CIADI.

3.6 Denegación de justicia

⁸⁶ BISHOP; CRAWFORD; REISMAN. "Foreign Investment Disputes". Ed. Kluwer Law, 2005. P.831. Traducción propia. Traducción oficial: "Assuming conduct is attributable to the state, the question whether it constitutes a breach of an obligation depends primarily on the content and interpretation of the particular obligation- whether it is contained in a treaty or arises under customary International law or as result of some other source of International obligation"

Para entender otro efecto que podría causar la denuncia del Ecuador al CIADI, es necesario examinar que es la denegación de justicia en el Derecho Internacional y, sobre todo, el enfoque que nos interesa. Quien mejor expone esta teoría es el profesor JAN PAULSSON quien sostiene que “[h]ay un área donde los estados, por ley o procedimiento judicial, que no pretende debatir sobre la necesidad de estabilizar las limitaciones razonables de acceso a los tribunales. Por el contrario, el acceso de plano”⁸⁷. Es así que, aun en el caso de que se haga efectiva la denuncia, ¿qué pasaría con los inversionistas que no les queda otra vía que las cortes locales? ¿no se les está coartando un Derecho con el cual ingresaron al Ecuador como inversionistas?

Por consiguiente, desde una perspectiva general, parecería que existe una denegación de justicia en muchos casos, ya que se intentaría limitar a nacionales de ciertos Estados a resolver sus disputas en cortes locales. En muchos casos los inversionistas han accedido a ir a países donde se prevé una jurisdicción extranjera y no se limita a las cortes locales, en donde la justicia puede estar comprometida y puede ser en muchos casos extremadamente parcializada. Al contrario de lo que podría hablarse como ventajas del arbitraje, que si bien es cierto no es extremadamente eficaz o rápido, se puede ver que por lo general suelen ser más imparciales a la hora de dirimir un conflicto entre Estado e inversionista.

⁸⁷ Paulsson, Jan. “Denial of Justice in International Law”. Cambridge University Press. 2005. P. 138. Traducción propia. Texto original: “impossibleThere is one area where states, by statute or judicial procedure, make no pretend of debating the need to stabilize reasonable limitations on access to courts. Rather, they make access flatly impossible”.

Razón por la cual el concepto de denegación de justicia podría configurarse. A pesar de que se prevea la solución ante órganos jurisdiccionales nacionales no necesariamente podríamos hablar de que se está dando un trato acorde a lo que un inversionista debería tener.

Es cierto que lo mismo puede decirse de la forma en circunscripciones nacionales reciben cualquier decisión internacional desfavorable para los intereses nacionales. En ese sentido, la constatación por jueces internacionales que el Estado es culpable de denegación de justicia puede encontrar el mismo tipo de resistencia como la que a menudo se enfrenta a los laudos arbitrales extranjeros son como si originaria de las transacciones comerciales privadas. Parece que la huelga en el corazón de orgullo nacional⁸⁸.

Y esto es lo que en muchos casos se ha llegado a determinar que existe una animadversión en ciertos Estados respecto de laudos y sentencias extranjeras, porque como dice el profesor CRAWFORD afectan al ‘orgullo nacional’.

En conclusión, como se mencionó en el subcapítulo de reclamos por parte de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia, podría existir aun un reclamo por denegación de Justicia. Querella que debería ser resuelta por los magistrados de la CIJ; determinando, de esta manera, si es que realidad existe una violación como Estado de los estándares y principios que protegen a los inversionistas a quienes se les ofreció, en un principio, un trato determinado, que a los pocos meses fue sustituido de manera abrupta por nuevas ‘reglas de juego’. Además de potenciales, como mencionamos en base a la cláusula de Nación Más Favorecida.

⁸⁸ Idem. Traducción propia. Texto original: “True, the same can be said for the way national constituencies receive any International decision unfavorable to national interests. In that sense, a finding by International adjudicators that a state is guilty of denial of justice may encounter the same type of resistance as that which often confronts foreign arbitral awards are as if from ordinary private commercial transactions. They seem to strike at the heart of national pride”.

4. Conclusiones y Recomendaciones

Como conclusiones podemos referirnos a los varios escenarios, pero de manera primordial a la comprobación de la hipótesis, que demuestra que sí se produjeron efectos jurídicos con la denuncia del Ecuador a la Convención de Washington. Son efectos correlativos respecto a una decisión unilateral por parte de la República del Ecuador de retirar su consentimiento a la jurisdicción CIADI. Sin embargo, sabemos que una de las fuentes principales en el Derecho Internacional Público es la jurisprudencia para poder entender la intención de las partes y lo más importante sentar precedente para el análisis de los efectos. Lo que se ha demostrado con esta tesina es que sí se produjeron efectos, pero lo único que nos va a demostrar hacia donde irán las consecuencias son los fallos posteriores de tribunales arbitrales o reclamos Inter-estatales ante la Corte Internacional de Justicia.

Ahora, cabe preguntarse si es que hubo una violación de los derechos de los inversionistas o de los Estados. Hay quienes sostienen que “[h]ay una violación internacional, cuando la conducta es atribuible a un Estado, como sujeto del derecho internacional, o cuando las obligaciones han sido creadas para Estado en particular”⁸⁹.

Esto resulta de difícil sustento ya que como se mencionó, así parezca descabellado, fue

⁸⁹ CRAWFORD, JAMES. “ The International law commission’s articles on State Responsibility” . P. 124 Explicación de lo que constituye una violación bajo el Derecho Internacional, si es atribuible a un Estado o de las obligaciones creadas por Estados particularmente. Traducción propia. Texto original: “There is a breach of an international obligation when conduct attributed to a State as a subject of International law, or of the obligations thereby created for particular States”.

una decisión soberana que tomó la República del Ecuador y que además está prevista en la misma Convención CIADI. Si se trató de una decisión acertada o no, solamente el tiempo lo determinará. Sin embargo, hay que diferenciar dos posturas; la primera, es que sí se produjeron efectos jurídicos y, la segunda, es que no necesariamente significa esto que hubo una violación del Derecho Internacional por haber denunciado la Convención.

A pesar de que se establezca en la misma Constitución de la República del Ecuador que sí se permite el arbitraje (Art. 190), se enfatiza en el hecho de que tiene que ser un arbitraje regional. Además habrá que entender que es una postura no solamente jurídica pero con efectos en base a una decisión política por reticencia al Centro. En un inicio basada en la denuncia realizada por Bolivia en contra del Centro mencionando como excusa que es una dependencia del Banco Mundial y que, por lo tanto, da un trato privilegiado a los inversionistas⁹⁰. Lo que acarrea como consecuencia, que los Estados se encuentran en una posición poco favorable respecto a las decisiones que pueda tomar el CIADI. Consideraciones que se han formulado, sin darse cuenta que el Centro solamente administra el Arbitraje⁹¹; tanto el Estado como el Inversionista acuerdan en señalar un tribunal arbitral; y, además, éste no solo aplica la legislación internacional si no también la nacional para dirimir la controversia.

90 Morales propone campaña internacional para “terminar” con el CIADI . Consultado el 12 de octubre de 2010 en <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/ultima-hora-37-cumbre-del-mercosur-270965-270965.html>.

91 La intención se presenta en el Artículo primero de la intención del Centro: “(1) Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro). (2) **El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio**” (el énfasis y subrayado es mío). Es decir cumple con el papel de facilitar y no de decidir.

Por otra parte, el artículo 422 de la Constitución nos deja la interrogante si en realidad funcionarán Centros arbitrales en la región. Una posibilidad para ello, consiste en crear un mecanismo que sea apropiado también para los inversionistas. En relación al TLCAN, en caso de llegarse a un acuerdo lo que se busca es justamente también dar seguridades al inversionista. Es decir, “[...] responde a la búsqueda por parte de los inversionistas de las mejores condiciones de seguridad, certeza jurídica y rendimientos”⁹². Sin embargo, desde nuestra perspectiva, el CIADI brindaba iguales seguridades; si se creara un Centro de Arbitraje Internacional en la región lo que tenemos que entender es que el mismo cumplirá solamente con la función de facilitador y de secretariado, en tanto no será éste el que emita las decisiones sino los tribunales que, a final de cuentas, son independientes de la política del centro de arbitraje determinado. Es decir, los árbitros tendrán que ser nombrados por las partes, como se lo realiza en la generalidad de casos, y la *lex arbitri* regirá en cada proceso arbitral.

4.1 Efectos negativos

En definitiva, podemos concluir que fue una decisión política apresurada que al haberse comprobado la hipótesis de que sí se produjeron efectos jurídicos, éstos tienen una naturaleza negativa para la República del Ecuador. En principio, porque no hace falta ser economista ni financiero para darse cuenta que al denunciarse la Convención y

⁹² DREYZIN DE KLOR; FÉRNANDEZ ARROYO. “Solución de Controversias”. Ed Zavalia. Santa Fe, Argentina. 2004.

los **Tratados de Protección y Promoción de las Inversiones**, como su nombre lo indica, muchos inversionistas pensarán –con justa razón– que las reglas de juego cambiaron y pueden cambiar aún más de forma abrupta. Esto se traduce a que no hay seguridad jurídica en el Ecuador –en *stricto sensu*– para los inversionistas extranjeros y, probablemente, para los mismos inversionistas nacionales.

¿ Esto qué produce, podrán preguntarse ? La respuesta parecería ser compleja. Pero desde una óptica general podemos avizorar que la inversión extranjera directa ha decrecido, y hemos llegado apenas a alrededor de 300 millones de dólares en lo que va del 2010⁹³. Mientras que otros países en la región según un informe de la CEPAL del 2010 se ven efectos contrarios.

Chile se convirtió en el principal inversionista latinoamericano en el exterior, con 7.983 millones de dólares, seguido por México (7.598 millones de dólares), Colombia (3.025 millones de dólares) y la República Bolivariana de Venezuela (1.800 millones de dólares)⁹⁴.

Si bien es cierto esta tesina no pretende realizar un análisis económico ni político hay que entender y aterrizar las consecuencias jurídicas a cuestiones más reales y que se demuestran en la vida socio-económica del día a día en nuestro país.

A pesar que no podemos asumir que la poca inversión en el Ecuador se debe expresamente a la denuncia de la Convención, ésta es una circunstancia que

⁹³ BCE-SIGADE, documento Excel electrónico: <http://www.bce.fin.ec/frame.php?CNT=ARB0000198>, consultado el 17 de septiembre de 2010.

⁹⁴ CEPAL, comunicado de prensa. 5 de mayo de 2010. <Http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/7/39417/P39417.xml&cxsl=/prensa/tpl/p6f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl>, consultado el 17 de septiembre de 2010.

evidentemente ha influido a crear un clima de inversión hostil; así como también el hecho de retirar el consentimiento de recurrir a la jurisdicción CIADI podría ser asumido, por parte de muchos inversionistas, como una desventaja al momento de invertir. En definitiva, lo que les queda a los inversionistas en un marco jurídico hostil para resolver las disputas son las cortes locales. En muchos casos como ya examinamos

[e]n ausencia de un acuerdo en contrario diferencias relativas a inversiones entre un Estado y un inversionista extranjero normalmente tendrían que ser resueltas por los tribunales del Estado de acogida. Las normas de Derecho normalmente apuntan a estos tribunales, ya que la diferencia es probable que tenga la conexión más estrecha con el estado en que se realiza la inversión ”⁹⁵.

Tanto así que en un conflicto de normas y donde podemos asumir que existe una falencia en las Cortes locales, muchas veces los jueces pueden verse obligados – de alguna u otra manera – a fallar a favor del Estado y en pocas ocasiones a favor del inversionista, incluso por el temor de ser descalificados de la magistratura.

4.2 Falta de motivaciones jurídicas para denunciar la Convención

Evidentemente, existe una clara falta de motivación jurídica por parte de las autoridades ecuatorianas al denunciar la Convención. Ya que se trata de suposiciones de que el CIADI es un organismo vendido a los intereses de las grandes potencias, cuya

⁹⁵ DOLZER, SCHREUER. “Principles of International investment law”. Oxford University Press. New Yorkk 2008.P.214. Traducción propia. Texto original:”In the absence of an agreement to the contrary an investment dispute between a state and a foreign investor would normally have to be settled by the host state’s courts. Conflict of laws rules will normally point to these courts, since the dispute is likely to have the closest connection to the state in which the investment is made”.

premisa es falsa como hemos explicado desde un inicio. Pues, en realidad, el Centro cumple un papel de administrador. Quienes expiden los laudos son árbitros escogidos por las partes y, generalmente, que son personas reconocidas en la comunidad jurídica internacional como expertos en los temas que se tratan en las controversias y de probidad absoluta.

Por otra parte, el artículo 422 de la Constitución de ninguna manera obliga al Ecuador a denunciar la Convención. Hay que partir del presupuesto que el Derecho Internacional no contraviene la Constitución. Adicionalmente, cabe mencionar que el artículo 422 de la Carta Magna es un artículo desordenado y confuso, que no prohíbe el arbitraje internacional. Sin embargo, hay que rescatar que por lo menos la postura y las acciones de la República del Ecuador son consecuentes, esto quiere decir que si bien es cierto que se denunció la Convención en base a una decisión que parecería ser política también se ha procedido a denunciar los TBIs con los países que existe cláusula de solución de controversias CIADI para realmente limitar al consentimiento.

Nuevamente, el Estado ecuatoriano se ha olvidado que existe una cláusula de sobrevivencia en los Tratados Bilaterales, que permite que mantener el consentimiento por un tiempo relativamente largo, que posiblemente causará problemas en el caso que se presenten nuevas controversias –hasta que el tiempo convenido en la cláusula permanezca vigente–. Por consiguiente, no existirán dudas sobre el consentimiento una vez que se haya denunciado la Convención, los TBIs, y que haya transcurrido el

período de supervivencia de los mismos; además de prever que no existan acuerdos directos para someterse al CIADI entre inversionistas y el Ecuador.

Como un cierre del principal efecto provocado frente a la denuncia de la República del Ecuador a la Convención de Washington que es el del retiro del consentimiento sabemos que el Estado sí tenía la posibilidad en base a una decisión soberana de hacerlo. Sin embargo, parecería ser la posición más equilibrada la de respetar los 6 meses que estipula el artículo 72 de la Convención, entendiendo que es aplicable para los inversionistas que ya se encontraban en el Ecuador. Además, los contratos que contengan dicha cláusula de solución de controversias –CIADI- debieron “aceptar la oferta” de consentimiento para resguardar su seguridad de poder acudir al Centro frente a posibles controversias que se susciten en el futuro.

Si bien es cierto que se ha procedido de una manera consecuente al denunciar los TBIs (a pesar de no estar de acuerdo) los inversionistas que se encontraban en el Estado ecuatoriano hasta la culminación del período de los 6 meses de igual forma debieron aceptar dicha oferta de consentimiento otorgada por la República del Ecuador. Además, partiendo desde un punto de vista jurídico más allá de la practicidad de aceptar dichas ofertas de consentimiento solamente la jurisprudencia venidera podrá determinar si es que en realidad ha existido una oferta de consentimiento o en realidad el consentimiento ya ha sido otorgado a través de dichos instrumentos. En virtud de lo cual los inversionistas tal vez no se arriesguen a someter su controversia a la jurisdicción CIADI después del paso de los 6 meses estipulado en el artículo 72 de la Convención, si

no que posiblemente accedan a otra instancia del arbitraje internacional que no sea la del Centro.

4.3 Motivación Política con repercusiones jurídicas negativas

Quisiera partir de una reflexión interesante que hace REIRIZ sobre las decisiones unilaterales tomadas por el Estado en base a una disposición generada en la Asamblea Constituyente (artículo 422):

Pareciera que hemos tocado fondo en el problema de la responsabilidad del Estado. Llegamos al límite. El Estado no puede responder por actos de un órgano que está por encima de él. ¿ Pero ese poder constituyente que ejerce el pueblo no es parte del Estado ? Es claro que sí; pero es parte del Estado concebido como realidad sociopolítica. Y entonces el planteo se reinicia: ¿ "Ese" Estado es irresponsable? ¿ Su soberanía y su independencia le permiten erigirse como islote indómito y bravío, desafiando cualquier pretensión normativa?⁹⁶

Lo que en realidad nos hace pensar que sí, en realidad es una decisión soberana que puede tener asidero en un concepto indeterminado que es 'el pueblo' o la 'voluntad popular'. Pero, de ninguna manera, es excusa la soberanía para tomar decisiones que afectan a la inversión extranjera y, por lo tanto, a la economía de un país. Excusas basadas en ideas retrogradadas abanderadas por una filosofía política que supone que una entidad actúe en perjuicio de toda una sociedad por el solo hecho de encontrarse en los EE.UU. y, en este caso, por ser adscrita al Banco Mundial. Sin darse cuenta que las decisiones de los árbitros son independientes de las políticas del mismo.

⁹⁶ Reiriz, María Graciela. "Responsabilidad del Estado". Ed. Universitaria de Buenos Aires 1969. P. 160

Es así que la responsabilidad debe ser asumida por el Estado ecuatoriano y por el régimen de turno, como consecuencia de una decisión apresurada que repercute en la inversión extranjera que pudo y puede –en un futuro– tener el Ecuador. Además de tener que responder a los potenciales reclamos por parte de Estados que se puedan sentir afectados, lo que podría traer consecuencias interestatales por no respetar el derecho de sus nacionales. Como sostiene REIRIZ, los estos tienen la facultad de realizar dicho reclamo, pues “[l]a invocación de la responsabilidad es el concepto de un Estado lesionado. Este es el Estado cuyo derecho individual se le ha negado [...]”⁹⁷.

En definitiva, queda comprobado la errónea interpretación que las autoridades en el Ecuador le han dado a la Convención y a los TBIs.

Los Tratados bilaterales de inversión, como los tratados, debe ser interpretado conforme a la ley de las naciones, y no de acuerdo con cualquier código municipal. El derecho sustantivo aplicado en virtud de tratados de arbitraje es el propio tratado. La ley aplicable para la interpretación del tratado es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena, ya sea porque las dos partes del Estado son signatarios de la Convención de Viena o porque las reglas de interpretación que ofrece representan el derecho consuetudinario internacional)⁹⁸.

Lo que nos lleva a recalcar el hecho de que deben ser respetados los Convenios y Tratados Internacionales, además de ser interpretados de acuerdo a las fuentes del Derecho internacional, y no de acuerdo a intereses personales o políticos del régimen de

⁹⁷ Idem. p. 254. Traducción propia. Texto original: “Central to the invocation of responsibility is the concept of the injured State. This is the State whose individual right has been denied (...)”. Traducción propia. Texto original: “BITs, as treaties, must be interpreted according to the law of nations, and not according to any municipal code. The substantive law applied in treaty arbitration is the treaty itself. The applicable law for the interpretation of the treaty is Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT, either because both State parties are signatories to the VCLT or because the rules of interpretation it provides represent customary International law”.

⁹⁸ McLACHLAN; SHORE; WEINIGER. “International Investment Arbitration”. Oxford University Press. New York 2007. P. 66

turno siguiendo un precepto de países que tienen un animadversión caricaturesca del CIADI.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, XAVIER. “Renuncia al arbitraje internacional en contratos celebrados con el Estado Ecuatoriano”, Paper; conferencia: Perspectivas del Arbitraje Internacional en el Ecuador y América Latina. Quito 7 de octubre de 2008.
- ARELLANO, CARLOS. “Segundo curso de Derecho Internacional Público”. Ed. Fuentes Impresiones. México 1998.
- AYALA MORA; QUINTERO. “asamblea constituyente, retos y oportunidades”. Ed. La Tierra. Quito, 2007.
- BCE-SIGADE, documento Excel electrónico:
<http://www.bce.fin.ec/frame.php?CNT=ARB0000198>, consultado el 17 de septiembre de 2010.
- BISHOP; CRAWFORD; REISMAN. “ Foreign Investment Disputes”. Ed. Kluwer Law, 2005.
- Broches, Aron. Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes, in the Art of Arbitration.
- C. Tietje, K. Nowrot and C. Wackernagel, Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, TDM, Edición provisional.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires, Argentina. Ed. Heliasta.
- Carta del Tratado de energía respecto a la solución de controversias. Fuente:
<http://www.encharter.org/index.php?id=323>, consultado el 25 de agosto de 2010.
- CEPAL, comunicado de prensa. 5 de mayo de 2010. <Http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/7/39417/P39417.xml&xsl=/prensa/tpl/p6f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl>, consultado el 17 de septiembre de 2010.
- Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo, publicación en línea: 8 de septiembre de 2008.
- Constitución de la República del Ecuador 2008.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969.
- Convención de Washington.
- CONVENIO DE INVERSION EXTRANJERA CON FRANCIA , publicado en el R.O #153, 25 de noviembre de 2005.

- DÍEZ DE VELASCO, MANUEL. “Instituciones de derecho internacional público”. Ed. Tecnos, Madrid 1997.
- Documento oficial del CIADI. ICSID 8/D. Abril 2008. Preparado por la Secretaría del Centro. “CONTRACTING STATES AND MEASURES TAKEN BY THEM FOR THE PURPOSE OF THE CONVENTION.”
- DOLZER, SCHREUER. “Principles of International investment law”. Oxford University Press. New York 2008.
- DREYZIN DE KLOR; FÉRNANDEZ ARROYO. “Solución de Controversias”. Ed Zavalía. Santa Fe, Argentina. 2004.
- Dugan; Wallace; Rubins; Sabahi. Investor-State Arbitration. Ed. Oxford press. Nueva York, 2008.
- Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España. Caso CIADI No. ARB/97/7.
- Escobar, Alejandro, Bolivia exposes ‘critical date’ ambiguity. Publicado en Global Arbitration Review, Volume 2, Issue 3 June/July 2007.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- GAILLARD, E.; “Chronique du CIRDI”, Journ.dr.int., nº.1, 2005.
- GALINDO, ALVARO. “El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones”. Iuris Dictio. Ed. Abya-Yala. 2007.
- Garibaldi, Oscar. On the denunciation of the ICSID convention, consent to ICSID jurisdiction, and the limits of the contract analogy. P. 254. Publicado en: International investment law for the 21-st century. Essays in honour of Christoph Schreuer. Oxford University press. New York, 2009.
- Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Aprobada por Resolución No. 214, adoptada por la Junta de Gobernadores del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento el 10 de septiembre de 1964.
- KELSEN, HANS. “Problemas capitales de la teoría jurídica del estado” Ed. Porrúa. México, 1987.
- Ley de Promoción y Protección de las Inversiones. Publicado en la Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario de fecha 22 de octubre de 1999. Decreto N° 356 / 03 de octubre de 1999.
- LLANOS MANSILLA, HUGO. “Teoría y práctica del derecho internacional público”. Ed. Jurídica Chile. Santiago, 2006.

- Mandato Constituyente #1, publicado en el R.O Suplemento # 223 del 30 de noviembre de 2007.
- McLACHLAN; SHORE; WEINIGER. "International Investment Arbitration". Oxford University Press. New York 2007.
- Mejía, Juan Carlos ; Fin a la jurisdicción del CIADI? Revista jurídica LEGISLA, Año 1 – Diciembre 2007 Enero 2008 / No. 001 p. 11 citando a www.iisd.org
- MUCHLINSKE; ORTINO; SCHREUER. "International Investment Law". Oxford University Press. New York 2008.
- Oficio No. T.4484- SGJ-09-1431, oficio del Presidente del Ecuador Rafael Correa Delgado a Fernando Cordero, Presidente de la Asamblea Nacional. Enviado el 3 de junio de 2009
- OPPETIT, BRUNO. "Teoría del arbitraje". Ed. Legis Editores. 2006.
- PALLARES, JORGE. "Derecho Internacional Público". Ed. Leyer, Bogotá 1996.
- PAULSSON, JAN. "Denial of Justice in International Law". Cambridge University Press. 2005.
- PÉREZ, CARLOS. "La asamblea constituyente". Ed. Arte y diseño. Quito, 2007.
- Petrobart v. Kyrgyz. Camera de Comercio de Estocolmo No. 126/2003.
- REIRIZ, MARIA GRACIELA. "Responsabilidad del Estado". Ed. Universitaria de Buenos Aires 1969.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO. "Derecho Internacional". Madrid: McGraw-Hill, 1997.
- Schreuer, Christoph. COMMENTARY ON THE ICSID CONVENTION. Ed. University Press, Cambridge 2001.
- Schreuer, Christoph. Icsid Convention, a commentary. Oxford University Press, 2010.
- Schreuer; Malintoppi; Reinisch; Sinclair. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge University Press; 2 edition (August 31, 2009).
- Sentencia interpretativa sobre controversias relacionadas con la deuda externa No. 0001-09-SIC-CC. Publicada en el R.O 549, 16-marzo-2009.
- SORENSEN, MAX. "Manual de Derecho Internacional Público". Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 2004.

- Tratado bilateral de protección y promoción de las inversiones entre La República Argentina y el Reino de España. 3 de octubre de 1991.
- Tratado bilateral de protección y promoción de las inversiones entre la República de Chile y el Reino de España. 2 de octubre de 1991.
- TRATADO DE INVERSION EXTRANJERA CON ESTADOS UNIDOS. Publicado en el R.O # 153 de 25-11-2005.
- VAN HARTEN, GUS. "Investment treaty Arbitration and Public Law". Oxford University Press. New York 2007.
- WEILER, TOD. "International Investment Law and Arbitration". Ed. Cameron May. Londres, 2005.

ANEXOS

- 1 Notificación del Ecuador al CIADI, Art. 25 (4). P.5**
- 2 Denuncia de la Convención CIADI enviada por el CIADI al Ecuador. P.6**
- 3 Oficio de la Presidencia de la República solicitando la denuncia de la Convención con base en el Art. 422 de la Constitución de la República del Ecuador. P.7-8**
- 4 Documento de la UNCTAD <www.unctad.org>, Tratados Bilaterales Firmados por el Ecuador a Junio, 2010. P.9**



REPUBLICA DEL ECUADOR



Nota No. 56354/GM

Quito, a 23 de noviembre de 2007

Señora
Ana Palacio
SECRETARIA GENERAL
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS
RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)
Washington, DC

Re: Notificación conforme artículo 25(4) del Convenio

Señora Secretaria General:

Conforme al Artículo 25(4) del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la República del Ecuador notifica al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) que:

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

Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi más alta consideración.

María Fernanda Espinosa Garcés
MINISTRA DE RELACIONES EXTERIORES,
COMERCIO E INTEGRACIÓN



JUL 8 2009 10:19AM ICS

NO. 2502 P. 2

International Centre for Settlement of Investment Disputes

1818 H Street, N.W., Washington, D.C. 20433, U.S.A.
Telephone: (202) 458-1534 Faxes: (202) 522-2615/2027
Website: www.worldbank.org/icsid

July 8, 2009

By FAX AND POST

His Excellency,
Fander Falconí Benítez
Minister of Foreign Relations, Commerce and Integration
Quito
Republic of Ecuador

Dear Mr. Minister,

On behalf of Mr. Robert Zoellick, I write to acknowledge the World Bank's receipt on July 6, 2009 of Ecuador's notice of denunciation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States.

The Convention was signed on behalf of Ecuador on January 15, 1986 and took effect for Ecuador on February 14, 1986.

In accordance with Article 71 of the Convention, the denunciation will take effect six months after the receipt of Ecuador's notice, i.e., on January 7, 2009.

Please accept, Mr. Minister, the assurances of our highest consideration.



Meg Kinnear
Secretary-General



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Oficio No. T.4484- SGJ-09-1431

Quito, 3 de junio de 2009

Señor Arquitecto
Fernando Cordero Cueva
PRESIDENTE
COMISIÓN LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACIÓN
En su despacho

De mi consideración:

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1417-B, publicado en el Registro Oficial No. 309 del jueves 19 de abril de 2001, el señor Gustavo Noboa Bejarano, Presidente Constitucional de la República del Ecuador de ese entonces, ratifica el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" (en adelante Convenio CIADI), teniendo como antecedente la Resolución Legislativa No. R-22-053 de 7 de febrero de 2001, por la cual el Congreso Nacional aprobó dicho convenio, según se indica en el mismo Decreto.

El artículo 1 del Convenio citado crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, mientras que el numeral 1 de su artículo 25 dispone el sometimiento a la jurisdicción de ese Centro:

(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.

Por su parte, el artículo 419 de la Constitución de la República dispone lo siguiente:

La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

Con estos antecedentes, le manifiesto, señor Presidente, que considero conveniente para el Estado Ecuatoriano, la denuncia del Convenio CIADI, por cuanto violenta la prohibición prescrita en el artículo 422 de la Constitución de la República. Por tal razón le solicito también a usted, conforme lo establece el artículo 419 antes citado, que la Asamblea Nacional apruebe la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, mediante el mecanismo que tenga a bien dar, a fin de proceder con la notificación de esta denuncia al organismo correspondiente.

Cabe considerar que mediante oficio No. 49970/GM/DGT/2007, de fecha 29 de octubre de 2007, la señora María Fernanda Espinosa Garcés, Ministra de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, de ese entonces, notificó a la señora Ana Palacio, Secretaria General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, de esa misma época, que la República del Ecuador no aceptaría someter a la jurisdicción del Centro, las diferencias relativas al manejo de sus recursos naturales no renovables, entendiéndose por tales (pero no limitados a), los recursos mineros e hidrocarbúricos.

Atentamente,
DIOS, PATRIA Y LIBERTAD

PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

c.c. Dr. Fander Falconi Benítez, Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración

CONFÉRENCE DES NATIONS UNIES SUR LE
COMMERCE ET LE DÉVELOPPEMENT



UNITED NATIONS CONFERENCE ON
TRADE AND DEVELOPMENT

Total number of Bilateral Investment Treaties concluded, 1 June 2010

Reporter	Partner	Date of signature	Date of entry into force
Ecuador	Argentina	18-Feb-94	1-Dec-95
	Bolivia	25-May-95	15-Aug-97
	Canada	29-Apr-96	6-Jun-97
	Chile	23-Oct-93	21-Feb-96
	China	21-Mar-94	1-Jul-97
	Costa Rica	6-Dec-01	---
	Finland	18-Apr-01	16-Dec-01
	France	7-Sep-94	10-Jun-96
	Germany	21-Mar-96	12-Feb-99
	Italy	25-Oct-01	1-Nov-05
	Netherlands	27-Jun-99	1-Jul-01
	Peru	7-Apr-99	9-Dec-99
	Russian Federation	25-Apr-96	---
	Spain	26-Jun-96	18-Jun-97
	Sweden	1-Mar-01	31-May-01
	Switzerland	2-May-68	9-Nov-69
	United Kingdom	10-May-94	24-Aug-95
	United States	27-Aug-93	11-May-97
	Venezuela	18-Nov-93	1-Feb-95